

**María Inés Horvitz Lennon
Julián López Masle**

**DERECHO
PROCESAL PENAL
CHILENO**

**PRINCIPIOS
SUJETOS PROCESALES
MEDIDAS CAUTELARES
ETAPA DE INVESTIGACION**

TOMO I

Editorial Jurídica de Chile

DERECHO
PROCESAL PENAL CHILENO

Tomo I

PRINCIPIOS
SUJETOS PROCESALES
MEDIDAS CAUTELARES
ETAPA DE INVESTIGACION

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

© MARIA INES HORVITZ LENNON
JULIAN LOPEZ MASLE

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N.º 125.994, año 2002
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de enero de 2003

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1402-5

MARIA INES HORVITZ LENNON
JULIAN LOPEZ MASLE

DERECHO
PROCESAL PENAL
CHILENO

Tomo I

PRINCIPIOS
SUJETOS PROCESALES
MEDIDAS CAUTELARES
ETAPA DE INVESTIGACION

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

*A Stefan y Mónica,
por el apoyo incondicional y la generosidad dispensada
durante el difícil proceso creativo que significó
la elaboración de esta obra.*

ABREVIATURAS USADAS EN ESTE TOMO

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ATC	Auto del Tribunal Constitucional Español
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CdPP	Código de Procedimiento Penal
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH	id. CIDH
COMISION IDH	.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
LDPP	Ley Defensoría Penal Pública
LOCMP	Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales
RGJ	Revista General de Jurisprudencia
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STPO	Strafprozess Ordnung
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UDP	Universidad Diego Portales
ZSTW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PROLOGO

María Inés Horvitz forma parte, junto a Jorge Bofill, Cristián Riego, Mauricio Duce, Juan Enrique Vargas y otros, de la generación que asumió la enorme tarea de renovar el derecho procesal penal chileno. Una renovación que tuvo su primer fruto en el Código Procesal Penal vigente, en todos los trabajos técnicos realizados para orientar su puesta en marcha, en una visión actualizada y más compleja sobre el funcionamiento de la justicia criminal y en un entusiasmo que pronto sumó a otros protagonistas del mismo movimiento, como Julián López, no sólo coautor de esta obra sino también partícipe en las tareas para construir una nueva justicia penal para Chile.

Por supuesto que ninguna de estas tareas se hace en el vacío y el pensamiento jurídico vuelve cíclicamente sobre sus grandes temas, pero lo cierto es que gracias al movimiento que ellos desencadenaron hoy se percibe notoriamente un salto cualitativo en la reflexión procesal penal en Chile, del cual esta obra, que me honra prologar, es una muestra cabal.

Por otra parte, también se debe destacar el esfuerzo que hoy diversos grupos en toda América Latina vienen realizando en esa misma dirección, con la vocación de tender novedosos lazos de intercambio y preocupación regional, que quizás nos permitan tener la comunidad académica que ninguno de nuestros países puede construir por sí solo, pero que constituye una condición de sustentación y crecimiento de los esfuerzos del presente. Nutrir a esa comunidad de reflexiones, someterse a la crítica común y evitar que nos atrape el provincianismo que degrada el trabajo intelectual es otra de las grandes tareas que nos convocan y nos comprometen colectivamente. También

desde esta perspectiva no se puede sino saludar esta nueva publicación.

Pero hablar de renovación significa también reconocer que a todos nos quedan muchas tareas pendientes. Debemos tener claro que lo hecho hasta ahora nos ha servido para superar parcialmente el atraso de los sistemas procesales de nuestros países, que aún deben extender y profundizar sus reformas y generar una preocupación estable y permanente sobre el funcionamiento de sus sistemas judiciales. Al mismo tiempo, debemos elaborar y difundir una reflexión teórica y una visión empírica del funcionamiento de esos sistemas que nos permita darle bases más precisas y sólidas a esa tarea de perfeccionamiento continuo que constituye la política judicial.

En primer lugar, no debemos olvidar la larga tradición inquisitiva que acompaña el nacimiento y el desarrollo del Estado moderno hasta nuestros días. En este sentido, profundizar en una crítica radical al sistema inquisitivo (en sus formas de construir la verdad, como bien destaca esta obra, pero también en la noción de “infracción”, en el desplazamiento del conflicto primario, en la confusión entre “público” y “estatal” y otras tantas categorías que pertenecen a esa tradición o adquieren un significado especial dentro de ella como especiales “técnicas de gobierno”) es, a mi juicio, una condición para una verdadera renovación conceptual. Todavía creemos que muchos conceptos del derecho penal o del derecho procesal penal son neutros cuando son creaciones de esa misma tradición y la perpetúan. Un adecuado análisis histórico nos debe prevenir de las sucesivas mutaciones del mismo sistema inquisitivo para que, alertas por la conciencia histórica, no creamos que la adopción del sistema acusatorio formal implica ya, por sí solo, una superación del sistema inquisitivo.

Hoy el derecho procesal penal trabaja, todavía con un nivel menor de crítica, con el aparato conceptual desarrollado, fundamentalmente, en la segunda mitad del siglo XIX y que desembocará en los tratados italianos (Manzini, Leone, Florián) de gran influencia en nuestras tierras. Ese aparato conceptual, desarrollado principalmente en Alemania (de v. Bulow a J. Goldschmidt) y trasladado y ampliado en Italia (de Chiovenda a Manzini), no sólo está ligado a las pretensiones de una teoría general del proceso sino que tiene una relación estrecha con

las grandes transformaciones judiciales realizadas en esos países, producto de la recepción en ellos de los modelos franceses. También nos debe quedar clara, como bien nos muestra Franco Cordero, la enorme influencia de la ordenanza francesa de 1670 (producto acabado del sistema inquisitivo junto con la "Carolingia") en la gestación de la legislación napoleónica, pese a que durante mucho tiempo los llamados "sistemas mixtos" fueron presentados como una alternativa al sistema inquisitivo. Por lo tanto, ese aparato conceptual tiene raíces históricas bien definidas y está profundamente imbricado con el desarrollo del propio sistema inquisitivo y debe ser revisado desde sus raíces, por más que hoy constituya el "lenguaje común" de la reflexión procesal.

En segundo lugar, es necesario ahondar en el "análisis político-criminal del proceso penal". No sólo en aquellas instituciones cuya funcionalidad político-criminal es más evidente (como la diversificación de respuestas o los instrumentos procesales de control de la selectividad), sino en el funcionamiento general de la justicia criminal, al fin de cuentas sólo una parte del sistema penal. Frente a una Criminología que nos habla muchas veces de los grandes "bloques" (policía, cárceles, justicia, etc.), debemos desarrollar la capacidad de comprender el funcionamiento interno de las instituciones judiciales, sus limitaciones, sus posibilidades, sus mecanismos concretos: los pequeños engranajes que luego generan mecanismos centrales en la conformación del sistema penal (como es la selectividad informal o la impunidad estructural de los poderosos) con una enorme influencia en la legitimidad de las propias instituciones judiciales. Construir las categorías que nos permitan analizar el funcionamiento de los sistemas judiciales y a la vez recabar datos relevantes sobre ellos, es algo todavía por construir en cada uno de nuestros países.

Y todo esto no significa abandonar al derecho procesal como disciplina jurídica. No debemos hacer eso ni encerrarnos en un análisis jurídico pobre en sus instrumentos teóricos. Aun asumiendo que la tarea de las disciplinas jurídicas es sólo darnos interpretaciones de un tipo especial de textos, hoy debemos reconocer que esa interpretación es siempre una tarea más amplia que la que nos indicaron los métodos tradicionales de interpretación, hoy necesitados de las lecturas imprescindibles

de Gadamer o Ricoeur, así como de todo el desarrollo de la moderna hermenéutica.

Finalmente, creo imprescindible una tarea para la cual los autores están especialmente calificados: es necesario construir un nuevo diálogo entre el derecho procesal penal y el derecho penal, hoy estancado en un paradigma de instrumentalidad que no se condice con la real configuración de los modelos político-criminales y que empobrece el enfoque de ambas disciplinas. En cierto modo, el esfuerzo que inició Hassemer en sus “Fundamentos” no ha sido continuado con la fuerza necesaria y hoy penalistas y procesalistas penales (una división que no se debe admitir) nos encontramos alejados en nuestras concepciones y con escasa capacidad de diálogo. Esta obra comienza a señalar ese camino de reflexión conjunta que nos requerirá imaginación, creatividad y la valentía de superar conceptualismos que en uno y en otro lado se presentan como saberes consolidados cuando son creaciones de muy reciente data y cuya utilidad debemos poner permanentemente en duda, como corresponde a toda disciplina con capacidad de reflexionar sobre su propia capacidad epistémica.

No quisiera terminar sin alentar a los autores a que continúen este camino, para el cual el espíritu crítico es la mejor de las herramientas. No es hora de dogmatismos ni de nuevas “doctrinas oficiales” —estoy seguro de que María Inés y Julián dirían conmigo—, sino de lanzarse con valentía y audacia a pensar y a enseñar, sabiendo que la reflexión no es ejercicio inútil o puro saber de academia, sino una de las formas como podemos defender las libertades públicas y contener la violencia del Estado.

ALBERTO M. BINDER

Instituto de Estudios Comparados
en Ciencias Penales - INECIP

PREFACIO

Esta obra constituye un esfuerzo conjunto por poner a disposición de los interesados nuestra visión del Derecho procesal penal chileno a partir del proceso de reforma que ha venido, a comienzos del siglo XXI, a reemplazar integralmente el sistema inquisitivo que regía bajo el Código de Procedimiento Penal de 1906.

Como se sabe, la entrada en vigencia del nuevo sistema será gradual, lo que implica, por una parte, que no está previsto que rija en todo el territorio nacional sino a partir del año 2004 y, por la otra, que las normas del antiguo sistema seguirán también en vigor, posteriormente, para regular los procedimientos orientados a resolver los conflictos penales originados durante su vigencia. No obstante lo anterior, nuestro trabajo se ha orientado exclusivamente a explicar los fundamentos y alcances del nuevo proceso penal, por lo que la normativa anterior nos ha interesado sólo en cuanto antecedente de este último.

El trabajo que ahora presentamos se centra en el análisis del sistema procesal penal que resulta de la consideración conjunta de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997, que creó el Ministerio Público; la Ley N° 19.640, de 15 de octubre de 1999, que estableció la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público; la Ley N° 19.665, de 9 de marzo de 2000, que reformó el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000, que estableció el Código Procesal Penal; la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, que creó la Defensoría Penal Pública y la Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001, que modificó el Código Orgánico de Tribunales para adecuarlo al nuevo Código Procesal Penal.

Cuando este volumen se encontraba en prensa, se dictó, adicionalmente, la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, que introdujo importantes modificaciones al Código Procesal Penal. Si bien hemos añadido a esta obra una *addenda* orientada a explicar a grandes rasgos el alcance de dichas modificaciones, lo cierto es que ellas han afectado la consistencia y validez de varias de las afirmaciones que formulamos en esta obra, particularmente en materia de medidas cautelares. Dado el momento en que se produjo la modificación, nos ha resultado imposible corregir el texto original, lo que ha quedado como tarea para una futura edición. Por esta razón, llamamos al lector a revisar con cautela el texto de este libro en aquellas materias que han sido objeto de la ley de reforma antes señalada, cuyas normas se analizan por separado en la respectiva *addenda*.

La presente es una obra en dos volúmenes. Al momento de poner a vuestra disposición esta primera parte, los autores nos encontramos trabajando en la elaboración de la segunda, que incluirá la audiencia de preparación del juicio oral, el juicio oral, la prueba, los recursos y los procedimientos especiales más importantes.

Debemos especial agradecimiento al profesor Jorge Bofill, quien revisó los borradores de este trabajo y cuyas observaciones nos permitieron mejorar considerablemente el texto definitivo. El profesor Davor Harasic revisó también los capítulos escritos por el profesor Julián López, formulando sugerencias que fueron particularmente útiles para la corrección de dichos capítulos. Debemos agradecer también a Luppy Aguirre y Wilma Alvarado, quienes revisaron la fidelidad de las citas bibliográficas y ayudaron a rectificar los errores tipográficos previos al trabajo del editor. Por último, no podemos dejar de agradecer a nuestros alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quienes constituyen nuestra fuente inagotable de crítica, estímulo y perfeccionamiento académico.

Santiago, abril de 2002

I. EL NUEVO PROCESO PENAL

1. EL ORIGEN DEL PROCESO DE REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL CHILENA

Hasta el 16 de septiembre de 1997, fecha en que se publica la Ley de reforma constitucional N° 19.519, que establece la institución del ministerio público e inicia la saga de cuerpos legales que dicen relación con la transformación del sistema de justicia criminal, regía en Chile –y rige aún–¹ un ordenamiento procesal penal de corte inquisitivo cuyo origen legal se remonta a 1906. A la fecha de elaboración del Proyecto de Ley de Código de Procedimiento Penal ya se encontraba vigente la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, que expresaba los

¹ La ley de reforma constitucional recién citada dispone, en su disposición Trigesimosexta, que el Capítulo VI-A “Ministerio público”, la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público y las leyes que, complementando dichas normas, modifican el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones. Para determinar cuál es la fecha de entrada en vigencia de dichas disposiciones, hay que remitirse al artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público (Ley N° 19.640, de 1999), que establece una entrada en vigencia gradual de las mismas, según los plazos que en dicho precepto legal se indican y que se cuentan desde la publicación de dicha ley en el Diario Oficial (15 de octubre de 1999). Así se señala lo siguiente: IV y IX regiones, 14 meses; II, III y VII regiones, 24 meses; Región Metropolitana, 36 meses; I, II, VIII, X, XI y XII regiones, 48 meses. Sin embargo, la Ley 19.762, de 5 de octubre de 2001, modificó la disposición anteriormente señalada, estableciendo los siguientes plazos de entrada en vigencia del nuevo sistema: IV y IX regiones, 16 de diciembre de 2000; II, III y VII, 16 de octubre de 2001; I, II y XII, 16 de diciembre de 2002; V, VI, VIII y X, 16 de diciembre de 2003, y Región Metropolitana, 16 de diciembre de 2004.

ideales de la segunda etapa del sistema inquisitivo, esto es, una síntesis entre el modelo judicial de la monarquía absoluta y algunas concesiones al viejo sistema romano-germánico existente con anterioridad a la implantación del sistema inquisitivo (sistema inquisitivo mixto o inquisitivo reformado), modelo que se expandió en Europa a través de la codificación napoleónica. Sin embargo, el legislador de principios del s. XX desechó expresamente los modelos de enjuiciamiento criminal existentes a la época, apartándose así “de los Códigos más adelantados”, fundamentalmente por razones económicas y de recursos materiales,² conservando en lo sustancial la estructura del procedimiento penal inquisitivo establecido, durante el s. XIII, en los Libros III y VII de las Siete Partidas, y que se introdujo a Latinoamérica durante la Colonia y que subsistió a los procesos emancipatorios del s. XIX.³ En el Mensaje del Código de Procedimiento Penal de 1906 se sintetizan todos los argumentos aducidos en contra del modelo adoptado: “El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”. Sin embargo, el legislador confía en la honradez del juez para “no dejarse llevar de meras impresiones”.

Aunque este planteamiento, que afectaba frontalmente la garantía de imparcialidad del tribunal que juzga, resultaba discutible ya en la época que se pronunció, no cabe duda que comenzó a resultar insostenible a medida que los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y vigentes en el ordenamiento jurídico nacional con-

² Véase el Mensaje del Código de Procedimiento Penal de 1906.

³ MAIER (J.), “Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica (Los proyectos para la reforma del sistema penal), en MAIER y otros, *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, CPU, Santiago, 1993, pp. 29 y ss.; BOFILL (J.), “Die Strafprozessreform in Chile: ein Sprung in die Gegenwart”, en GÖSSEL/TRIFTERER (ed.) *Gedächtnisschrift für Heinz Zipsf*, C.S. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, p. 439.

sagraron, con fuerza vinculante para el legislador, los principios y garantías reconocidos como estándares universales del debido proceso.⁴ En efecto, el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución de 1980 impone el deber al legislador de “establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” (art. 19 N° 3 inciso 5°), cláusula que ha sido interpretada como una garantía general de respeto a los principios del debido proceso.⁵ Con relación a los tratados internacionales, Chile es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que contemplan un completo catálogo de garantías que componen el debido proceso así como garantías referidas a la libertad y seguridad individual aplicables en el curso de un proceso penal.⁶ El derecho a la imparcialidad del tribunal constituye un pilar fundamental de la garantía del debido proceso en un Estado de Derecho, en términos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado “la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de im-

⁴ A nivel constitucional, la garantía del debido proceso ha sido entendida históricamente como derecho a la legalidad del proceso penal. Así, el Reglamento Constitucional de 1812 establecía, en su artículo 18, que “Ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”. En el mismo sentido se configuraba el artículo 11 de la Constitución de 1925.

⁵ La Comisión Constituyente dejó constancia (Sesión N° 101) que el concepto de *due process of law* proviene del derecho anglosajón y que tiene una larga tradición jurídica desde los tiempos de la Carta Magna, y que se encuentra reconocido en todas las declaraciones internacionales formuladas en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, los comisionados carecían de un concepto claro del contenido de esta garantía, a pesar de su importante desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, y ello se refleja en la posterior discusión sobre la misma. En efecto, señalaron que con el objeto de que no se entendiera que “lo debido” es “lo que está en la ley”, se optó por utilizar los vocablos “racional” y “justo”, entendiéndose “que la racionalidad está referida al procedimiento, y lo ‘justo’ a lo sustantivo”. Para los comisionados debía “estarse a la naturaleza del procedimiento para determinar si se cumple o no con las exigencias de establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”. La Comisión dejó constancia que prefirió utilizar conceptos genéricos para evitar la dificultad de señalar su contenido específico e incurrir en alguna omisión, pero destacando que sus miembros coincidían en que eran “garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere” (Sesión N° 103).

⁶ Véase infra Capítulo II.

parcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados...".⁷

En este contexto sorprende que el Código de Procedimiento Penal de 1906 se haya mantenido, prácticamente sin modificaciones sustanciales, durante casi un siglo. No tuvo ningún impacto, siquiera doctrinario, la introducción, en 1939, en la Provincia argentina de Córdoba, del primer Código de Procedimiento Penal latinoamericano que atribuía a distintos tribunales las funciones de investigar y juzgar.⁸ Apenas hubo algunos trabajos académicos críticos a partir de la década de los 60 y algunos proyectos de reforma que principalmente tenían por objeto adecuar el sistema inquisitivo ortodoxo vigente a uno con características mixtas.⁹ La proliferación de los movimientos de reformas procesales en Latinoamérica, iniciados ya en la década del 80, tampoco perturbó la abulia que parecía dominar la doctrina y la jurisprudencia nacionales con relación a estos temas.

Con el advenimiento de la democracia en Chile y en el marco de un paquete de reformas propuestas por el primer gobierno de la Concertación surge cierta preocupación por los temas judiciales y, entre ellos, el relativo a la justicia penal. En efecto, se plantea un Proyecto de Ley que pretendía restablecer las funciones del ministerio público en primera instancia de modo muy similar al que ejercían los promotores fiscales hasta 1927, cargos que fueron suprimidos por su inoperancia.¹⁰ De allí que surgiera un debate en torno a la necesidad de producir una reforma más global del sistema de justicia criminal, coherente con los procesos radicales que se estaban experimentando en todo el continente.¹¹

Sólo a fines de 1992 se realiza el primer seminario internacional para analizar las iniciativas que a nivel regional se encon-

⁷ Citada por RODRIGUEZ RAMOS (L.), *Justicia penal (Comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Akal, Madrid, 1990, p. 12.

⁸ Este Código tuvo repercusión en algunos países latinoamericanos, pero sólo Costa Rica adoptó uno similar en 1975 (cfr. MAIER (J.), "Democracia y administración...", cit., p. 53).

⁹ BOFILL (J.), cit., pp. 438 y ss.

¹⁰ Véase infra Capítulo III.A.2.1.

¹¹ VARGAS (J.E.), "La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal" en *Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38*, Escuela de Derecho, U. Diego Portales, Santiago, 1998, pp. 55 y ss. (esp. 80 y ss.).

traban en proceso de discusión o de implementación para sustituir los procesos predominantemente escritos por juicios orales.¹² A comienzos de 1993, y con el impulso de la Corporación de Promoción Universitaria y de la Fundación Paz Ciudadana,¹³ se constituye un Foro constituido por personalidades provenientes del ámbito académico y de la profesión jurídica¹⁴ para la realización de un análisis crítico del proceso penal chileno y la elaboración de los lineamientos básicos de una reforma futura en esta área. Con ello se buscaba obtener “la más amplia representatividad entre los diversos roles al interior del sistema jurídico y las diversas sensibilidades políticas, culturales e ideológicas”.¹⁵ A partir de los consensos y lineamientos entregados por el Foro se procedió a la constitución de una Comisión Técnica¹⁶ para la redacción de un cuerpo normativo que recogiera tales acuerdos, la que comenzó su trabajo en enero de 1994. La Comisión Técnica informaba periódicamente el avance de sus propuestas, sometiéndolas a la evaluación y discusión del Foro. Su primer resultado fue el Código Procesal Penal. También tuvo a su cargo la redacción de los demás proyectos legales que decían relación con la reforma procesal penal (Proyectos de Reforma Constitucional, de Ley Orgánica del Ministerio público, de reforma al Código Orgánico de Tribunales, de Adecuación de las Leyes Especiales, de normas transitorias, etc.).

El tránsito de la conducción privada de este proceso y su ingreso a la agenda pública con la incorporación del Ministerio de Justicia al mismo, durante el Gobierno del Presidente Frei, estuvo fuertemente marcada por la difusión que el medio de prensa más influyente de Chile (“El Mercurio”) otorgó a la ne-

¹² Este seminario fue organizado por la Corporación de Promoción Universitaria (CPU) en el marco de un proyecto financiado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

¹³ Sobre el papel desempeñado por ambas ONGs en el proceso de reforma, véase VARGAS (J.E.), “La reforma...”, cit., pp. 80 y ss.

¹⁴ Se suele destacar la mayor participación, por su apertura al cambio, de académicos provenientes del Derecho Penal que del Derecho Procesal (véase, BOFILL (J.), cit., p. 443; VARGAS (J.E.), “La reforma...”, cit., pp. 100-101).

¹⁵ Mensaje del Proyecto de Ley del nuevo Código Procesal Penal (Nº 110-331, de 9 de junio de 1995).

¹⁶ Integrada por un Coordinador, Cristián Riego, y tres académicos y abogados, María Inés Horvitz, Jorge Bofill y Mauricio Duce, este último en calidad de secretario.

cesidad de la reforma propuesta.¹⁷ El Proyecto de nuevo Código Procesal Penal inició su tramitación parlamentaria en junio de 1995, antes de que estuvieran concluidos los restantes que integraban el paquete legislativo. El Ministerio de Justicia lideró la conducción política de la reforma, convocando la adhesión de instituciones públicas y privadas cuya colaboración resultaba indispensable para la legitimación del nuevo sistema. Pieza política especialmente compleja de este proceso fue la reforma constitucional que creó un ministerio público autónomo, a cargo de la investigación de los delitos.¹⁸ El Poder Judicial resintió inicialmente con mucha fuerza esta situación, pues percibía como una pérdida de poder el traslado de la función de investigar desde los jueces del crimen a los fiscales. Prefería el modelo del juez instructor de los sistemas inquisitivos mixtos, con el argumento que Chile no estaba preparado para un cambio tan radical, “que dejaba fuera nuestra tradición”.¹⁹ La influencia de la opinión del Poder Judicial —especialmente de la Corte Suprema— se dejó sentir en el mecanismo de remoción de las autoridades superiores del ministerio público. En la propuesta original, el control político sobre el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales se entregaba al Congreso, el que podía hacer efec-

¹⁷ La participación desde el inicio de este proceso de la Fundación Paz Ciudadana, nacida en 1992 por una gestión personal de quien sería su Presidente, Agustín Edwards, con ocasión del secuestro de uno de sus hijos en manos de un comando terrorista, fue clave para el acceso a los medios de comunicación social vinculados a Edwards, una gran cobertura de prensa y la difusión masiva de los contenidos de la reforma. La alianza de dos instituciones no gubernamentales en la génesis de la misma, una vinculada a la Concertación (CPU) y la otra a la derecha política (FPC), permitió un consenso político inédito en la historia del país, aunque las razones de dicho consenso fueran harto diferentes. No cabe duda que en la base de la reforma estuvo siempre el problema de la seguridad pública y el de la ineficacia del sistema represivo estatal en la lucha contra la delincuencia; las diferencias radicaban más bien en el énfasis del programa de garantías que debía recoger el nuevo ordenamiento procesal penal (BOFILL (J.), cit., pp. 442 y ss.; VARGAS (J.E.), cit., pp. 80 y ss., esp. 104 y ss.).

¹⁸ Sobre la discusión parlamentaria de este Proyecto, véase PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 524 y ss.

¹⁹ Pasajes de un texto emitido, en junio de 1996, tras una asamblea de representantes de todas las Cortes de Apelaciones del país, que recoge una apreciación de dichos jueces sobre el entonces Proyecto de nuevo Código Procesal Penal. El 12 de julio de 1996, la Corte Suprema también oficializó su posición al respecto (vid. BOFILL (J.), cit., nota 23).

tiva su responsabilidad de un modo análogo a como sucede actualmente con los magistrados de los tribunales superiores de justicia. Sin embargo, prevaleció la opinión de que dicho control debía conferirse a la Corte Suprema, con lo cual se disolvía en gran medida la pretendida autonomía del ministerio público, especialmente del Poder Judicial.²⁰

Con posterioridad a la reforma constitucional mencionada, se promulgaron los siguientes cuerpos legales: la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público (Ley N° 19.649, de 15 de octubre de 1999); el Código Procesal Penal (Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000), las Leyes N° 19.665, de 9 de marzo de 2000 y N° 19.708, de 5 de enero de 2001, que modifican el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, que crea la Defensoría Penal Pública. Se encuentra pendiente aun de tramitación la denominada ley “adecuatoria” de numerosos textos legales al nuevo ordenamiento procesal penal.²¹

El nuevo Código Procesal Penal tuvo como fuente principal el Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica, que a su vez constituyó el resultado de un prolongado trabajo desarrollado por académicos especialistas de la región vinculados al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La versión final de este Código fue preparada por el profesor argentino Julio B. Maier. También sirvieron de modelo algunos códigos extranjeros, como la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877, el Código Procesal Penal italiano de 1988, el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1992, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina, de 1992 y el Código Procesal Penal peruano de 1991. Asimismo, fueron considerados el Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala, de 1991 y el Proyecto de Código Procesal Penal de El Salvador, de 1993.

Si bien la nueva regulación no abandona completamente ciertos rasgos inquisitivos, establece las bases de un proceso penal acusatorio que irá consolidándose a medida que arraiguen sus componentes más expresivos, proceso que evidentemente posee una dimensión jurídica pero que también requiere cam-

²⁰ Sobre las repercusiones del modelo institucional de ministerio público, sus ventajas y desventajas, vid. *infra* Capítulo III.A.2.2.1.

²¹ Boletín N° 2.217-07.

bios políticos y culturales importantes.²² Por cierto, en este trabajo no se pueden abordar debidamente estas dos últimas dimensiones, de trascendental relevancia en el proceso de transformación de la justicia criminal chilena. Como señala BINDER, el proceso de reforma judicial en Latinoamérica puede ser caracterizado, en términos generales, “como un intento de crítica radical a las estructuras judiciales heredadas del sistema inquisitivo y a la cultura judicial y jurídica gestada alrededor de este modelo judicial” que, según este autor, “ha calado tan profundamente en la formación jurídica moderna que actualmente es el principal obstáculo para todo proceso de cambio”.²³ Como sabemos, este modelo está vinculado históricamente a un tipo de organización política muy preciso: el Estado moderno y la monarquía absoluta. El éxito de la reforma procesal penal depende, en gran medida, de la capacidad de profundización democrática de la estructura política y de la instauración de una cultura social genuinamente republicana. Este proceso conllevará inevitablemente tensiones, avances y retrocesos; por ello, se hace necesaria una constante evaluación y una renovada reflexión teórica sobre las múltiples dimensiones del mismo a fin de evitar el retorno a prácticas inquisitivas con nuevas reconstrucciones teóricas, pues el sistema inquisitivo “ha demostrado una gran fuerza de absorción de instituciones nuevas”.²⁴

²² Sobre la dimensión de la transformación cultural de los procesos de reforma de la justicia criminal, que abarca mucho más que la reforma legal, vid. BINDER (A.), “Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica”, en AA.VV., *Reformas procesales en América Latina* (La oralidad en los procesos), CPU, Santiago, 1993, pp. 67 y ss.; BAYTELMAN (A.), “Regeneración cultural: el gran desafío de la reforma”, en GONZALEZ (F.), (ed.) *Primer congreso nacional sobre la reforma del proceso penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39, UDP, 1998, pp. 395 y ss.

²³ BINDER (A.), “Transformación de la justicia penal y constitución: del programa político al programa científico” en GONZALEZ (F.), (ed.) *Primer congreso nacional sobre la reforma del proceso penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39, UDP, 1998, pp. 21-22.

²⁴ BINDER llama la atención sobre la necesidad de apoyar el proceso político de reforma con una constante elaboración teórica y científica de las instituciones procesales, disociarlas de su función meramente ritual en la enseñanza tradicional y vincularlas con fuerza al derecho constitucional y penal, en fin, al sistema de garantías del Estado de Derecho. En este proceso juega un rol fundamental el modo de enseñanza del derecho y el papel de la academia (BINDER (A.), “Transformación de la justicia penal...”, cit., pp. 21 y ss. (esp. 22).

2. FUNDAMENTOS DE LEGITIMACION DEL NUEVO PROCESO PENAL

El procedimiento penal implica, desde una perspectiva funcional,²⁵ la asunción de dos cuestiones: primero, la producción de una decisión definitiva para la solución de un conflicto determinado y, segundo, que la misma genere un efecto vinculante²⁶ (*Verbindlichkeit*) como consecuencia de su legitimación *formal* a través del procedimiento mismo que impida cualquier protesta de irrazonabilidad o arbitrariedad en su contra. Por tanto, es necesario distinguir entre el proceso de producción de la decisión y el procedimiento previo encaminado a la adopción de la misma como partes de un proceso constitutivo de legitimación que posee una vertiente material y otra formal.²⁷

La función material del proceso de decisión depende de la clase de conflicto de que se trate. El objeto del proceso penal es el específico conflicto penal proveniente de la frustración de una expectativa normativa. Existiendo la sospecha de la infracción de una norma jurídico-penal debe decidirse si tal sospecha se encuentra fundada y si se requiere la aplicación de una sanción penal para la confirmación de la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, el proceso penal es un genuino mecanismo de legitimación “retrospectiva” del conflicto concreto y de su solución.

Este planteamiento es consecuencia de un modelo formalista del derecho penal, es decir, que acepta expresamente el carácter voluntarista e intersubjetivamente convencional de la definición del comportamiento desviado, sometiéndola al principio de estricta legalidad. De allí el carácter empírico y cognoscitivo, no decisionista, de la comprobación judicial de dicho comportamiento desviado. En efecto, la decisión se legitima “retrospectivamente” si y sólo si ella se ajusta a la convención legal

²⁵ En este punto sigo la perspectiva funcionalista de LESCH (H.H.), *Strafprozessrecht*, J.A. Studienskript 5, Luchterhando, Berlin, 1998, pp. 1 y ss.

²⁶ La expresión alemana alude al carácter “vinculante” de la sentencia, con fuerza interna y no heterónoma; este aspecto no es captado adecuadamente por ningún sustantivo de la lengua española.

²⁷ LESCH cita continuamente a LUHMANN (N.), *Legitimation durch Verfahren*, 3 Aufl., 1981, pp. 39 y ss.; también PETERS (K.), *Strafprozess*, 4 Aufl., 1985, p. 14.

que establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delito.²⁸

Esta es la alternativa epistemológica al modelo sustancialista de la desviación y el proceso penal. En este resulta esencial la búsqueda de una verdad material o sustancial, de naturaleza ontológica, carente de límites y alcanzable más allá de rígidas reglas procedimentales. La verdad se obtiene mediante la investigación inquisitiva sin constreñimientos garantistas y abarca todos los aspectos de la persona y los hechos investigados. Objeto del conocimiento y del tratamiento penal es la desviación criminal, en sí misma inmoral o antisocial, sintomática de la personalidad del autor, cuya maldad, antisocialidad o peligrosidad se manifiesta de modo contingente en el delito, cuya verificación no siempre es necesaria para justificar el castigo.²⁹

De allí que sólo pueda legitimar formalmente la decisión del conflicto jurídico-penal, y producir su efecto vinculante, el establecimiento conforme a reglas de una verdad "procesal" entendida, sin implicaciones metafísicas, como "correspondencia" (nominal) y lo más aproximada posible entre las proposiciones jurisdiccionales y las proposiciones fácticas y jurídicas del caso.³⁰ El nexo exigido por el principio de estricta legalidad entre la "validez" ("vinculabilidad") de la decisión y la "verdad" de la motivación es especialmente importante en el ámbito de la jurisdicción penal.³¹ Sabemos que se trata de una verdad limitada

²⁸ FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 33 y ss., quien entiende estrechamente vinculados garantismo, convencionalismo legal y cognoscitividad jurisdiccional.

²⁹ FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., p. 41, para quien este modelo se ha reflejado en las doctrinas moralistas que consideran al delito un pecado, a las naturalistas, que individualizan en él un signo de anormalidad o de patología psicofísica del sujeto (Escuela positiva italiana), hasta las pragmatistas y utilitaristas que le confieren relevancia sólo en cuanto síntoma privilegiado y alarmante de la peligrosidad del autor. Para este autor ha sido mérito del pensamiento ilustrado el reconocimiento de los nexos entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitividad jurisdiccional, de un lado, y despotismo, sustancialismo extralegal y decisionismo valorativo propio de los modelos autoritarios, del otro (p. 46).

³⁰ LESCH, cit., pp. 2-3.

³¹ FERRAJOLI, cit., pp. 47 y ss., siguiendo en este punto a TARSKI (A.), *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, en M. Bunge (ed.) *Antología semántica*, Nueva visión, Buenos Aires, 1960; LESCH, cit., p. 3. Un modelo penal garantista exige, tanto en el plano epistemológico como político, que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus

epistemológica y normativamente, y condicionada subjetivamente,³² pues la verdad objetiva, cierta, absoluta es la expresión de un ideal inalcanzable³³ y porque en un Estado de Derecho no resulta legítima la obtención de la verdad “a cualquier precio”.³⁴ De allí que un importante límite normativo en el establecimiento de la verdad procesal en los Estados modernos de derecho esté constituida por la inadmisibilidad de la prueba llamada “ilícita” u obtenida con infracción a los derechos y garantías fundamentales o la prueba declarada nula por el juez. En este esquema, “verdad” y “validez” se condicionan mutuamente al punto que sólo es posible hablar de una “verdad normativa”.

La elaboración de una noción de “verdad procesal” o “verdad formal”, de la verificabilidad y de la verificación procesal resulta ineludible en un modelo garantista del derecho penal; de lo contrario, “toda la construcción ilustrada del derecho penal (...) termina apoyada en la arena y terminan descalificadas, en cuanto puramente ideológicas, las funciones civiles y políticas asociadas a ella”.³⁵ Su desconocimiento sólo puede conducir a la arbitrariedad decisionista.

Las garantías procesales aseguran la intervención de los participantes del conflicto jurídico-penal en la constitución de la decisión, de modo que el proceso penal pueda verse, también, como un proceso de comunicación en que cada uno de los in-

motivaciones, en el sentido ya expresado de “correspondencia” lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados; de allí que Ferrajoli rechace cualquier modelo que no se base en este esquema cognoscitivo de justificación de las decisiones, como los puramente “decisionistas”, ya sea moralistas, eficientistas o consensualistas (pp. 67-69). Lesch pone más bien el acento en la necesidad de que la decisión contenga una argumentación altamente plausible e intersubjetivamente aceptable para que sea legítima formalmente (op. cit., p. 3). Ferrajoli diría que el puro criterio de la aceptabilidad justificada o de la justificación racional de la decisión es insuficiente si no existe una correspondencia (aproximativa) de las proposiciones jurisdiccionales con los presupuestos fácticos y jurídicos.

³² Sobre las mismas, Ferrajoli, cit., pp. 51-62.

³³ TARSKI (A.), *La concepción semántica*, citado por Ferrajoli, cit., p. 50 nota 34.

³⁴ FERRAJOLI, cit., pp. 59-61.

³⁵ FERRAJOLI, cit., p. 47, quien afirma que no se puede prescindir del sentido y el uso común con que se usan los términos verdadero y falso en la práctica procesal y judicial.

tervinientes tiene la posibilidad real de influir sobre su resultado. En este contexto, emergen como principios legitimantes de la decisión judicial todas las garantías del juicio contradictorio, la oralidad, la intermediación, la publicidad de las pruebas que se presentan directamente, son contrastadas entre sí, sometidas a exámenes y controles cruzados por las partes, etc.³⁶ El establecimiento de la “verdad procesal” se satisface mejor y más auténticamente en un proceso de corte acusatorio. Como sabemos, en un proceso inquisitivo como el que estableció el Código de Procedimiento Penal de 1906, las pruebas se practican en secreto y por escrito, en muchos casos delegándose tal función en empleados administrativos, quienes realizan una transcripción de las declaraciones reformulándolas en su lenguaje personal y subjetivo. No existe la posibilidad de contradecir oralmente las pruebas al momento de ser producidas y sólo cabe hacer observaciones o refutaciones por escrito una vez que se tiene acceso a las actas del sumario. El plenario carece, en general, de relevancia en tanto es renunciable la práctica de pruebas durante el mismo (art. 449 CdPP) y las pruebas del sumario son válidas sin necesidad de ratificación de testigos y peritos (arts. 469, 471 CdPP). La sentencia fundada en pruebas así obtenidas no puede resultar vinculante desde la perspectiva del principio de estricta legalidad. En efecto, los “documentos” del expediente que contienen de tal modo mediatizado los hechos jamás podrán superar el estándar impuesto por un modelo de legitimación cognoscitivistista de la jurisdicción.

El modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal se aviene mejor con formas de organización política que reconocen el valor de la autoridad y la centralización del poder; en suma, con el régimen político del absolutismo. En cambio, el modelo acusatorio prospera allí donde existe un sistema republicano de ejercicio del poder político, con separación de funciones y aseguramiento de la igualdad de posiciones de las partes.³⁷ Cualquiera sea la estructura del proceso penal, éste persigue dos fi-

³⁶ LESCH, cit., p. 3.

³⁷ MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, 1b Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 206 y ss. Sobre la interesante distinción de Damaska entre los ideales “jerárquico” y “paritario” como formas procesales de los distintos sistemas de administración de justicia, vid. *Las caras de la justicia...*, cit., pp. 85.

nalidades diversas: el castigo de los culpables y la protección o tutela de los inocentes.³⁸ La historia del proceso penal puede ser entendida como la historia del conflicto entre ambas finalidades, o como la relación de tensión entre el interés público a la persecución penal de los delitos y el interés individual de los ciudadanos a que sus derechos se conserven intangibles para el Estado hasta tanto no se afirme la responsabilidad penal a través de una decisión jurisdiccional definitiva.

El método inquisitivo resuelve esta tensión expresando una confianza tendencialmente ilimitada en las cualidades del juez y su capacidad para alcanzar la verdad. En cambio, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada hacia el poder del juez para averiguar dicha verdad. Por ello, ambos modelos expresan dos epistemologías opuestas del juicio: en el primer caso, la relación vertical inquisidor-inquirido, la operación unilateral del juez para el establecimiento de la verdad y el *dictum* de un solo sujeto. En el segundo caso se trata, más bien, de la contienda entre varios sujetos, una relación triádica entre dos partes y un tercero *super partes*: el juez como tercero separado de la acusación y a quien corresponde la decisión, el actor como parte de la acusación y sobre quien pesa la carga de la prueba, el imputado como parte de defensa con derecho a la refutación y la verdad procesal surgida de la controversia entre estas distintas partes (epistemología acusatoria o falsacionista).³⁹

La concepción cognoscitiva del proceso penal y del método acusatorio se corresponden, como vimos anteriormente, con el principio de estricta legalidad y el correspondiente proceso de formalización y tipificación de los delitos y las penas. En efecto, sólo la rígida determinación semántica de los presupuestos legales de la pena permite concebir el proceso como juicio basado en la comprobación empírica de hechos predeterminados. Por ello, las sentencias penales se legitiman en la medida que guarden relación con la verdad, en sentido de correspondencia con las proposiciones fácticas de la ley.⁴⁰

³⁸ Estas finalidades pueden verse en CARRARA (F.), *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, (trad. J. ORTEGA y J. GUERRERO), tomo II, Temis, Bogotá, 1956, p. 278.

³⁹ FERRAJOLI, cit., pp. 603 y ss.

⁴⁰ FERRAJOLI, cit., p. 605.

En el procedimiento de verificación de la verdad a través del método de prueba y refutación resultan fundamentales las llamadas garantías primarias o epistemológicas del proceso penal acusatorio, a saber: “no hay juicio sin acusación”, “la carga de la prueba corresponde al acusador” y “el derecho de defensa del imputado”. A las señaladas se añaden otras cuatro que aseguran la observancia de las primeras (garantías secundarias): la *publicidad*, que permite el control interno y externo de toda la actividad procesal; la *oralidad*, que implica la inmediación y concentración de la actividad probatoria; la *legalidad* del procedimiento, que exige que toda la actividad judicial se desarrolle, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente preestablecido, y la *motivación*, que garantiza el carácter cognoscitivo del sistema, esto es, la existencia de fundamentación de la acusación a la luz de las pruebas y contrapruebas.⁴¹

En el próximo Capítulo examinaremos el modo en que dichas garantías son reconocidas y se plasman en la nueva regulación procesal penal chilena.

⁴¹ FERRAJOLI, cit., p. 606.

II. PRINCIPIOS Y GARANTIAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

A. INTRODUCCION

Uno de los objetivos centrales de la reforma procesal penal chilena es la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático.¹ En particular, la preocupación fundamental que se expresa en el origen del proceso de reforma dice relación con la obvia inconsistencia existente entre el sistema procesal penal chileno vigente a esa época, y las garantías individuales reconocidas en los tratados internacionales ratificados por Chile.² Este objetivo aparece sumamente explícito

¹ Véase Mensaje N° 110-331 de S.E. el Presidente de la República a S.E. el Presidente de la H. Cámara de Diputados, de fecha 9 de junio de 1995.

² Estudios críticos del sistema procesal penal chileno anterior a la Reforma pueden encontrarse en RIEGO (C.), "Aproximación a una evaluación del Proceso Penal Chileno", en MAIER y otros, *Reformas Procesales en América Latina, la oralidad en los procesos*, CPU, Santiago, 1993; "El proceso penal chileno frente a la Constitución Política del Estado y a la Convención Americana de Derechos Humanos" en *Seminario: Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, marzo de 1994; "La Reforma Procesal Penal Chilena" en DUCE, M. y otros, *La Reforma de la Justicia Penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1998; e "Informe nacional: Chile" en MAIER, J. y otros, *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 167 y ss. Un interesante estudio empírico sobre la situación de los derechos humanos en Chile en relación al sistema penal en JIMENEZ (M.A.), *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 4, serie publicaciones especiales, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1994; Véase también *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, varios autores, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago 1994; GONZALEZ, F. (ed.), y *Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 39, serie Seminarios, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1998.

en el Mensaje del Presidente de la República que acompañó al proyecto de ley del nuevo Código Procesal Penal.³ Se manifiesta, asimismo, en la consideración preferente, como fuente de los proyectos de ley que componen la reforma, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.⁴

Resulta indispensable, entonces, que antes de introducirnos en el estudio de la normativa que rige el procedimiento penal chileno instaurado por el proceso de reforma revisemos, en términos generales, cuáles son los principios y garantías que el sistema reconoce y consagra.

³ Al respecto, el Mensaje presidencial afirma: "Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpaado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman al Estado chileno".

"Pero no se trata sólo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevando así a término el desarrollo del Estado constitucional. Todavía esa reforma resulta exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan al sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional. Se ha dicho, con razón, 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" (...).

"Ocuparse de la reforma procesal penal para, a través de ella, fortalecer las garantías, constituye, así, una tarea exigida por los principios en materia de derechos fundamentales. La reforma al proceso penal importará, por lo mismo, un mayor goce cotidiano de los derechos humanos".

⁴ El carácter de fuente de estos instrumentos aparece reconocido también explícitamente en el mensaje del CPP: "Los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto han sido la Constitución Política de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que obligan al país, habiéndose tenido en cuenta especialmente entre estos últimos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

La tarea no resulta fácil, porque el análisis de las garantías que informan el proceso penal ha estado lejos de formar parte regular de los cursos de derecho procesal en nuestro país. En general, la escasa bibliografía nacional en materia de derecho procesal penal y la generalidad de la actividad docente vinculada a la disciplina, se han centrado en los denominados *principios formativos del procedimiento*, presentándolos en pares o tríadas que representan criterios orientadores de las formas que adquiere el procedimiento en su nivel de concreción.⁵ Lo habitual es que, en este nivel de análisis, la discusión en torno a los principios no involucre juicios valorativos de preferencia, lo que permite que éstos sean presentados de una manera más bien neutra, sin referencia a las limitaciones que imponen a su reconocimiento las garantías individuales reconocidas por el ordenamiento jurídico.⁶

De esta manera, proponer una sistematización de los principios y garantías que informan el proceso penal chileno a partir de la reforma es una tarea de alguna manera nueva en nuestro medio, en la que estamos obligados a servirnos de doctrina extranjera, desarrollada en función a marcos de referencia que no son necesariamente los mismos, ya que obedecen a las declaraciones de derechos incorporadas en sus leyes fundamentales y a la aplicación que les ha dado la jurisprudencia de esos Estados y de los tribunales internacionales de derechos humanos a los que se encuentran vinculados por convenciones internacionales.⁷

Nuestra propuesta se servirá de doctrina extranjera en cuanto ella tiene de universal en la determinación del contenido de principios que son comunes a los diferentes sistemas procesales

⁵ Se habla así de principio de publicidad-secreto, oralidad-escrituración, mediación-inmediación, etc.

⁶ Vid. por todos MORALES ROBLES (E.), *Explicaciones de derecho procesal*, Santiago, 1987, t. III, pp. 102 a 119 y 216 a 218. Contra esta tendencia y por excepción, véase PEREIRA (H.), *La protección procesal de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Editorial Universitaria, Santiago, 1990 y TAVOLARI (R.), "Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno", en *El proceso en acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pp. 557 a 582.

⁷ Véase HORVITZ (M.I.), "La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el Proceso Penal Europeo" en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección de Estudios N° 1, Santiago, 1994, pp. 373-418.

penales contemporáneos. A partir de allí, propondremos confrontar estas nociones con la forma en que dichos principios aparecen reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile. Finalizaremos analizando, en cada caso, la forma en que los respectivos principios o garantías han sido reconocidos por el sistema procesal penal que es producto de la reforma.

Lo anterior significa que sólo ocasionalmente analizaremos los principios expuestos a la luz del antiguo sistema procesal penal chileno. Es cierto que nos encontramos en un momento de coexistencia de dos sistemas procesales distintos.⁸ Sin embargo, nuestro interés no está centrado en una crítica al sistema del CdPP, sino en el estudio de los principios que informan el sistema de la reforma. La pretensión es que, a través de la revisión de los principios y garantías en general, y de su concreción en las leyes procesales penales en particular, logremos una primera aproximación a las características del nuevo sistema procesal penal chileno.

B. PANORAMA

Nuestra propuesta sistemática en esta materia involucra una distinción entre *principios*, por una parte, y *garantías*, por la otra. La distinción parecerá en varios puntos algo forzada porque, en el fondo, el reconocimiento de *garantías* procesales obedece, en buena medida, a lo que se ha llamado la “constitucionalización de los principios procesales penales”.⁹ Así, por ejemplo, al considerar como garantía el “derecho a un juicio oral y público” no

⁸ El sistema procesal penal de la Reforma tiene programada una puesta en marcha gradual a lo largo del país. A la fecha de elaboración de este trabajo el nuevo sistema rige plenamente en las regiones II, III, IV, VII y IX. Vid. supra, nota 1.

⁹ MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, t. I, p. 318. En la misma línea, afirma TAVOLARI que “se ha dado a la luz un movimiento de constitucionalización, esto es, de elevación a los estratos superiores del Ordenamiento Jurídico, de las instituciones cautelares de los valores del individuo que, comprobado insuficiente, originó el desarrollo de un proceso de internacionalización de la protección de estos valores”. TAVOLARI (R.), ob. cit., p. 557.

estamos haciendo más que elevar a rango constitucional los principios de oralidad y publicidad, excluyendo a sus antítesis teóricas (escrituración, secreto) como alternativas válidas para la consolidación de un estado de derecho.

Sin embargo, la distinción que proponemos es válida porque no todos los principios que determinan un sistema procesal penal pueden ser elevados al rango de garantías. Buena parte de ellos obedecen a las necesidades de la organización del poder de persecución penal de un Estado y son, por tanto, opciones políticas que no tienen necesariamente una dimensión garantista.¹⁰ Así sucede, indiscutiblemente, con principios como el de *oficialidad, investigación oficial o legalidad* y no tan indiscutiblemente con el *principio acusatorio*, que sin embargo incluiremos en esta categoría por no ser en sí mismo una garantía individual sino una forma de organización del proceso que en definitiva facilita la realización de determinadas garantías de ese orden.

Hecha esta distinción entre principios y garantías, clasificaremos estas últimas atendiendo a si ellas aparecen asociadas a la organización judicial o al procedimiento, y dentro de este último distinguiremos las garantías que se aplican al procedimiento penal en su totalidad de aquellas que se aplican solamente a la etapa del juicio.¹¹

La estructura de este capítulo seguirá el siguiente orden:

1. PRINCIPIOS DE LA PERSECUCION PENAL

1.1. Principio de oficialidad.

1.2. Principios de investigación oficial y aportación de parte.

1.3. Principio acusatorio.

1.4. Principios de legalidad y oportunidad.

¹⁰ En palabras de GOLDSCHMIDT: “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. Citado por MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 319.

¹¹ Excluiremos de este estudio aquellas garantías que comportan límites formales a la averiguación de la verdad tales como la prohibición de apremios ilegítimos, la inadmisibilidad del imputado como órgano de prueba, el derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Dichos principios serán estudiados en conjunto con los principios que regulan la prueba y las reglas de exclusión, en el tomo II de esta obra.

2. GARANTIAS INDIVIDUALES ANTE LA PERSECUCION PENAL

2.1. GARANTIAS DE LA ORGANIZACION JUDICIAL

- 2.1.1. Derecho al juez independiente.
- 2.1.2. Derecho al juez imparcial.
- 2.1.3. Derecho al juez natural.

2.2. GARANTIAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

- 2.2.1. Derecho al juicio previo.
- 2.2.2. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
- 2.2.3. Derecho de defensa.
- 2.2.4. Derecho a la presunción de inocencia.
- 2.2.5. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple.

2.3. GARANTIAS DEL JUICIO

- 2.3.1. Derecho a juicio público.
- 2.3.2. Derecho a juicio oral.
 - 2.3.2.1. El principio de inmediación.
 - 2.3.2.2. Los principios de continuidad y concentración.

2.4. LIMITES FORMALES AL ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD

C. ENUNCIACION

1. PRINCIPIOS DE LA PERSECUCION PENAL¹²

1.1. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

El *principio de oficialidad* expresa la idea de *persecución penal pública de los delitos*, esto es, la noción de que éstos pueden y deben ser perseguidos por el Estado *de oficio*, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona. La antítesis teórica del principio de oficialidad es el *principio dispositivo en sentido estricto*, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción.¹³

¹² Para los efectos de este capítulo entendemos el concepto de *persecución penal* en sentido amplio, como actividad estatal íntegra (comprendido el tribunal), desde el inicio de la etapa de investigación hasta la sentencia, y no en su sentido restringido, que alude a la actividad de la fiscalía hasta la formulación de la acusación. Véase ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 82.

¹³ Como explica MONTERO AROCA, el *principio dispositivo en sentido amplio* incluye dos principios distintos: el *principio dispositivo en sentido estricto* (o *Dispositions-maxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y

La idea de oficialidad no excluye la posibilidad de que el ofendido pueda promover la persecución penal o incluso intervenir como parte, pero declara que esa intervención no es necesaria ni determinante.¹⁴

El principio de oficialidad está asociado a la idea de monopolio estatal en el ejercicio de la acción penal. Para MAIER constituye (junto a la *averiguación histórica de la verdad como meta directa del procedimiento*) una de las dos máximas fundamentales de la Inquisición que perdura hasta nuestros días.¹⁵ Lo anterior se explica porque, como sabemos, los sistemas acusatorios históricos no contemplaban la existencia de este principio sino que, por el contrario, desarrollaron la acción popular y la acción privada como únicas formas de inicio de la persecución penal.¹⁶

El principio de oficialidad tiene implicancias sobre la forma en que se da inicio al procedimiento y sobre la disponibilidad por las partes del objeto de la controversia.

1.1.1. *Respecto al inicio del procedimiento*

El *principio de oficialidad* expresa la idea de que la investigación de los delitos puede ser iniciada y seguida de oficio por el Estado. Su antítesis teórica, *el principio dispositivo*, predica a este respecto que la persecución sólo puede iniciarse a petición de parte: “el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho”.¹⁷

La razón para la aplicación del principio de oficialidad en materia penal es la idea de que los delitos constituyen las for-

la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el de *aportación de parte* (o *Verhandlungsmaxime*), por el que las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba. MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 335.

¹⁴ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 83.

¹⁵ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1b, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 213.

¹⁶ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

¹⁷ MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 336.

mas de comportamiento desviado más intolerables socialmente y, por lo tanto, existe en su persecución un interés público que se superpone y excluye al eventual interés privado involucrado en la misma.¹⁸ Lo anterior explica que el Estado no sólo tenga el *derecho* a iniciar la persecución penal de oficio, sino también el *deber* de hacerlo.

El principio de oficialidad constituye la regla general en el nuevo sistema procesal penal chileno. Así viene declarado ya constitucionalmente, al afirmar nuestra ley fundamental que el ministerio público “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito... y en su caso, ejercerá la acción pública en la forma prevista por la ley” (art. 80 A CPR).

A nivel legal, el principio aparece reafirmado en el artículo 1º de la LOCMP, que reza: “El ministerio público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley”. Por su parte, el artículo 172 CPP establece que “La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público...”.

Como resulta obvio, la consagración del principio de oficialidad como regla general no constituye ninguna novedad respecto del sistema que establecía nuestro antiguo CdPP. Lo novedoso está en la *exclusividad* del ministerio público en el ejercicio de la acción penal, lo que implica la desaparición de la facultad que se reconocía a los tribunales para dar inicio a la persecución penal.¹⁹ Debe tenerse presente, sin embargo, que el cambio del órgano a quien la ley encomienda la persecución penal pública no constituye un debilitamiento del principio de oficialidad, toda vez que sigue siendo el Estado, a través de uno de sus órganos, quien se reserva para sí el monopolio de la persecución penal.

Ahora bien, de lo que llevamos dicho hasta ahora queda en evidencia que el principio de oficialidad está fuertemente vinculado

¹⁸ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 544.

¹⁹ El art. 24 inc. 1º CdPP señalaba: “Siempre que se trate de delitos que deban perseguirse de oficio, los tribunales competentes estarán obligados a proceder, aun cuando el ministerio público no crea procedente la acción”.

al concepto procesal de *acción*, y en particular, a la tradicional clasificación que distingue entre *acción penal pública*, *acción penal privada* y *acción penal pública previa instancia particular* (art. 53 CPP). Mientras el principio de oficialidad se expresa con toda su fuerza en la idea de acción penal pública, el establecimiento de delitos de *acción penal privada* o *mixta* constituye, de alguna manera, una declaración del Estado acerca de la existencia de delitos en que el compromiso del interés público es menor y, por lo tanto, la persecución penal pasa a depender de un acto voluntario del ofendido.

Visto desde esta perspectiva, el balance existente entre el alcance y extensión de la *acción penal pública*, por una parte, y de la *acción penal privada* y *acción penal mixta*, por la otra, constituye el mejor termómetro de la fuerza del principio de oficialidad en un sistema determinado.

Si utilizamos este enfoque y revisamos comparativamente el catálogo legal de delitos de acción penal pública, privada y mixta, previo y posterior a la reforma del sistema procesal penal chileno, podremos apreciar que el CPP no implicó una atenuación del principio de oficialidad respecto del CdPP, sino que, por el contrario, una reafirmación del mismo. Así, basta revisar el artículo 55 CPP para observar que éste contiene una enumeración de delitos de acción penal privada que se limita a reiterar parte de los numerales del antiguo artículo 18 CdPP. Por su parte, el artículo 54 CPP amplía tímidamente el catálogo de delitos de acción penal pública previa instancia particular, incorporando incluso delitos que anteriormente eran de acción penal privada.²⁰

En resumen entonces, estamos ante un sistema en que, con respecto al inicio del procedimiento, rige por regla general el

²⁰ Así sucede con la *comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado* (art. 54 inc. 2º letra f) CPP, antiguamente en el art. 18 N° 2 CdPP). Cabe hacer notar que esta situación era distinta en el proyecto del ejecutivo. Este mantenía la comunicación fraudulenta como delito de acción penal privada (art. 63 letra f) del proyecto); había considerado el delito de *giro fraudulento de cheques* como delito de acción penal privada (art. 63 letra e) del proyecto), y proponía la inclusión como delitos de acción penal pública previa instancia particular de todos los delitos de *estafa* y *otros engaños* previstos en el párrafo 8 del título IX del Libro II del Código Penal, con la sola excepción del delito del artículo 472, esto es, la *usura* (Art. 62 letra h) del proyecto).

principio de oficialidad, y en el cual se reconocen, con carácter excepcional, aplicaciones del *principio dispositivo*, en los casos de acción penal privada y de acción penal pública previa instancia particular.

1.1.2. *Respecto a la disponibilidad de la pretensión penal*

Con respecto a la disponibilidad de la pretensión penal, el *principio de oficialidad* expresa que ésta no es disponible por las partes, ya que existe un interés público comprometido en la persecución penal. Su antítesis teórica, *el principio dispositivo*, permite la libre disponibilidad de la pretensión, porque éste involucra un derecho de interés privado.

La posibilidad de disponer del objeto del proceso en materia criminal no era absolutamente extraña a nuestro sistema procesal penal anterior a la reforma, si tenemos en consideración que el CdPP reconocía eficacia a la renuncia, el desistimiento y el abandono de la acción penal privada (arts. 28, 32 y 587 CdPP), reconocimiento que el CPP mantiene (arts. 56, 401 y 402 CPP).

No obstante, la aplicación del principio dispositivo a la disponibilidad de la pretensión penal se ha ampliado enormemente con la introducción de los *acuerdos reparatorios*, que pueden ser celebrados directamente entre el imputado y la víctima cuando los hechos investigados afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consisten en lesiones menos graves o constituyen delitos culposos (art. 241 CPP).²¹ La institución constituye, indudablemente, una forma de disposición de la controversia porque el efecto inmediato que produce el acuerdo reparatorio, una vez aprobado, es el pronunciamiento del sobreseimiento definitivo, con lo cual se extingue total o parcialmente la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado (art. 242 CPP).²²

²¹ Vid. infra, VII.B.9.

²² Vid. infra, VII.B.9.7.

1.2. PRINCIPIOS DE INVESTIGACIÓN OFICIAL Y APORTACIÓN DE PARTE²³

El *principio de investigación oficial*, también llamado simplemente *principio de investigación*, supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa (instruye por sí mismo) y, en ello no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes en el proceso.²⁴

Esto conlleva dos consecuencias:

- a. El tribunal no queda vinculado por las posiciones de las partes acerca de la verdad de un hecho (v. gr. la confesión no obliga a condenar).
- b. El tribunal puede y debe producir prueba de oficio.²⁵

La antítesis teórica del *principio de investigación oficial* es el *principio de aportación de parte*.²⁶ Conforme a este principio, la carga de la prueba y la *iniciativa* de los actos de producción de prueba recaen en las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella. El *principio de aportación de parte* descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular y, por ello, determina que el tribunal no se interese por la averiguación autónoma de la verdad.²⁷

²³ La suma del *principio de oficialidad* y el *principio de investigación oficial* integran lo que se suele llamar *principio inquisitivo*; en las antípodas, la suma del *principio dispositivo* en sentido estricto y el *principio de aportación de parte* integran lo que se conoce como *principio dispositivo* en sentido amplio. Véase MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 337. En otras palabras, entendemos que el *principio inquisitivo*, expresa la idea de *investigación oficial de la verdad*, esto es, que ni el objeto del litigio ni la actividad probatoria dependen de la voluntad de las partes que intervienen en el procedimiento, sino que son una misión estatal; el *principio dispositivo*, en cambio, expresa la idea de que tanto el objeto del litigio como la actividad probatoria dependen absolutamente de la voluntad de las partes, al punto que el Estado no puede extender la decisión a aspectos no comprendidos en el planteamiento de las partes ni puede desarrollar actividad probatoria de oficio.

²⁴ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 99.

²⁵ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., pp. 582 y ss. En cambio, ROXIN considera como tercera consecuencia la inadmisibilidad del proceso en rebeldía. Nosotros –siguiendo a MAIER– consideraremos esta garantía como una derivación del derecho de defensa.

²⁶ MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, p. 339.

²⁷ El principio de investigación oficial es llamado también *principio de verdad material*, en tanto el principio de aportación de parte se denomina también, por oposición, *principio de verdad formal*. En este trabajo, sin embargo, el concepto de

Tradicionalmente se ha entendido que el *principio de aportación de parte* es propio del proceso civil, en el que sólo están involucrados intereses privados, en tanto el *principio de investigación oficial* sería propio del procedimiento penal.²⁸

Esta afirmación sería aplicable al nuevo sistema procesal penal chileno sólo si entendemos el principio de investigación oficial como un principio que impone derechos y cargas *al Estado*. En efecto, en cuanto el ministerio público –representante del Estado en la etapa de investigación– dispone de amplias facultades en la iniciativa de los actos de investigación y tiene la carga de producir, durante el juicio oral, la prueba que ha de servir de base a la condena, es correcto afirmar que el sistema procesal penal de la reforma se rige por el *principio de investigación oficial*. Por el contrario, si entendemos el principio de investigación oficial como un principio dirigido hacia la actividad *del Tribunal*, habría necesariamente que concluir que nuestro sistema se rige por el *principio de aportación de parte*. En efecto, uno de los rasgos característicos del proceso penal chileno de la reforma es la absoluta pasividad del juzgador, tanto durante la etapa de investigación como durante el juicio oral, lo que implica que éste tiene generalmente vedada la realización de actos de investigación e, incluso, la intervención en la producción de la prueba. Así, por ejemplo, durante la etapa de investigación el juez de garantía sólo puede *recomendar* al ministerio público la realización de diligencias en el caso del art. 98 CPP, y sólo puede ordenarlas a solicitud de parte en el caso del art. 257 CPP. Durante el juicio oral, por su parte, la única intervención admitida al tribunal es la posibilidad de formular preguntas al testigo o perito con el fin de que aclare sus dichos, lo que sólo puede ejercer una vez terminado el examen y contraexamen de las partes (art. 329 CPP).

verdad formal se utiliza en un sentido diverso, como fundamento de legitimidad del proceso penal. Vid. *supra*, I.2.

²⁸ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 99. Al respecto explica MAIER: “el interés público por la pena estatal ha destituido al interés particular, incluso en materia probatoria. De tal manera, es el propio Estado, por intermedio de sus órganos competentes, el interesado en averiguar la verdad acerca de la existencia o inexistencia de un hecho, para aplicarle sus reglas penales y, eventualmente, actuar la consecuencia jurídica, con prescindencia del interés particular”. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 581.

1.3. PRINCIPIO ACUSATORIO

El *principio acusatorio* impone la distribución de los poderes de persecución penal y, por ello, de las funciones asociadas a su ejercicio, implicando una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento.²⁹

El principio puede entonces descomponerse en dos aspectos:

1.3.1. *Distribución de las funciones de acusación y decisión*

En su núcleo básico, el principio acusatorio impone una distribución de los poderes que se despliegan en la etapa del juicio, impidiendo que quien *acusa y juzga* sean una misma persona, como es –por el contrario– característico del *principio inquisitivo*. Para estos efectos, el principio acusatorio exige la presencia de un acusador, que sostiene la acusación, y de un juez, que decide sobre ella (*nemo iudex sine accusatore*).³⁰

En los sistemas acusatorios históricos, el principio acusatorio se aplicaba naturalmente, toda vez que no existía el concepto de persecución penal pública y, por lo tanto, no regía el *principio de oficialidad*. El proceso penal era siempre un proceso entre partes. Los sistemas acusatorios modernos, en cambio, han debido lidiar con la necesidad de compatibilizar el *principio de oficialidad* con el *principio acusatorio*, para lo cual el Estado ha asumido tanto la tarea del acusador como la de juez, pero separando estas funciones en dos autoridades estatales distintas, es decir, una autoridad de acusación y un tribunal.³¹ Esto es lo que se conoce como *principio acusatorio formal*.³²

²⁹ Siguiendo a GOMEZ ORBANEJA, citado por ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, Estudios Trivium, Madrid, 1991, p. 25. Véase también GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 1997 (con MORENO CATENA y CORTÉS DOMINGUEZ), cit., p. 83.

³⁰ En esta línea, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTÉS DOMINGUEZ), cit., p. 85.

³¹ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 86.

³² ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio...*, cit., p. 22.

1.3.2. *Distribución de las funciones de investigación y decisión*

El principio acusatorio impone también una distribución de los poderes procesales de *investigación y decisión*.³³ En los sistemas inquisitivos reformados o mixtos el procedimiento penal se divide en dos fases bien diferenciadas: la fase de instrucción, regida por el principio inquisitivo y la fase de juicio oral, regida por el acusatorio.³⁴

En estos sistemas el principio acusatorio determina la prohibición de que el instructor pueda enjuiciar y decidir el asunto, lo que resulta especialmente relevante cuando la fase de instrucción es dejada a cargo de un *juez de instrucción* que, de intervenir en la fase de juzgamiento, vería seriamente afectada su imparcialidad.³⁵

La distribución de las funciones de investigación y decisión, impuesta por aplicación del principio acusatorio, es considerada actualmente una garantía individual implícita en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.³⁶ En España es actualmente considerada una de las garantías esenciales del proceso penal, implícita –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– en el *derecho a un proceso con todas las garantías* del artículo 24.2 de la Constitución española.³⁷ Por estas razones, volveremos sobre este punto al analizar el *derecho a un juez imparcial*.³⁸

La incorporación del principio acusatorio al sistema procesal penal chileno es, sin lugar a dudas, la nota más distintiva de la reciente reforma. El sistema procesal penal del CdPP –en par-

³³ O, como resume en una sola idea, GOMEZ ORBANEJA, “implica una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento”. Citado por ASENCIO MELLADO, p. 25.

³⁴ ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio...*, cit., p. 25.

³⁵ Idem nota anterior.

³⁶ Véase art. 14.1 PIDCP y 8.1 CADH. La conclusión es afirmada por GIMENO SENDRA con base en “la interpretación jurisprudencial efectuada por el TEDH”. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 85.

³⁷ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 83. Al respecto, véase también MONTERO AROCA, JUAN, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

³⁸ Vid. infra, II.C.2.1.2.

ricular a partir de la supresión de los promotores fiscales del año 1927— podía ser caracterizado probablemente como uno de los sistemas inquisitivos más puros del mundo contemporáneo, ya que no sólo en el hecho, sino también en el derecho, estaban entregadas a una misma persona —el juez— las funciones de investigar, acusar y decidir sobre la acusación.³⁹

En el sistema procesal penal resultante de la reforma, las funciones de *investigar* y *acusar* están entregadas a un organismo autónomo, denominado *Ministerio Público* (art. 80 A CPR), mientras la función de *decidir* es entregada a un órgano jurisdiccional colegiado, integrado por tres jueces, denominado *Tribunal de Juicio Oral en lo Penal*. Por su parte, la función de *controlar* el respeto a las garantías individuales durante la etapa de investigación, ha sido encomendada por la ley al *Juez de Garantía*, tribunal unipersonal distinto del llamado a decidir la controversia, a quien se priva de facultades de persecución penal y se le encomienda la etapa de preparación del juicio oral.⁴⁰

La fuerza con que rige el principio acusatorio en el nuevo sistema procesal penal chileno es evidente, particularmente si se compara su estructura con la de otros sistemas de derecho comparado. Así, entre las particularidades de este sistema merece ser destacado el carácter autónomo que se reconoce constitucionalmente al ministerio público, opción que implicó dejar de lado alternativas menos radicales en la distribución de los poderes procesales, como era la de entregar tales funciones a un *juez de instrucción* o a un *ministerio público dependiente del Poder Judicial*.⁴¹ En el mismo sentido, la preocupación por crear un sistema auténticamente acusatorio queda de manifiesto en la creación de la figura del *defensor público*, encargado de la defensa de los imputados.⁴²

³⁹ El DFL N° 426, de 3 de marzo de 1927, que suprimió los cargos de promotores fiscales y fijó la forma en que serían reemplazados en sus funciones, estableció en su art. 2° inc. 4° que “En los casos en que las leyes determinen la intervención del promotor fiscal como parte principal, como acusador público o como denunciante, el juzgado procederá de oficio”.

⁴⁰ Ley N° 19.665 que reformó el Código Orgánico de Tribunales (publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 2000). Vid. infra, III.C.

⁴¹ Vid. infra, III.A.

⁴² Vid. infra, III.D.

La aplicación del principio acusatorio a nivel orgánico se ve, finalmente, reforzada por numerosas normas procesales funcionales que buscan garantizar la separación de roles. Así, por ejemplo, la preparación del juicio oral y las facultades asociadas a ella, tales como la exclusión de prueba, quedan entregadas al Juez de Garantía (arts. 266 y 276 CPP); al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal le queda vedado el acceso a los registros de la investigación (arts. 296 y 334 CPP); y durante el juicio oral, se prohíbe invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba 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 (art. 335 CPP).

El principio acusatorio está en íntima relación con numerosas garantías procesales (v. gr. imparcialidad, defensa, contradicción, correlación entre imputación y fallo, prohibición de la *reformatio in peius*), que constituyen derivaciones del mismo principio. En este trabajo, para efectos de sistematización, optaremos por estudiar tales garantías en forma autónoma, reservando para el principio acusatorio el alcance restringido que involucra su impacto en la distribución de los poderes que se despliegan en el proceso.

1.4. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

1.4.1. *Principio de legalidad*

El *principio de legalidad* enuncia que el ministerio público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio.⁴³

El principio de legalidad resulta, entonces, de la suma de dos principios menores, como son el *principio de promoción necesaria* (deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible) y el *principio de irretractabilidad* (prohibición de

⁴³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 548.

suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución ya iniciada).⁴⁴

Como explica ROXIN, el principio de legalidad respondió originalmente a las teorías retributivas de la pena, según las cuales el Estado tiene que castigar sin excepción todas las infracciones a la ley penal con el objeto de realizar la justicia absoluta. Consecuentemente, ha perdido parte importante de su base teórica con la aceptación de justificaciones preventivo-generales y especiales de la pena. No ha sido, sin embargo, abandonado del todo porque las ideas de democracia y Estado de Derecho le han proporcionado una nueva base teórica, en la que aparece sirviendo al principio de certeza y también al principio de igualdad.⁴⁵

El fundamento más importante para la aplicación del principio de legalidad se encuentra a nuestro juicio en el principio de igualdad ante la ley. A través de él se pretende que la persecución penal no quede sujeta al arbitrio de un órgano estatal, cuya decisión de perseguir o no un delito podría ser discriminatoria. El principio de legalidad impone así, al Estado, la obligación de perseguir por igual todos los delitos que se cometen en una sociedad determinada, sin permitirle seleccionar entre ellos de manera alguna.

No obstante lo anterior, el principio de legalidad se encuentra en la actualidad sumamente desacreditado. Su desprestigio no se encuentra tanto en su fundamento teórico, sino en sus implicancias prácticas. La hipertrofia del derecho penal sustantivo, unida a la incapacidad inherente de todo sistema procesal penal para perseguir la totalidad de los delitos que se cometen en una sociedad determinada, han provocado que la aplicación estricta del principio de legalidad impida la existencia de un adecuado sistema de selección formal de los casos que son procesados por el sistema, generándose, por el contrario, sistemas de selección natural o informal que redundan, generalmente, en un direccionamiento de la persecución penal hacia los sectores socialmente más desprotegidos.⁴⁶ La paradoja es que un princi-

⁴⁴ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 548.

⁴⁵ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 89.

⁴⁶ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 552 y ss.

pio que encuentra su fundamentación teórica en el principio de igualdad resulta, en definitiva, creador de profundas desigualdades en su aplicación práctica.

La crítica al principio de legalidad ha dado origen, como antítesis teórica, al *principio de oportunidad*.

1.4.2. Principio de oportunidad

El *principio de oportunidad* enuncia que el ministerio público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales.⁴⁷ Cuando la ley deja a la absoluta discreción del ministerio público el ejercicio de esta facultad, se habla de *principio de oportunidad libre* o simplemente de *discrecionalidad*; cuando, por el contrario, la ley establece los casos y condiciones bajo las cuales el ministerio público está autorizado para ejercer esta facultad, sometiéndola adicionalmente a un sistema de controles, se habla de *principio de oportunidad reglada o normada*.⁴⁸

MAIER asigna dos objetivos principales a la aplicación de criterios de oportunidad: el primero es “la *descriminalización de hechos punibles*, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación”; el segundo es “la *eficiencia del sistema penal* en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el *descongestionamiento* de una justicia penal sobrecargada de casos,

⁴⁷ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 556. ROXIN lo define como el principio “que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”, ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 89.

⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO (C.), “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Español”, en *La reforma del proceso penal. II Congreso de derecho procesal de Castilla y León*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 290.

que no permite, precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad”.⁴⁹

En un sentido amplio, las aplicaciones del principio de oportunidad son de la más variada especie. Siguiendo a MAIER, podríamos reconocer como paradigmáticos los siguientes *criterios de oportunidad*.

1.4.2.1. Criterios que tienden primordialmente a la *descriminalización*

a) El concepto de *adecuación social del hecho*. Se aplica a casos en que, si bien el hecho cabe en la descripción abstracta de la ley, se trata de un tipo de comportamiento que el legislador no tuvo en cuenta o, incluso, quiso dejar fuera del ámbito de comportamiento punible, ya que se adecua al sentimiento generalizado del buen proceder o del obrar fuera de la zona de comportamiento socialmente desviado.⁵⁰

b) La *importancia ínfima del hecho*: se trata de lo que se conoce en doctrina como *delitos de bagatela*, esto es “hechos contemplados en las leyes penales, cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia”.⁵¹

c) La *culpabilidad mínima de autor*: se trata de formas de realización insignificante de tipos penales que merecen ser desviadas a otras formas de control social.

⁴⁹ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 558.

⁵⁰ MAIER pone como ejemplo, citando a BACIGALUPO, “El caso de la pequeña dádiva que, para Navidad, los vecinos acostumbran dar al recolector de basura o al cartero de la República Argentina, como premio por los servicios cumplidos durante el año”. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 559.

⁵¹ ARMENTA DEU (T.), *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, p. 23. Como explica esta autora, la expresión “criminalidad de bagatela” surgió en Europa asociada a un fenómeno general y progresivamente creciente a partir de la Primera Guerra Mundial, acentuado al final de la Segunda, consistente en un notable aumento de delitos de índole patrimonial y económica, una de cuyas características era su pequeña relevancia y la frecuencia de su comisión.

d) La *ausencia de necesidad preventiva* (también llamada *retribución natural*): se trata de casos en que el propio autor sufre un daño como resultado de su propio comportamiento desviado que supera con creces a la pena que se puede esperar de su persecución penal.⁵²

1.4.2.2. Criterios que tienden primordialmente a la *eficiencia* del sistema

a) La posibilidad de prescindir de la persecución penal de un hecho punible o de un partícipe en él para procurar éxito en la persecución de otro hecho o de otro partícipe: se trata de casos en que el último hecho es valorado como considerablemente más grave que aquél del cual se prescinde o casos en que interesa arribar a la condena de uno de los partícipes, para lo cual resulta imprescindible que el otro auxilie la investigación (v. gr. inmunidades, hipótesis de *arrepentimiento eficaz*).

b) La suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado (*probation*).⁵³

c) Criterios de *privatización* del derecho penal: se trata de autorizar el fin de la persecución penal pública mediante mecanismos autocompositivos, con participación de la víctima, en casos en que el “interés público” supuestamente existente en la sanción penal no es real.

d) Formas de solución del conflicto social que no significan, culturalmente, aplicación del derecho penal (*diversion*).⁵⁴

⁵² Un ejemplo de esta hipótesis lo constituye el conductor imprudente cuyo delito culposo ocasiona la muerte de un ser querido.

⁵³ La institución norteamericana de la *probation* permite que el juez, en la misma sentencia en que condena a una persona por un delito, resuelva en forma alternativa a la privación de libertad (*imprisonment*) la libertad del condenado (*sentence of probation*), sujeto a la aceptación por éste de ciertos estándares de conducta (*probation conditions*) que, si no son observados, determinan la revocación del beneficio y el cumplimiento efectivo de la pena. ISRAEL, KAMISAR y LAFAVE, *Criminal procedure and the constitution (Leading supreme court cases and introductory text)*, west publishing Co., Minn., 1994, p. 13.

⁵⁴ La institución norteamericana de la *pre-trial diversion* es en alguna medida la aplicación anticipada de la *probation*, con carácter prejudicial. Funciona sobre la base de programas desarrollados por los fiscales que proveen una estructura formal para la aplicación del principio de oportunidad. El fiscal se compromete a no presentar cargos si el imputado accede a cumplir ciertas condiciones de

Como se puede observar, todos los criterios de oportunidad enunciados obedecen a casos en que, sencillamente, los criterios de prevención no exigen la imposición de una pena.

El grado de extensión con que se admiten aplicaciones del principio de oportunidad en el derecho comparado es sumamente diverso. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, el principio de oportunidad constituye la regla general y no se encuentra reglado, de tal manera que la decisión de perseguir o no determinados delitos pertenece siempre al fiscal, quien la ejerce generalmente sin sujeción a un mecanismo formal de control.⁵⁵ En Alemania, por el contrario, la Ordenanza Procesal Penal alemana regula los casos en que la fiscalía puede prescindir de la persecución de los delitos, formando cuatro grupos vinculados a situaciones en que a) el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; b) el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo; c) al interés en la persecución penal le son opuestos intereses estatales prioritarios y d) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.⁵⁶

El nuevo CPP chileno se refiere al principio de oportunidad en el artículo 170 CPP, permitiendo a los fiscales del ministerio público no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho *que no comprometiére gravemente el interés público* y el delito tuviere asignada una pena mínima que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (541 días a 3 años) y siempre que no se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 170 CPP).

Como se aprecia, entonces, el CPP entiende el principio de oportunidad en un sentido restringido, aplicable sólo a la hipótesis de los delitos de bagatela.

No obstante lo anterior, es evidente que, en un sentido amplio, y aunque no se utilice la denominación *principio de oportu-*

rehabilitación, entre las cuales destacan reparaciones a las víctimas o la asistencia a agencias comunitarias donde reciben capacitación, consejo y educación. ISRAEL, KAMISAR y LAFAVE, *Criminal procedure...*, cit., p. 7.

⁵⁵ ISRAEL, KAMISAR y LAFAVE, *Criminal procedure...*, cit., p. 470.

⁵⁶ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 90.

nidad para referirse a ellos, son también aplicaciones de dicho principio la *suspensión condicional del procedimiento* (arts. 237 y ss. CPP) y los *acuerdos reparatorios* (arts. 241 y ss. CPP). Estas dos instituciones han sido agrupadas en la doctrina nacional, siguiendo la denominación del Mensaje del Ejecutivo que acompañó al proyecto de ley sobre nuevo CPP, bajo la denominación de *salidas alternativas*, porque aluden a formas de solución del conflicto penal que son alternativas a la respuesta tradicional que el sistema ofrece al conflicto penal, esto es, “el proceso y la aplicación de una pena como consecuencia de éste con la connotación fuertemente punitiva que hoy tienen ambas”.⁵⁷

Cabe observar que la aplicación del principio de oportunidad al caso concreto por parte de los fiscales del ministerio público, en la hipótesis del art. 170 CPP, está condicionada a las instrucciones generales que al efecto imparta el Fiscal Nacional conforme a lo previsto por el artículo 17 letra a) de la Ley 19.640 (Ley Orgánica Constitucional del ministerio público). Así se desprende, adicionalmente, de lo dispuesto por el artículo 170 inc. 6º CPP, conforme al cual las decisiones de los fiscales en esta materia deben ajustarse *a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto*.

2. GARANTIAS INDIVIDUALES ANTE LA PERSECUCION PENAL

2.1. GARANTÍAS DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

El artículo 14.1 del PIDCP declara: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías *por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley*, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos

⁵⁷ Vid, por todos, DUCE (M.), “Salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena” en “La reforma de la justicia penal”, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, UDP, Serie *Seminarios* N° 38, pp. 171-263. Vid. infra, VII.8 y VII.9.

u obligaciones de carácter civil”. En la misma línea de ideas, el artículo 8.1 de la CADH declara: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley*, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Como se observa, los tratados internacionales ratificados por Chile reconocen, en una misma disposición, tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado. Ellas son: el *derecho al juez independiente*, el *derecho al juez imparcial* y el *derecho al juez natural*.

2.1.1. *Derecho al juez independiente*

El *derecho al juez independiente* se encuentra reconocido en nuestra CPR en los siguientes términos: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos” (art. 73 inc. 1º CPR).

La protección constitucional que esta norma proporciona aparece referida a lo que se conoce como *independencia institucional*, esto es, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado.

Sin embargo, es posible afirmar con BINDER que la independencia institucional es un concepto secundario o derivado, en la medida que existe para servir a la *independencia personal* que es “la primera y genuina independencia de los jueces”.⁵⁸ Puesto de otro modo: “es el juez, personalmente, con nombre y apellido, quien no está subordinado a ninguna instancia de poder”.⁵⁹

⁵⁸ BINDER, *Introducción al derecho procesal*, edición actualizada y ampliada Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 151.

⁵⁹ BINDER, *Introducción...*, cit., p. 149.

Lo anterior es consistente con una lectura cuidadosa de las convenciones internacionales de derechos humanos que no hacen referencia al derecho a ser juzgado *por un Poder Judicial* independiente, sino por *un juez independiente*, lo que tiene claramente una connotación personal.⁶⁰

La *independencia* personal del juez tiene a su vez dos dimensiones: la *independencia externa*, que exige que el juez no dependa de ninguna otra autoridad del Estado, y la *independencia interna*, es decir, la independencia respecto de todo organismo superior dentro del Poder Judicial.⁶¹

Ahora bien, reconocer al juez independencia interna tiene serios alcances desde el punto de vista de la estructura orgánica de la administración de justicia. Como observa MAIER: "Se trata, así, de una *organización horizontal*, en la que *cada juez es soberano para decidir el caso conforme a la ley*, esto es, *él es el Poder Judicial del caso concreto*. Y ello es así aunque se faculte a alguien para recurrir la decisión de un tribunal, permitiendo que otro tribunal reexamine el caso, desde algún punto de vista, y elimine, revoque o reforme la decisión anterior (por considerarla errónea), pues las instancias recursivas y los tribunales creados para llevarlas a cabo no deben ser, al menos de manera principal, expresión de una organización jerárquica, sino, por el contrario, manifestación de la necesidad de evitar errores judiciales, en lo posible para garantía del justiciable".⁶²

⁶⁰ Véanse arts. 14.1 PIDCP y 8.1 CADH.

⁶¹ BINDER afirma que "Existe una tercera forma de independencia, que podríamos llamar la 'independencia burocrática' o 'administrativa': el juez también debe ser independiente respecto de la organización burocrática que lo rodea. Muchas veces ocurre un fenómeno, el de la delegación de funciones, por el cual los jueces no se ocupan personalmente de las funciones que les corresponden, sino que éstas son realizadas por sus subordinados. Esto afecta también, gravemente, la independencia judicial, puesto que en tales casos el juez acaba por depender de la organización burocrática que lo rodea. Ya se trate de un juzgado, un tribunal, una sala, una corte, lo cierto es que existe una maquinaria que rodea al juez y a la cual éste está, en los hechos, subordinado". BINDER, *Introducción...*, cit., p. 150.

⁶² MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 477. La observación de MAIER viene de la mano de una crítica al sistema de recursos y a las organizaciones judiciales verticales, provocando una inevitable asociación con la distinción entre el "ideal jerárquico" y el "ideal paritario" propuesta por DAMASKA. Vid. DAMASKA (M.), *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Análisis comparado del proceso legal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

Desde esta perspectiva, el sistema procesal chileno adolece de severas deficiencias, cuya corrección excede el ámbito de la reforma procesal penal. Así, por ejemplo, subsiste entre nosotros una severa confusión entre las facultades disciplinarias y jurisdiccionales, lo que hace posible todavía la invalidación de resoluciones judiciales por la vía disciplinaria.⁶³

La independencia de los jueces chilenos aparece vinculada también a los sistemas de nombramiento y remoción, que tienen su fuente en la propia Constitución Política de la República (arts. 75, 77 y 78 CPR). La discusión de los alcances que dichos sistemas tienen en el principio de independencia se aleja, sin embargo, de los objetivos de esta obra.

2.1.2. *Derecho al juez imparcial*

Tradicionalmente el *derecho a un juez imparcial* –o principio de imparcialidad– había sido estudiado en relación con los instrumentos procesales que tenían por objeto impedir que un juez comprometido de alguna manera con las partes o el conflicto pudiera conocer válidamente de ella. En nuestro medio, esto se traducía en el estudio de las *implicancias* y *recusaciones*.⁶⁴

Aunque no se puede lisa y llanamente despreciar dicho nivel de análisis, lo cierto es que él ha sido completamente desplazado por la consideración de los efectos que, en el *derecho a juez imparcial*, tienen las desviaciones del principio acusatorio. Si recordamos que dicho principio tiene dos aspectos, resultará relevante estudiar la garantía de imparcialidad a la luz de los mismos:

2.1.2.1. Concentración de las funciones de investigar y decidir

Hasta el proceso de reforma procesal penal, la concentración de las funciones de investigar y decidir en manos de una misma

⁶³ Véase art. 545 inc. 2º COT. La posibilidad subsiste porque la disposición constitucional que trata de limitar este efecto se remite en definitiva a la ley: art. 79 inc. 2º CPR: “Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”.

⁶⁴ Vid., por todos, CASARINO VITERBO (M.), *Manual de derecho procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 5ª ed., t. I., pp. 281 a 301.

persona era una de las características *de diseño* del proceso penal chileno consagrado por el CdPP de 1906, vigente todavía en la mayor parte de nuestro país.

No obstante, si leemos el Mensaje Presidencial que acompañó al proyecto de CdPP de 1906 podremos observar que, lejos de obedecer a una preferencia del legislador de la época, la concentración de funciones impuesta por el Código en este ámbito pareciera deberse más bien a un diagnóstico poco optimista acerca de las posibilidades de establecer un régimen distinto atendidas las condiciones económicas y culturales del país a esa fecha.⁶⁵ Por esta razón, es en el propio Mensaje del CdPP donde se explica con mayor claridad las inconveniencias del sistema que el propio código establece. Dice el Mensaje: “Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”.⁶⁶

A pesar de la conciencia existente acerca de las inconveniencias del sistema al momento de la dictación del Código, lo cier-

⁶⁵ El Mensaje Presidencial, luego de explicar las razones por las cuales no se había podido adoptar el procedimiento penal de los dos sistemas alternativos considerados (juicio por jurados y juicio público oral), añade:

“Ni siquiera ha sido posible separar en este Proyecto las funciones de juez instructor de las de juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimiento Penal de la República Argentina”.

“Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles. Pero para adoptar en Chile una regla diferente se requeriría duplicar a lo menos el número de jueces en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento”. Mensaje del Código de Procedimiento Penal, Jorge Montt, Santiago, 31 de diciembre de 1894. (Publicado en la edición oficial del Código de Procedimiento Penal, Editorial Jurídica de Chile, 14ª ed., Santiago, 2001, p. 13.

⁶⁶ Mensaje Presidencial, cit. p. 14.

to es que éste habría de subsistir por casi un siglo, sin que la crítica permanente a que fue sometido alcanzara la dimensión de considerarlo incompatible con el pleno respeto a las garantías individuales de un estado de derecho.

Lo anterior puede deberse a que, contrariamente a lo que se piensa, la noción de que la concentración de las funciones de investigar y decidir constituye una infracción del *derecho humano al juez imparcial*, es relativamente reciente.

Por primera vez el problema aparece planteado en dos sentencias dictadas por el TEDH en los años 1982 y 1984, en los cuales declara como contraria al derecho a un tribunal imparcial, tal y como aparece reconocido en el artículo 6.1 de la CEDH, la acumulación de competencia, por un mismo juez de las funciones instructora y juzgadora en el proceso penal.⁶⁷ Se trata de las sentencias dictadas contra el Reino de Bélgica en el caso *Piersack* (1º de octubre de 1982) y en el caso *De Cubber* (26 de octubre de 1984).⁶⁸

La doctrina instaurada en estos dos casos por el TEDH resulta interesante atendida la similitud entre la forma de reconocimiento del derecho a un juez imparcial en la CEDH y en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile.⁶⁹ Ella afirma que la imparcialidad del juez tiene un *aspecto*

⁶⁷ MONTERO AROCA, JUAN, *Sobre la imparcialidad del juez...*, cit., p. 13.

⁶⁸ Curiosamente, sin embargo, el supuesto de hecho del caso *Piersack* no decía relación con la acumulación de funciones de instructor y sentenciador, sino que se basaba en que un miembro del ministerio público que había tenido cierta participación en la instrucción, había sido luego presidente del tribunal de jurado que condenó al acusado; en el caso *De Cubber*, por el contrario, se trataba precisamente de un juez de instrucción que había realizado completamente la instrucción y había despachado una orden de detención preventiva, y que luego había formado parte del tribunal de primera instancia que había conocido el juicio y que había dictado sentencia. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez...*, cit., pp. 43 y 45.

⁶⁹ El art. 6.1 de la CEDH declara: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law". Véase, comparativamente, el artículo 14.1 del PIDCP: "... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"; y el artículo 8.1 de la CADH: "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,

to subjetivo “que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto” y un *aspecto objetivo* que “se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”. Sobre la base de esta distinción, el tribunal considera que el evento de acumulación de las funciones instructora y juzgadora por un mismo juez dice relación con el *aspecto objetivo*, en el que hasta las apariencias son importantes porque “lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”.⁷⁰ La infracción al derecho a un juez imparcial se produce, entonces, porque “tratándose de una verdadera instrucción, dirigida al descubrimiento de la verdad, la misma hace que el juez instructor se haya formado antes del juicio una opinión que puede pesar decisivamente en el ánimo del tribunal a la hora de la decisión, por lo que el acusado puede estar legítimamente preocupado sobre la imparcialidad del tribunal del que forme parte el juez de instrucción y sobre la realidad del derecho a un proceso justo”.⁷¹

La doctrina del TEDH habría luego de ser adoptada por el Tribunal Constitucional Español, el cual declaró en sentencia de 12 de julio de 1988 que: “La actividad instructora, en cuanto para el que la lleva a cabo supone entrar en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible”.⁷²

establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁷⁰ Caso *Piersack*, citado por MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez...*, cit., p. 44.

⁷¹ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez...*, cit., p. 46. Sobre la evolución posterior de la jurisprudencia del TEDH en esta materia véase la misma obra, p. 50 y ss.

⁷² STC145/1988. Citada por MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez...*, cit., p. 46. Con la misma claridad ASENSIO MELLADO: “Así, pues, el juez

En Chile, la idea de que la concentración de funciones del juez chileno constituía una infracción del derecho a un juez imparcial estuvo en el centro de las críticas formuladas al sistema procesal penal vigente a la fecha en que se dieron los primeros pasos de lo que habría de ser más tarde el proceso de reforma.⁷³ Por ello, el sistema procesal penal de la reforma termina con esta situación entregando la función de investigar al *ministerio público* (art. 80 A CPR) y la función de decidir al *Tribunal de Juicio Oral en lo penal*. La separación de estas funciones queda garantizada por el carácter autónomo que el ministerio público tiene respecto del Poder Judicial y adicionalmente porque el órgano jurisdiccional a quien se entrega la función de control durante la investigación –denominado *juez de garantía*– es distinto y diverso del tribunal llamado a juzgar.

No obstante lo anterior, las normas del CPP han dejado subsistente un problema que podría dar lugar a reparos desde el punto de vista de esta garantía, y que tiene que ver con el tribunal competente para conocer y resolver sobre las medidas cautelares personales. La ley ha dispuesto que la resolución sobre ellas le corresponde al juez de garantía durante la etapa de investigación y durante la etapa intermedia pero, una vez dictado el auto de apertura del juicio oral, dicho juez debe “poner a disposición del tribunal de juicio oral en lo penal las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares personales” (art. 281 inc. 2º CPP). La norma, incorporada al CPP, fue más tarde refren-

Instructor,* por su labor eminentemente inquisitiva en tanto integrador o propulsor por él mismo de un objeto material y un elemento subjetivo procesal, aparece como órgano parcial en el proceso, tanto que puede por propia iniciativa acordar el sobreesimiento por falta de datos suficientes de imputación (art. 790.6 de LECrim.), en lo que supone un cierto prejuzgamiento. / Si así las cosas se permitiera a este órgano judicial la función de fallar en el mismo asunto que él mismo ha conformado hasta el momento de la acusación, la cual, además, se ha de fundamentar necesariamente en la actividad instructora previa, no cabe duda alguna que se estaría admitiendo un factor considerable de riesgo en tanto la posibilidad de que la decisión fuera pronunciada por un sujeto falto de imparcialidad”. ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio...*, cit., p. 24.

⁷³ Véase v. gr. RIEGO (C.), “El proceso penal chileno frente a la Constitución Política del Estado y a la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, *Proceso penal y derechos fundamentales*, cit., pp. 25-27.

dada por el art. 1º N° 3 letra b) de la Ley N° 19.708 de 5 de enero de 2001, que incorporó al artículo 18 del COT su actual letra b), conforme a la cual corresponde a los tribunales de juicio oral en lo penal “resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición”.

La norma legal no admite dudas en cuanto a su correcta interpretación, pero genera el problema de determinar en qué situación queda el tribunal de juicio oral para conocer del juicio, una vez que se ha pronunciado sobre la solicitud de prisión preventiva. En efecto, toda resolución relativa a la prisión preventiva o a las medidas cautelares generales del art. 155 CPP exige del tribunal constatar la existencia de *antecedentes* “que justificaren la existencia del delito que se investigare” y que “permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor”. De esta manera, si se permitiera que los mismos jueces del tribunal de juicio oral que han participado previamente en una resolución concerniente a medidas cautelares participaran luego en la dictación de la sentencia definitiva, se estaría abriendo la puerta para la incorporación como elemento de convicción dirigido a los sentenciadores de todos los registros de la investigación, lo que no sólo infringiría lo dispuesto por el art. 334 CPP, sino que atentaría contra las bases mismas del sistema, al permitir que los sentenciadores llegaran a la audiencia con un pre-juicio, basado en información previa, legalmente inadmisibles en el juicio oral. Por esta razón, como observación de *lege ferenda*, parecería más recomendable radicar esta facultad en forma definitiva en los jueces de garantía, sin transferirla a los tribunales de juicio oral en lo penal en el momento de la apertura del juicio. El actual estado de la normativa obliga, como única solución razonable para no afectar garantías básicas del modelo, a considerar inhabilitados de participar en la audiencia del juicio oral a los jueces que hubieren intervenido previamente en la resolución relativa a medidas cautelares personales del imputado. Tal solución responde a la jurisprudencia internacional en materia de garantía del derecho al juez imparcial y tiene respaldo normativo en el art. 196 N° 10 COT, que establece como causal de recusación la de “haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”.

2.1.2.2. Concentración de las funciones de acusar y decidir

A diferencia del problema anterior, la concentración legal de las funciones de acusar y decidir –característica también del sistema procesal penal chileno anterior a la reforma– no proviene del diseño original del CdPP, sino del DFL N° 426 de 3 de marzo de 1927, que suprimió los cargos de promotores fiscales “por no ser indispensables”.⁷⁴ Dicho DFL establece que “En los casos en que las leyes determinen la intervención del promotor fiscal como parte principal, como acusador público o como denunciante, el juzgado procederá de oficio”.⁷⁵

La afectación que esta situación produce en el derecho a un juez imparcial es tan evidente que no requiere ser analizada con mayor detención. Como explica RIEGO: “...el ejercicio de la facultad de acusar implica un compromiso formal con una de las tesis que deben ser debatidas en el plenario. Desde este punto de vista, ya no sólo se trata de una falta de imparcialidad subjetiva, supuesta, emanada de la interpretación de los hechos que el juez ha podido adquirir en el sumario, sino que estamos frente a una parcialidad objetivada del tipo de las que la propia ley ha querido excluir, por ejemplo, a través de las causales de implicancia de los números 5 y 8 del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales”.⁷⁶

La concentración de las funciones de acusar y decidir es la que permite más claramente calificar al procedimiento penal chileno como contrario a las exigencias de un estado de derecho, ya que obedece a la concepción más pura de un sistema inquisitivo que terminó como tal con la Revolución Francesa. La coexistencia pacífica de este sistema procesal penal, primero con las declaraciones de derechos contenidas en las normas constitucionales chilenas y más tarde con aquellas contenidas en los tratados internacionales vigentes en Chile resulta –en mirada retrospectiva– un misterio difícil de resolver.

La reforma procesal penal resuelve esta situación radicando la función de acusar en el mismo órgano autónomo encargado de la función de investigar, es decir, el *ministerio público*. Con esto,

⁷⁴ Art. 1° DFL N° 426 de 3 de marzo de 1927.

⁷⁵ Art. 2° inc. 4° DFL N° 426 de 3 de marzo de 1927.

⁷⁶ RIEGO, “El proceso penal chileno...”, cit., p. 26.

el procedimiento penal chileno se ajusta a la nota característica del principio acusatorio formal, conforme al cual “el Estado procede a desdoblar sus competencias de acusación y decisión en dos órdenes de funcionarios, pertenecientes al mismo Estado, pero distintos ente sí”.⁷⁷

2.1.3. *Derecho al juez natural*

El art. 19 N° 3° inc. 4° de la CPR declara: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”.

Esta disposición está en consonancia con los arts. 14.1 del PIDC y 8.1 de la CADH y ha recibido concreción legislativa en el art. 2° del CPP, que lo incorpora entre los principios básicos del nuevo proceso penal, precisando que el tribunal debe hallarse establecido “con anterioridad a la *perpetración del hecho*”.

La denominación *derecho al juez natural* tiene su origen en el sistema feudal, donde, siendo la costumbre la principal fuente del derecho, se hacía imprescindible que el juez y los jurados conocieran la vida local y las costumbres del lugar. En otras palabras, debía tratarse de un juez respetado por la comunidad, que conociera la vida, características y costumbres de ese pueblo.⁷⁸

Modernamente, sin embargo, el concepto dice relación con la predeterminación legal del juez, que tiene por objeto asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de influir indebidamente en la designación del tribunal competente para el enjuiciamiento.⁷⁹

En su aspecto más obvio, el *derecho al juez natural* impone la prohibición de juzgar a una persona a través de comisiones especiales, esto es “órganos que no son jurisdiccionales, sino que han sido creados por designación especial de alguno de los otros poderes del Estado”.⁸⁰

⁷⁷ ASECIO MELLADO, *Principio acusatorio...*, cit., p. 18. Citando a ALCALA-ZAMORA y ROXIN.

⁷⁸ BINDER, *Introducción...*, cit., p. 142.

⁷⁹ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 489.

⁸⁰ BINDER, *Introducción...*, cit., p. 146.

En su segundo aspecto, esto es, la exigencia de que el tribunal competente deba encontrarse establecido por la ley con anterioridad al hecho objeto del proceso, el *derecho al juez natural* debe ser siempre estudiado en su dimensión garantista vinculada a la independencia e imparcialidad del juez.

Por esta razón, nos parece que MAIER está en lo correcto cuando afirma que no existiría violación del *derecho al juez natural* en el caso de una transformación total del sistema de administración de justicia que determinara una organización judicial completamente nueva, ya que la garantía no se afectaría por el solo hecho de reemplazar en términos generales los tribunales competentes a la fecha de ocurrencia de los hechos.⁸¹

Por la misma razón, sin embargo, nos parece que MAIER se equivoca cuando afirma que el *derecho al juez natural* “no se refiere a los jueces como personas físicas, esto es, la permanencia del juez X o Z como integrante del tribunal que juzga...”, sino “...por el contrario, se refiere sólo al tribunal competente según la ley vigente al momento del hecho, cualquiera que fuere su integración concreta, al momento del juicio”. Al igual que sucede en el caso anterior, habrá que revisar también en esta situación hasta qué punto existe una intención de manipulación de la persona del juez por parte del poder político. Como ejemplifica BINDER: “Si, por ejemplo, sin ninguna razón se cambiara al juez que es titular de un determinado tribunal por otro, que es más proclive al régimen, o que está dispuesto a admitir presiones, claramente habría una afectación –de las más significativas– al principio del juez natural, por más que, formalmente, la competencia de ese tribunal no haya sido modificada”.⁸²

⁸¹ Como explica MAIER: “si el problema que crea la mutación *ex post facto* de la competencia no está provocado por el poder político arbitrariamente, con la exclusiva intención de disimular la designación de tribunales nuevos para la atención de ciertos casos o el juzgamiento de personas determinadas... la nueva ley general de competencia puede atribuir competencia a los tribunales creados con posterioridad al hecho, bajo la condición de que, de ninguna manera, encubra un tribunal de excepción disimulado”. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 494.

⁸² BINDER, *Introducción...*, cit., p. 148.

2.2. GARANTÍAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

2.2.1. *Derecho al juicio previo*

El derecho al juicio previo está reconocido en el artículo 1º inciso 1º del CPP: “*Juicio previo y única persecución*. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

Nuestro Código ha reconocido en este artículo los dos alcances que tradicionalmente se asocian a la idea de juicio previo, y que siguiendo a MAIER,⁸³ pueden ser descritos del siguiente modo:

2.2.1.1. Derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena (*nulla poena sine iudicio*)

El primer alcance del derecho al juicio previo, que se expresa en la fórmula *nulla poena sine iudicio*, consiste en la exigencia de una *sentencia judicial de condena firme* como requisito para la imposición de una pena. En este primer sentido, *juicio* es sinónimo de *sentencia*.

El principio resulta así una consecuencia de la prohibición general de la autotutela en materia penal y del monopolio que se reconoce al Estado en materia de persecución penal.

Atendido que la noción de *juicio*, como sinónimo de *sentencia*, está íntimamente ligada a la idea de *juicio lógico*, esto es, de “conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas”, se ha considerado que la expresión de dicho razonamiento, esto es, la *fundamentación* de las sentencias, constituye también una garantía del imputado derivada del *derecho al juicio previo*.⁸⁴

⁸³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., t. 1b, pp. 240 a 252.

⁸⁴ En contra, MAIER: “La necesidad de fundar la sentencia es propia de tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, que aplican en la valoración de la prueba el sistema de *pruebas legales* y cuyas sentencias pueden ser controladas por tribunales superiores, según la organización jerárquica de los ór-

Entre nosotros, esta conclusión encuentra fundamento en lo dispuesto por el artículo 19 N° 3° inc. 5° de la CPR que reza: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción *debe fundarse* en un proceso previo léalmente tramitado”. A nivel legal, la exigencia de fundamentación de la sentencia en materia penal se encuentra elevada al nivel de principio básico por el artículo 1° del CPP, que reza: “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una *sentencia fundada...*”. Finalmente, los requisitos formales que debe cumplir la fundamentación de la sentencia se encuentran establecidos en el art. 342 del CPP, siendo incluso considerada *motivo absoluto de nulidad* la omisión de algunos de ellos.⁸⁵

2.2.1.2. Derecho a un proceso previo legalmente tramitado (*nulla poena sine processu*)

El segundo alcance del derecho al juicio previo, que se expresa en la fórmula *nulla poena sine processu*, consiste en la exigencia de un *procedimiento* previo a la sentencia. Como explica MAIER, este alcance afirma “la *mediatez de la conminación penal*, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita a la *coacción directa*, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada autorizando al Estado a aplicarla”.⁸⁶

A nivel de procedimiento, entonces, el derecho al juicio previo sólo nos habla de la *mediatez* de la respuesta estatal, que debe estar materializada en un *procedimiento legal*. Para ponerlo en tér-

ganos de administración de justicia”. MAIER defiende la idea de que la fundamentación de la sentencia no es una exigencia constitucional a la luz de la Constitución argentina, teniendo presente que ésta considera consustancial a la forma republicana de gobierno *el juicio por jurados*, que por su propia naturaleza excluye la posibilidad de sentencias fundadas. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 245.

⁸⁵ Art. 374, letra e) CPP.

⁸⁶ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 249.

minos de nuestra CPR, el derecho al juicio previo se traduce en que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.⁸⁷

La fórmula, sin embargo, no nos dice nada acerca de *las características* que debe tener ese procedimiento que ha de conducir a la sentencia. Estas características se derivan como exigencias de numerosas otras garantías contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de la República, que estudiaremos a continuación en este mismo capítulo.⁸⁸

Debe observarse que este conjunto de garantías suele agruparse como si se tratara de una sola garantía, bajo la noción de derecho al *debido proceso* que ha sido tomada de las enmiendas V y XIV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.⁸⁹ Aunque en ese país la noción de *debido proceso* tiene no sólo un alcance *procesal* sino también uno *sustantivo*,⁹⁰ ella ha ido cobrando cada vez más fuerza a nivel internacional como concepto que, de alguna manera, comprende y evoca todas aquellas garantías procesales cuyo respeto nos parece ineludible en un estado de derecho. De esta manera, ha surgido la pretensión de convertirlo en un verdadero estándar común, de general aplicación a los diferentes estados.

Lo curioso es, sin embargo, que la noción de debido proceso goza de un mucho mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

⁸⁷ Art. 19 N° 3° inc. 5° CPR.

⁸⁸ Esta afirmación no es pacífica. BINDER, por ejemplo, entiende el derecho al juicio previo como “una fórmula sintética en la que está contenida una *limitación objetiva* al poder penal del Estado (la forma concreta, que prevé la Constitución) y una *limitación subjetiva* al ejercicio de ese poder (el juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio)”. Siguiendo este criterio, todas las garantías judiciales resultan entonces derivaciones del derecho al juicio previo.

⁸⁹ Aunque existen precedentes en la Carta Magna de 1215, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Ordenanza de los estados del Nordeste de 1783, todos ellos reconocen el derecho a un *juicio legal por sus pares*, siendo la Enmienda V de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América (1791) la primera oportunidad en que se utiliza la noción de *due process of law*. Actualmente, la mención se encuentra en las enmiendas V y XIV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

⁹⁰ Mientras el *debido proceso de ley procesal* sería el que concierne al proceso criminal, el *debido proceso de ley sustantivo*, estaría referido a “algo peligrosamente cerca del derecho natural, que permite la revisión judicial del derecho penal sustantivo a base de los méritos de la legislación”. CHIESA, *Derecho procesal penal en Puerto Rico y Estados Unidos*, Editorial Forum, Colombia, 1995, vol. II., p. 2.

dencial que de reconocimiento explícito en los tratados internacionales y en las declaraciones de derechos contenidas en las leyes fundamentales de cada país.

Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el principio del *debido proceso* está reconocido en el art. 8 de la CADH, pero la convención no utiliza esa noción sino la de *garantías judiciales*.⁹¹ A juicio de la Corte, el *principio del debido proceso* abarcaría “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.⁹² Por su parte, la CEDH tampoco utiliza esta noción, sino que se limi-

⁹¹ “Art. 8 CADH. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 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”.

⁹² *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Ser. A N° 9, párrs. 27-28.* La Corte también ha considerado que “la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos implica, el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 166; Caso *Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 175. Citados por *Repertorio de Jurisprudencia...*, cit., p. 230. Ha dicho, asimismo, que “Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención..., Corte I.D.H., *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Dere-

ta a efectuar una enumeración de “garantías mínimas” en su art. 6.⁹³ Lo propio hace el PIDCP en su art. 14.⁹⁴

En España sucede algo parecido. Aunque la Constitución no se refiere a la noción de debido proceso, el Tribunal Constitucional ha entendido que el principio está reconocido en el art. 24 de la Constitución.⁹⁵ Con variaciones, la situación se repite en Italia y Alemania.⁹⁶

chos Humanos), *Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Ser. A N° 11, párrs. 23-24. Citada por Repertorio de Jurisprudencia...*, cit., p. 230.

⁹³ “ARTICLE 6: 1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly by the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. 3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; b) to have adequate time and the facilities for the preparation of his defence; c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court”.

⁹⁴ “Art. 14.3 (PIDCP). 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 de 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; e) 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; f) 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; g) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; h) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

⁹⁵ “Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin

Se da el caso, incluso, de que instrumentos que invocan el principio como estándar general para ciertos efectos menores suelen preferir, para efectos de las declaraciones de derechos, un reconocimiento particularizado de las garantías procesales que lo componen, rehuendo la utilización del concepto como principio autosuficiente.⁹⁷

Lo anterior puede deberse, en definitiva, a que la noción de debido proceso es todavía de una extraordinaria vaguedad. Aunque, en general, el derecho al debido proceso puede ser definido como “el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas”,⁹⁸ el problema radica en determinar cuáles son en definitiva dichas garantías procesales y hasta qué punto la noción de *debido proceso* aporta algo, si a través de ella sólo se pretende agrupar otras garantías que gozan ya de un suficiente desarrollo y reconocimiento autónomo.

que en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. La doctrina y la jurisprudencia españolas han utilizado la noción de *debido proceso* en dos sentidos diferentes: en el primero, incluyen todas las garantías del art. 24 CE, en el segundo sólo las garantías del art. 24.2. Véase: CAROCCA (A.), *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 167 y ss. con referencias doctrinarias y jurisprudenciales.

⁹⁶ Véase BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1992, pp. 40 y ss.

⁹⁷ Así sucede, por ejemplo con la CADH. La Corte Interamericana ha utilizado en sus fallos la noción de *debido proceso legal*, afirmando que tal principio estaría reconocido en el artículo 8 que se refiere a las “Garantías Judiciales”, y abarcaría “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 CADH), *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Ser. A N° 9, párrs. 27-28*. Citada por *Repertorio de Jurisprudencia...*, cit., p. 231. Sin embargo, lo cierto es que la Convención no utiliza esa noción más que en una ocasión, para eximir del requisito de agotamiento de los recursos internos las denuncias y reclamos cuando “no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados” (art. 46.2.a CADH).

⁹⁸ BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido...*, cit., p. 111.

Como lo grafica CHIESA, utilizando lo que él mismo denomina una *paradoja*: “el derecho a un debido proceso de ley es la más y menos importante protección constitucional que tiene un acusado bajo nuestro ordenamiento procesal criminal... Por un lado, el debido proceso de ley es la garantía más fundamental que tiene un ciudadano ante una investigación y procesamiento criminal. Pero, por otro lado, se trata de una garantía muy difusa, de gran generalidad, que de ordinario se concreta, por así decirlo, en garantías constitucionales específicas”.⁹⁹

De lo anterior resulta, evidentemente, que la noción de debido proceso adquiere mayor importancia cuanto menos preciso y específico sea el catálogo de garantías de un tratado, constitución o declaración de derechos. La idea de debido proceso ha venido así a servir a menudo de vehículo para entender incorporadas a las declaraciones de derechos garantías específicas que no aparecían explícitamente reconocidas de manera autónoma. Como natural contrapartida, la noción ha prestado pocos servicios allí donde el catálogo de garantías es exhaustivo, como lo son en general los tratados internacionales ratificados por Chile.

No obstante lo anterior, la determinación de los contornos concretos del derecho a un *debido proceso* está lejos de ser indiferente para nuestro sistema.

En primer lugar, se trata de una garantía que, en términos bastante peculiares, se encuentra reconocida explícitamente en nuestra Constitución Política. La fórmula empleada es, como sabemos, un mensaje dirigido al legislador: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.¹⁰⁰

En segundo término, se trata de una garantía cuyo respeto —a lo menos en la idea del legislador— constituye el objetivo central que define el rol y la denominación de uno de los actores

⁹⁹ CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., vol. II, pág. 1.

¹⁰⁰ La redacción actual de la norma, que es producto de la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997 en virtud de la cual se extendió la garantía del justo y racional procedimiento a la investigación, añade el problema de determinar hasta qué punto el principio del debido proceso puede considerarse aplicable a esta etapa, teniendo en consideración ella tiene una naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Vid. infra, vii.b.1.1.

básicos del nuevo sistema, como es el *juez de garantía*. Así, por lo menos resulta de la historia legislativa que culminó con la sustitución de esta denominación por la original que era *juez de control de la instrucción* (art. 19 N° 3° inc. 5° CPR).¹⁰¹

Finalmente, se trata de una garantía que, aunque no ha sido reconocida entre los principios básicos del CPP, aparece considerada como estándar de legitimidad internacional de las sentencias extranjeras,¹⁰² y cuya consideración en general ha inspirado las numerosas disposiciones destinadas a hacer efectivas las garantías judiciales que frecuentemente se asocian a este concepto.

Como se ve, la definición del rol y los contornos de la noción de debido proceso está lejos de ser indiferente en nuestro sistema, pero se trata de una tarea todavía pendiente, que no podemos abordar en una obra de esta naturaleza. Por esta razón, optaremos en lo que sigue por analizar en forma autónoma las diversas garantías que tradicionalmente han sido asociadas a la noción de *debido proceso*, en todo cuanto su desarrollo autónomo nos lo permita.

¹⁰¹ El proyecto de ley del CPP enviado por el Ejecutivo no utilizaba la expresión "juez de garantía", sino "juez de control de la instrucción". En su segundo trámite constitucional la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acogió por unanimidad de sus miembros dos indicaciones presentadas (indicación N° 10, del Senador Parra, y N° 10 bis, de los Senadores Cordero y Stange), para reemplazar la frase "juez de control de la instrucción" por "juez de garantía", por estimar que es la denominación adecuada "dado que su función no es controlar la instrucción sino garantizar el respeto de las garantías constitucionales de los intervinientes". Este acuerdo fue corroborado por la aprobación ulterior de la ley N° 19.665 de 9 de marzo de 2000, que reformó el Código Orgánico de Tribunales, consagrando la denominación de *juez de garantía* o *juez de juzgado de garantía*. Sin embargo, el proyecto del Ejecutivo no hablaba de juez "de garantía" sino "de garantías", en plural. La expresión "juez de garantía" usada así, en singular, obedece a una indicación del Senador Parra durante la tramitación del proyecto de reforma al Código Orgánico de Tribunales, en el sentido de que la función del juez sería "hacer efectiva la garantía del debido proceso consagrada en el numeral 2° (sic) de la Constitución Política, por lo que la expresión 'garantía' debe ser usada en singular".

¹⁰² Nuestro CPP utiliza la noción de debido proceso en una sola ocasión, precisamente ante la necesidad de invocar un estándar internacional. Así, en el art. 13, referido al efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros, se autoriza desconocer valor a una sentencia extranjera "si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso" (art. 13 CPP).

2.2.2. *Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable*

El *derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable* (arts. 7.5 y 8.1 CADH), también conocido como *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* (art. 14.3.c PIDCP) ha sido definido por GIMENO como “un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad”.¹⁰³

Tal como lo insinúa la definición, la afirmación del carácter autónomo del derecho en estudio no excluye su consideración como elemento integrante de garantías más amplias, como el *derecho a la tutela judicial efectiva*¹⁰⁴ o el *derecho al debido proceso*.¹⁰⁵

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 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.¹⁰⁶ 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 pú-

¹⁰³ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 106.

¹⁰⁴ V. gr. España (art. 24 de la Constitución española); Italia (art. 24 de la Constitución).

¹⁰⁵ Para una descripción de las relaciones entre derecho a la tutela judicial efectiva y derecho al debido proceso véase CAROCCA PEREZ (A.), *Garantía constitucional...*, cit., pp. 179-184.

¹⁰⁶ “Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor; and to have the Assistance of Counsel for his defence”.

blica y 3) limitar las posibilidades de que una dilación extensa menoscabe la capacidad del acusado para defenderse.¹⁰⁷

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las preocupaciones que motivan el reconocimiento del derecho a un juicio rápido han encontrado concreción en dos normas diferentes. Así, el art. 8.1 de la CADH reconoce con carácter general, a "toda persona" el "derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable", en tanto el art. 7.5 reconoce particularmente a "toda persona *detenida o retenida*" su "derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".¹⁰⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que "aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia.¹⁰⁹ La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifican el trato prioritario que debe darse a los procedi-

¹⁰⁷ "This constitutional guarantee has universally been thought essential to protect at least three basic demands of criminal justice in the anglo-american legal system: 1) to prevent undue and oppressive incarceration prior to trial, 2) to minimize anxiety and concern accompanying public accusation, and 3) to limit the possibilities of an accused to defend himself". *Smith v. Hooy*, 393 U.S. 374 (1969). Citado por CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., v. II, p. 70.

¹⁰⁸ Similar es la consagración de la garantía en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law...".

¹⁰⁹ La misma Comisión ha dicho, aludiendo al artículo 7.5 de la CADH que "el fundamento que respalda esta garantía es que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado". *Jorge A. Giménez v. Argentina*; dictamen de la Comisión; 1 de marzo de 1996.

mientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio”.¹¹⁰

La garantía en estudio entronca con el principio de inocencia. Como ha señalado también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “...el principio de la legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”.¹¹¹

Como resulta obvio, el problema fundamental que se asocia al estudio de esta garantía es la determinación de lo que debe entenderse por un “plazo razonable” o una “dilación indebida”, que merezca reparos desde el punto de vista de las garantías fundamentales.

Razonando sobre el concepto de *dilación indebida* y aplicando los criterios del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, GIMENO señala que por *dilación* “no se puede entender otra cosa que el incumplimiento de los plazos y términos preestablecidos”, pero precisa que para que pueda calificarse de *indebida* ha de tenerse en cuenta “la *complejidad* del asunto, el comportamiento de los *demandantes* y el de las *autoridades judiciales*”.¹¹²

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Dere-

¹¹⁰ Jorge A. Giménez v. Argentina; dictamen de la Comisión; 1 de marzo de 1996.

¹¹¹ Idem nota anterior.

¹¹² GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 108, con cita a sentencias del TEDH caso König, S. 10 marzo 1980; Eckle, S. 15 julio 1982; Fotti, S. 10 diciembre 1982; Corigliano, S. 10 diciembre 1982; Zimmermann-Steiner, S. 13 julio 1983; Lechner y Hess, S. 23 abril 1987; Capuano, S. 25 junio 1987; Baggetta, 25 junio 1987; Milasi, 25 junio 1987; Sanders, 7 julio 1989; Kara Kaya, de 26 agosto 1994.

chos Humanos, relativa a la disposición equivalente del artículo 6 de la CEDH, ha declarado que “se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales”.¹¹³

En el estudio de las demoras en el proceso, la Corte Interamericana, siguiendo a la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo lo que llama “análisis global del procedimiento”. Esto implica que no se trata de una garantía que se aplique sólo a la etapa del juicio, sino al procedimiento en su globalidad. Siguiendo este criterio, ha computado el plazo desde la aprehensión del imputado¹¹⁴ y ha señalado que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.¹¹⁵

En este punto, la Corte actúa en forma consistente con la jurisprudencia norteamericana sobre derecho al juicio rápido. Como expresa CHIESA, refiriéndose a la dilación antes del juicio: “El aspecto fundamental del derecho constitucional a juicio rápido es, justamente, la protección contra dilación irrazonable para la celebración del juicio. Una vez se activa el derecho –con la detención o el inicio de la formulación de cargos– el imputado debe ser sometido a juicio sin dilación innecesaria. Esta es la esencia de la protección”.¹¹⁶

La reforma procesal chilena no ha declarado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable a nivel de principios,

¹¹³ Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C Nº 30, párrs. 77-81. Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C Nº 35, párr. 72. (Para jurisprudencia de la Corte Europea, véase Eur. Court H.R., *Motta judgment* of 19 February 1991, Series A Nº 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., *Ruiz Mateos v. Spain*, judgment of 23 June 1993, Series A Nº 262). Citados por *Repertorio de Jurisprudencia...*, cit., p. 213.

¹¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C Nº 35, párrs. 69-75. La jurisprudencia norteamericana en este punto ha señalado que la protección constitucional del derecho al juicio rápido se activa con el arresto o el inicio de la acción penal. Véase CHIESA, pp. 77 a 81.

¹¹⁵ Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C Nº 35, párrs. 69-75. Citado por *Repertorio de Jurisprudencia...*, cit., p. 213.

¹¹⁶ CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., v. II, p. 81.

pero contiene numerosas disposiciones orientadas a conferir la protección que impone dicha garantía. Así, la formalización de la investigación (que corresponde propiamente en nuestro sistema a la *formulación de cargos*), activa un plazo legal máximo de dos años para el cierre de la investigación.¹¹⁷ Este plazo puede, además, ser reducido judicialmente en la audiencia de formalización de la investigación.¹¹⁸ Por otra parte, y aunque en principio la instrucción no está sujeta a plazo antes de la formalización, la ley faculta a cualquier persona que se sienta afectada por una investigación no formalizada para solicitarle al juez de garantía que fije al fiscal un plazo para que la formalice.¹¹⁹ Por su parte, la audiencia de preparación del juicio oral y la de juicio oral propiamente tal están sometidas a plazos breves para su realización¹²⁰ y se llega al extremo de imponer, bajo amenaza de nulidad del juicio, la exigencia de comunicación inmediata de la decisión de absolución o condena y, en principio, la redacción de la sentencia, aunque excepcionalmente la deliberación puede prolongarse hasta por veinticuatro horas y la redacción de la sentencia hasta por siete días.¹²¹

2.2.3. *Derecho de defensa*

GIMENO define el derecho de defensa como “el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.”¹²²

¹¹⁷ Art. 247 CPP.

¹¹⁸ Art. 234 CPP.

¹¹⁹ Art. 186 CPP.

¹²⁰ Arts. 260 y 281 CPP.

¹²¹ Arts. 343 y 344 CPP.

¹²² GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 68.

Para MONTERO AROCA, el *derecho de defensa*, en cambio, “se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial” se trataría de una de las facetas del *principio de contradicción*, que consistiría a su vez en un “mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial”.¹²³

RAMOS MENDEZ ha dicho que se trata de “otro de los comodines polivalentes que rodean el ejercicio de la acción penal”.¹²⁴ La frase se puede explicar, atendidas las numerosas garantías menores que suelen ser agrupadas bajo este concepto.

María Inés HORVITZ ha agrupado estas garantías descomponiendo a su vez el derecho de defensa en dos grandes aspectos: así, el derecho de defensa estaría integrado, por una parte, por *garantías relativas al derecho de defensa material* y, por otra, por *garantías relativas al derecho a la defensa técnica*. El primer grupo, a su vez, estaría integrado por derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención a las autoridades de persecución penal pública; el segundo grupo estaría integrado por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos y facultades del defensor mismo.

Nos remitimos entonces, en este punto, al análisis detallado que la coautora de esta obra ha hecho de estas garantías en el capítulo relativo al imputado y el defensor.¹²⁵

¹²³ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 140.

¹²⁴ RAMOS MENDEZ, *El proceso penal. Tercera Lectura Constitucional*. Bosch, Barcelona, 1993, cit., p. 16.

¹²⁵ Vid. infra, III.D.3.

2.2.4. *Derecho a la presunción de inocencia*

El derecho a la presunción de inocencia es una de las banderas de lucha de la reforma liberal al sistema inquisitivo y aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Dicha declaración estableció en Francia que debía presumirse inocente “a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable”.¹²⁶

El principio aparece actualmente reconocido en el art. 11, párr. I. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

El derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por el hecho de estar incorporada en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.¹²⁷ Entre ellos, destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 8.2 establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. En términos muy similares, declara también este principio el art. 14.2 del PIDCP.¹²⁸

Contrariamente, sin embargo, el principio de inocencia no aparece como tal consagrado en el texto de la CPR y es un hecho que se trata de una de las garantías que se encontraba más seriamente afectadas por el sistema inquisitivo impuesto por el CdPP. La reforma procesal penal, sin embargo, lo considera como uno de los principios básicos del nuevo proceso, incorporándolo en tal calidad en el art. 4º CPP: “*Presunción de inocencia del imputado.* Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Para BINDER, el principio de inocencia (o de *no culpabilidad*, como prefiere llamarlo), constituye una derivación de la garantía del juicio previo.¹²⁹ La Corte IDH, por su parte, ha conside-

¹²⁶ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 252; BINDER, *Introducción*, p. 124.

¹²⁷ Art. 5º inc. 2º CPR.

¹²⁸ Art. 14.2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

¹²⁹ BINDER afirma que “juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda”. BINDER, *Introducción...*, cit., p. 122.

rado a la presunción de inocencia como integrante del debido proceso¹³⁰ y comprensiva, a su vez, del principio de correlación entre imputación y fallo.¹³¹

Lo cierto es que, independientemente de la ubicación sistemática que se prefiera para analizarlo, el derecho a la presunción de inocencia constituye un principio político sobre el cual está estructurado todo el proceso penal moderno. Como observa MAIER: "La ley fundamental impide que se trate como a un culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena".¹³² En otras palabras, podríamos decir con BINDER que el principio de inocencia refleja "el *status* básico de un ciudadano sometido a proceso. El llega al proceso con un *status* que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad".¹³³

Es necesario tener en consideración que cuando se habla del derecho a la presunción de inocencia no se utiliza la palabra "presunción" en el sentido que tiene este concepto en el derecho probatorio.¹³⁴ Como explica BINDER: "lo que está en juego no es ningún nivel de conocimiento, sino una garantía política que pro-

¹³⁰ "...la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso". Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C Nº 33, párrs. 62-63.

¹³¹ "El Perú, por conducto de la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues en todo caso, como antes se dijo (supra párr. 61), esa imputación sólo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente". Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C Nº 33, párrs. 62-63.

¹³² MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 252.

¹³³ BINDER, *Introducción...*, cit. p. 125.

¹³⁴ CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 45.

tege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas procesales y penales”.¹³⁵ Esto es importante porque el proceso penal, conforme al principio de la verdad material, constituye en sí mismo un sistema de reconstrucción de la verdad que involucra grados crecientes de sospecha respecto de la participación que ha cabido a un individuo en un hecho punible, avanzando naturalmente desde el estado de duda hasta el estado de certeza. El principio de inocencia no constituye un obstáculo al desarrollo gradual de estos niveles de conocimiento ni a la posibilidad de adoptar resoluciones basadas en ellos. Constituye, por el contrario, un obstáculo para que se impongan al imputado las *consecuencias penales* derivadas del juicio de culpabilidad.

El reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia tiene claramente dos consecuencias:

2.2.4.1. La carga de la prueba corresponde al Estado

La primera consecuencia del derecho a la presunción de inocencia es que la carga de la prueba en el juicio penal corresponde al Estado.¹³⁶ En este primer aspecto, entonces, el principio se expresa como una regla de enjuiciamiento; es decir, significa que si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado.

Se trata, como se puede apreciar, de una aplicación vinculada al principio *in dubio pro reo*.

El problema más directamente vinculado con este primer aspecto de la garantía es el grado de prueba necesario para construir la culpabilidad. MAIER considera al respecto que el principio impone “la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”.¹³⁷

¹³⁵ BINDER, *Introducción...*, cit., p. 126.

¹³⁶ CHIESA prácticamente define el principio a partir de esta consecuencia, afirmando que “Se trata en rigor de un principio cardinal, de rango constitucional, de carga de la prueba u obligación de persuadir impuesto al Estado”. CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 45.

¹³⁷ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 257. En el mismo sentido, BINDER: “Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a du-

En nuestro sistema, a partir de la entrada en vigencia del CPP, el estándar de convicción exigido para condenar corresponde al estándar de “duda razonable” establecido en el art. 340 del CPP: “*Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley*”.

El estándar de duda razonable ha sido tomado del sistema norteamericano y protege al acusado de ser condenado por un delito si no se ha producido prueba “más allá de una duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*) con respecto a cada hecho necesario para constituir el delito del que ha sido acusado.¹³⁸ El estándar de “duda razonable” es utilizado en los Estados Unidos por oposición al estándar de “preponderancia de evidencia” que opera en materia civil.¹³⁹ Significa, en otras palabras, que no basta con que el acusador produzca prueba “más convincente” que el acusado, sino que debe tratarse de prueba que conduzca a la completa convicción, esto es, a un grado de certeza moral acerca de la existencia de los hechos que configuran el delito y la participación del acusado.

Por su parte, “duda razonable” ha sido definida en el sistema norteamericano –a partir de la jurisprudencia existente– 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

das la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ese es el principio de *favor rei*, comúnmente mencionado como *in dubio pro reo*. Según él, la situación básica de libertad debe ser destruida mediante una certeza; en caso contrario, permanece el status básico de libertad” BINDER, *Introducción...*, cit., p. 127.

¹³⁸ “Lest there remains any doubt about the constitutional stature of the reasonable doubt standard, we explicitly hold that the Due Process Clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged”. *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

¹³⁹ CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 51.

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”.¹⁴⁰

En ocasiones, se consideran también como efectos de la presunción de inocencia en materia probatoria la exigencia de que la actividad probatoria se realice en el juicio oral y la prohibición de admitir como prueba la que legalmente no tenga tal carácter.¹⁴¹

2.2.4.2. El imputado debe ser tratado como inocente

La segunda consecuencia del principio de inocencia es el trato de inocente. Como resulta obvio, si el imputado no puede ser considerado culpable en tanto no sea condenado en la sentencia, de ninguna manera podría ser tratado como culpable, esto es, imponérsele por anticipado las consecuencias propias de la sentencia condenatoria y entre ellas, por supuesto, la privación de libertad.

Sin embargo, como explica MAIER, “la afirmación [del trato de inocente] no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución

¹⁴⁰ “The standard used to determine the guilt or innocence of a person criminally charged. To be guilty of a crime, one must be proved guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt which will justify acquittal is doubt based on a reason and arising from evidence or lack of evidence, and it is doubt which reasonable man or woman might entertain, and it is not doubt that juror might conjure up to avoid performing unpleasant task or duty. *U.S. v. Johnson*, C.A.N.Y., 343 F.2d 5, 6. Reasonable doubt is such a doubt as would cause prudent men to hesitate before acting in matters of importance to themselves. *U.S. v. Chas. Pfizer & Co., Inc.*, D.C.N.Y., 367 F. Supp. 91, 101. Doubt based on reason which arises from evidence or lack of evidence. *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356, 360, 92 S.Ct. 1620, 1624, 32 L.Ed.2d 152. *Black’s Law Dictionary*, Sixth edition, USA, 1990, p. 1265.

¹⁴¹ RAMOS MENDEZ, *El proceso penal...*, cit., p. 15. Véase también CAROCCA (A.), “Las garantías constitucionales...”, cit., pp. 87 y ss.

penal pública”.¹⁴² En otras palabras, el principio de inocencia no excluye, de plano, la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento. En este sentido, instituciones como la detención o la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatoria sino asegurar los *finés del procedimiento*.¹⁴³

Tan aceptado es lo anterior, que los mismos tratados internacionales que reconocen el derecho a la presunción de inocencia están lejos de excluir la legitimidad de las privaciones de libertad que se producen durante el proceso. Ellos procuran, por el contrario, establecer limitaciones para evitar que tales privaciones de libertad puedan tener un carácter arbitrario o ilegal. Así se puede observar, por ejemplo, en el art. 9º del PIDCP¹⁴⁴ y en el art. 7 de la CADH.¹⁴⁵

¹⁴² MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 274.

¹⁴³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 279, citando a VELEZ MARICONDE.

¹⁴⁴ “Artículo 9 (PIDCP): 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su 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. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

¹⁴⁵ “Artículo 7 (CADH). Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y

Se trata, entonces, de que el derecho a la presunción de inocencia juega un rol fundamental en el establecimiento de los límites que deben entenderse impuestos al carácter de estas medidas coercitivas adoptadas: éstas no pueden convertirse en una forma de *anticipación de pena*, pues si así fuera se estaría precisamente logrando lo que el principio proscribe: imponer anticipadamente la sanción penal a quien no ha sido declarado culpable. La única finalidad aceptada para las medidas cautelares será, como hemos dicho, *asegurar los fines del procedimiento*.

Esta idea aparece muy bien expresada en el artículo 122 del CPP, que refiriéndose a la “finalidad y alcances” de las medidas cautelares personales, señala: “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”.

El problema, entonces, radica en determinar cuáles son estos *fines del procedimiento* que legitiman la adopción de una medida coercitiva respecto del imputado antes de que exista sentencia ejecutoriada en la causa. MAIER sostiene que “como tantas veces se ha dicho, estos fines se resumen en el correcto establecimiento de la verdad y en la *actuación de la ley penal*.”¹⁴⁶ Y explica luego: “...la *coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico*, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el *resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y ac-*

tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

¹⁴⁶ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 279.

*tuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento. Por ello, es verdad que, en el Derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad".*¹⁴⁷

Esta posición encuentra sustento positivo en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular en el art. 9.3 del PIDCP, conforme al cual: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su 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".¹⁴⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicando el art. 7.5 de la CADH, se ha pronunciado también en el mismo sentido.¹⁴⁹

Como se puede apreciar, entonces, el principio de inocencia deja cabida para la detención y la prisión preventiva cuando ésta se funda en la necesidad de evitar el peligro de fuga o en el peligro de destrucción de prueba. Incluso, en la concepción

¹⁴⁷ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 281.

¹⁴⁸ Véase también, art. 7.5 CADH: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".

¹⁴⁹ "Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos". Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C Nº 35, párrs. 76-78.

de MAIER, podría dejar cabida (por la vía de la necesidad de prevención inmediata sobre el hecho concreto) para fundarla en el *peligro para la seguridad de la víctima*. No deja, sin embargo, lugar alguno para la aplicación del criterio de *peligro para la seguridad de la sociedad*, que nuestro sistema reconoce con rango constitucional en el art. 19 N° 7° letra e) de la CPR.

Pero esto no sólo sucede porque la doctrina y los tratados internacionales no admitan expresamente la causal como fundamento de la prisión preventiva, sino porque la prisión fundada en peligrosidad es siempre e inevitablemente una *anticipación de pena*, a menos que la pena sea considerada pura retribución. En efecto, si reconocemos a la pena efectos preventivos generales o especiales, resulta evidente que lo que entendemos por *evitación de peligro para la seguridad de la sociedad* no es sino una de las finalidades de la pena y, por tanto, si permitimos que una de las finalidades de la pena se cumpla anticipadamente durante el proceso, lo que estamos haciendo no es sino anticiparla en violación del principio de inocencia.¹⁵⁰

Nos hemos detenido un momento en el desarrollo de estas ideas porque la reforma procesal penal no soluciona los problemas que la prisión preventiva plantea en Chile a la plena vigencia del principio de inocencia. Aunque el problema estuvo sin lugar a dudas en la mente de los redactores de los anteproyectos, criterios de viabilidad política parecen haber reprimido el deseo de enmendar el punto en este proceso de reforma. El mayor aporte de la reforma procesal penal en esta materia, es la acentuación del carácter excepcional de la prisión preventiva, especialmente a partir de la creación de medidas cautelares personales de carácter general.¹⁵¹ Tampoco se deben menospreciar las garantías de que ha sido rodeada su concesión y las posibilidades de revisión que se han creado. Pero en la esencia del núcleo conflictivo, el pleno respeto al principio de inocencia pasa por la eliminación del criterio de peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de la prisión preventiva. Y ello sigue siendo una tarea pendiente.¹⁵²

¹⁵⁰ Véase MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., pp. 274 y ss.

¹⁵¹ Art. 155 CPP.

¹⁵² Se ha sostenido que la eliminación del criterio de peligro para la sociedad requeriría de una reforma constitucional del art. 19, N° 7°, letra e). Lo anterior

2.2.5. *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple*

La última garantía general del imputado ante la persecución penal del Estado es la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple o (en su denominación más tradicional) el principio del *ne bis in idem* o *non bis in idem*.

El primer problema que plantea esta garantía es el de su formulación.

Así, el PIDCP la consagra en los siguientes términos: “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”.¹⁵³ Por su parte, la CADH la incluye entre las “garantías judiciales”, afirmando que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.¹⁵⁴

Ambas formulaciones resultan insatisfactorias, porque parecen restringir el alcance del principio, que tiene siempre un sentido garantista. Así, por ejemplo, la formulación de la CADH, que se refiere al *inculpado absuelto*, pareciera no impedir que el *condenado* por un delito volviera a ser sometido a juicio para la aplicación de una pena más grave; por su parte, la redacción del PIDCP, que se refiere a *delitos* y no a *hechos*, pareciera dejar la puerta abierta para que, invocando una calificación jurídica distinta, el Estado pudiera volver a perseguir penalmente en relación con una misma hipótesis fáctica.

No obstante lo anterior, más allá de la discusión en torno a la correcta formulación del principio, pareciera existir consenso en que lo que éste pretende es proteger al imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por

es incorrecto por dos razones: en primer lugar, la norma del art. 19 N° 7º letra e) está en contradicción con normas posteriores del mismo rango, ya que el PIDCP fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989 y la CADH en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991; en segundo lugar, las normas constitucionales en materia de garantía establecen un piso mínimo y no un máximo: nada obstaba a que la ley hubiera tenido en esta materia una aproximación más garantista que la propia Constitución, como la tiene, por ejemplo, en materia de plazos de la detención.

¹⁵³ Art. 14.7 PIDCP.

¹⁵⁴ Art. 8.4 CADH.

la misma realidad histórica atribuida en una persecución penal anterior dirigida en su contra.¹⁵⁵

El principio no se encuentra reconocido, como tal, en nuestra CPR, pero el CPP lo ha elevado a la calidad de *principio básico* del proceso penal chileno en el art. 1º inc. 2º del CPP que reza: “La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

En general, se afirma que existirá identidad entre la persecución penal y, por lo tanto, infracción de la garantía, cuando concurren tres identidades o correspondencias: 1) identidad de persona (*eadem persona*); 2) identidad de objeto (*eadem res*); y 3) identidad de motivo de persecución (*causa petendi*).¹⁵⁶

La *identidad de persona* suele ser resuelta pacíficamente, exigiéndose que exista una identidad física, es decir, que se trate del mismo imputado en una y otra persecución penal. La referencia al *imputado* resulta, en todo caso, determinante, ya que implica la afirmación de que la garantía se activa por la mera imputación.¹⁵⁷ Esto significa, conforme a las normas del CPP chileno, que la garantía será infringida *desde la primera actuación del nuevo procedimiento dirigido en su contra*, entendiéndose por tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible por el cual ya fue juzgado con anterioridad.¹⁵⁸

La *identidad objetiva* está referida a la identidad del hecho imputado. La regla que preside este punto es que debe prescindirse de toda valoración jurídica del hecho.¹⁵⁹ De esta manera se impide que, invocando una calificación jurídica distinta, pudiera llegar a burlarse el principio. Sin embargo, el problema aquí resulta en determinar cuándo se trata de un mismo hecho, es decir, si es necesaria una correspondencia total o absoluta o

¹⁵⁵ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 375.

¹⁵⁶ BINDER, *Introducción...*, cit., p. 168.

¹⁵⁷ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 377.

¹⁵⁸ Art. 7º CPP.

¹⁵⁹ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 380.

se admiten pequeñas diferencias de detalle. En general, se admite que para que opere la garantía del *ne bis in idem* basta que se mantenga “la estructura básica de la hipótesis fáctica”.¹⁶⁰ Sin embargo, incluso la determinación de cuál es esa estructura básica puede resultar conflictiva, por lo que nos parece adecuada la postura de BINDER cuando señala que “en última instancia, la solución es eminentemente valorativa... Es decir, en aquellos casos en los que se ha ejercido el poder penal con suficiente intensidad y, además, ha existido la posibilidad de completar adecuadamente la descripción del hecho, aunque ello no se haya producido por carencias de la propia investigación, la identidad del hecho debe ser comprendida del modo más amplio posible”.¹⁶¹

La *identidad de causa* se refiere, finalmente, y a nuestro modo de ver, a la pretensión punitiva, de tal manera que no existirá infracción al principio si la pretensión de uno de los procesos no es la aplicación de una sanción penal, sino una reparación civil o una sanción disciplinaria, por ejemplo.¹⁶²

Finalmente, para la correcta interpretación del principio, es necesario tener en cuenta que éste tiene siempre una dimensión garantista, de manera tal que él no impide, por ejemplo, la revisión de las sentencias firmes a favor del imputado.¹⁶³

2.3. GARANTÍAS DEL JUICIO

La etapa del juicio constituye, propiamente, la que está llamada a reflejar el derecho a un juicio previo con todas las garantías. Desde el punto de vista teórico, esta es la etapa del *proceso penal propiamente tal*.

Por ello, todas las garantías generales del procedimiento, que hemos analizado en el capítulo precedente, se aplican durante esta etapa en su máxima intensidad. El juicio, sin embargo, re-

¹⁶⁰ BINDER, *Introducción...*, cit., p. 171.

¹⁶¹ Idem nota anterior.

¹⁶² En contra, BINDER: “Si el objeto del proceso es la aplicación de una sanción, como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria. No se puede pretender sancionar a una persona dos veces por el mismo hecho”. BINDER, *Introducción...*, cit., p. 173.

¹⁶³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 375.

serva para sí a lo menos dos características ineludibles, que tienen un carácter claramente garantista y que definen en sí mismo el proceso penal: debe tratarse de un juicio *oral y público*, con todas las consecuencias que ello conlleva, y que estudiaremos a continuación.

2.3.1. *Derecho a juicio público*

Entre aquellas garantías que suelen usualmente asociarse a la noción de debido proceso, pero que tienen un suficiente desarrollo autónomo, se encuentra el *derecho al juicio público*. Se trata, como lo destaca GIMENO SENDRA, de un principio que constituye una conquista del pensamiento liberal frente al procedimiento escrito o “justicia de gabinete”, propio del antiguo régimen.¹⁶⁴ Es entonces, un producto del proceso de reforma al procedimiento inquisitivo.¹⁶⁵

Siguiendo a ROXIN, el fundamento de la publicidad es triple: “Su significado esencial reside en a) consolidar la confianza pública en la administración de justicia, b) fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y c) evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y, con ello, en la sentencia.”

El principio de publicidad está consagrado en el art. 8.5 de la CADH: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Lo reconoce también, explícitamente, el art. 14.1 del PIDCP.¹⁶⁶

Aunque en nuestra CPR debiéramos entender implícita la consagración del derecho a un juicio público dentro de las garantías de un justo y racional procedimiento (art. 19 N° 3° inc. 5°), lo cierto es que no hay en ella referencia explícita al principio de publicidad.

¹⁶⁴ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 99.

¹⁶⁵ ROXIN, p. 407, MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 422.

¹⁶⁶ “(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

En el CPP, en cambio, la publicidad se consagra como uno de los principios básicos del procedimiento y una de las garantías fundamentales del juicio. Así, el artículo 1º inc. 1º, 2ª parte, declara: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y *público*, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”. El artículo 376 letra d) concreta esta garantía considerando que es *motivo absoluto de nulidad* y, en consecuencia, el juicio y la sentencia serán siempre anulados “cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio”.

La garantía de publicidad, tal como aparece tratada en nuestro CPP, se satisface con el acceso público a la Sala de Audiencias. Conforme al inciso final del artículo 320 los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia cuando el tribunal así lo determine. Dicha posibilidad no rige si ambas partes se opusieren a ello, pero si sólo una lo hiciera, el tribunal deberá resolver.

El principio de publicidad no es absoluto, razón por la cual cede ante la necesidad de proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio y de evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley.¹⁶⁷ En estos casos, la ley faculta al tribunal para disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas: a) impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia, y b) impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas.¹⁶⁸

Todo el tratamiento del CPP en relación al principio de publicidad aparece referido al juicio oral. En verdad, la aplicación del principio de publicidad con carácter de *derecho humano* a las etapas anteriores del procedimiento resulta discutible. Por lo pronto, pareciera existir consenso doctrinario en cuanto a que

¹⁶⁷ Art. 320 CPP.

¹⁶⁸ En este punto el CPP está en armonía con el art. 14.1 PIDCP que establece: “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 de una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

el principio de publicidad rige en plenitud para la etapa del juicio, mas no así en cuanto a su aplicación con la misma intensidad en las etapas preliminares del procedimiento.

Así, por ejemplo, en Alemania, ROXIN concluye explícitamente, a partir del § 169 GVG que “sólo el juicio oral es público, no así el procedimiento de investigación ni el procedimiento intermedio”.¹⁶⁹ Del mismo modo se entiende en los Estados Unidos, donde las investigaciones del Gran Jurado tienen un carácter absolutamente secreto. CHIESA, analizando la garantía de publicidad de la primera cláusula de la Enmienda Sexta de la Constitución Federal Norteamericana, en relación al § 11 de la Carta de Derechos de Puerto Rico, sostiene que “no se trata de un derecho a *procedimiento* público, que exija que toda vista sea pública, incluyendo los procedimientos anteriores al juicio. De hecho, la preferencia estatutaria¹⁷⁰ es por la vista privada en los procedimientos anteriores al juicio”.¹⁷¹

La circunstancia de no reconocer el carácter de *derecho humano* a las aplicaciones del principio de publicidad de las etapas preliminares no significa, sin embargo, desconocer la existencia de numerosas disposiciones legales que garantizan la publicidad de las actuaciones durante estas etapas. Por el contrario, el sistema procesal penal de la reforma acentúa las aplicaciones de ese principio, en clara reacción a los problemas que generaba el carácter secreto del sumario en el CdPP. Así, el artículo 212 CPP establece que las actuaciones de la policía y del ministerio público sólo serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento e instaura como regla general que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán siempre examinar los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial. Sólo excepcionalmente se faculta al fiscal para disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, por un plazo no superior a cuarenta días. Adicionalmente, como ya hemos dicho, el CPP permite que el

¹⁶⁹ ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 406.

¹⁷⁰ Aquí la referencia es a la Regla 23 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico.

¹⁷¹ CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., v. II, p. 124.

imputado tenga acceso a los registros judiciales,¹⁷² reconoce por regla general el derecho a examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial¹⁷³ y el derecho a intervenir en todas las actuaciones judiciales.¹⁷⁴ Del mismo modo, aunque el CPP no lo establece expresamente, se ha entendido que todas las audiencias de las etapas preliminares son públicas.

2.3.2. Derecho a juicio oral

El derecho a un juicio oral está reconocido con rango legal en el artículo I^o del CPP. La fórmula utilizada por el legislador (“derecho a un juicio previo, oral y público...”), reiterada a menudo en la doctrina, revela que la vigencia del principio de oralidad ha sido considerada una garantía indisolublemente asociada a la garantía de publicidad.¹⁷⁵

Por esta razón, en las convenciones internacionales la garantía de la oralidad carece de un reconocimiento explícito y diferenciado de la garantía de publicidad, abundando, en cambio, referencias más bien implícitas a la necesidad de un juicio oral.¹⁷⁶ Su carácter de garantía, no obstante, ha ido paulatinamente ganando terreno, al punto que hoy se encuentra incluso reconocida constitucionalmente en algunos Estados.¹⁷⁷

¹⁷² Art. 44 CPP.

¹⁷³ Art. 182 CPP.

¹⁷⁴ Art. 8^o inc. 2^o CPP.

¹⁷⁵ Para BINDER, *Introducción...*, p. 100, la oralidad no es un principio sino un instrumento, un mecanismo que permite la concreción de principios políticos y garantías tales como la intermediación y la publicidad. Gráficamente expresa esta idea refiriéndose al derecho argentino: “Podemos afirmar, pues, que existen normas constitucionales claras que determinan que el juicio penal debe ser público, debe ser realizado por jueces y por jurados./ Cabe preguntarse ahora: ¿existe otra forma de realizar un juicio público, con la presencia obligada del juez, y por jurados, que no sea mediante la oralidad? Es evidente que no, porque ella es el único mecanismo que se ha hallado hasta el momento para realizar un juicio penal de las características señaladas por nuestra ley básica”. BINDER, *Introducción...*, p. 98.

¹⁷⁶ Así. v. gr. PIDCP “... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente...” (art. 14.1); “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... d) A hallarse presente en el proceso...”.

¹⁷⁷ V. gr. art. 120.2 de la Constitución española: “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

El derecho a un juicio oral impone la exigencia de que “el fundamento de una sentencia sólo puede provenir de un debate público e inmediato”. Lo anterior significa que el nivel donde la oralidad funciona como garantía, por excelencia, es la etapa del juicio oral.

El principio de oralidad aplicado al juicio se encuentra consagrado en el artículo 291 del CPP, conforme al cual esta audiencia 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.

Este principio se reafirma en numerosas disposiciones legales, que en forma particularizada prohíben sustituir las declaraciones de testigos y peritos por la lectura de registros u otros documentos,¹⁷⁸ en particular las de los policías.¹⁷⁹ La ley prohíbe, asimismo, incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.¹⁸⁰

El principio, sin embargo, no es absoluto, y reconoce excepciones en la posibilidad de intervención por escrito de los discapacitados que no pudieren hablar (art. 291 inc. 3º CPP); y en las hipótesis en que se permite excepcionalmente la lectura de documentos (art. 333 CPP) y de declaraciones anteriores de testigos, peritos o imputados (arts. 331 y 332 CPP).

El derecho al juicio oral es renunciable bajo determinadas condiciones. Esto sucede, fundamentalmente, cuando el acusado manifiesta su consentimiento con la aplicación del procedimiento abreviado,¹⁸¹ ya que el efecto natural de este procedimiento

¹⁷⁸ Art. 329 CPP.

¹⁷⁹ Art. 228 inc. final CPP.

¹⁸⁰ Art. 334 CPP.

¹⁸¹ La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios pueden también ser vistos como formas de renuncia al juicio oral, en cuanto impli-

será que la sentencia que se dicte estará fundada exclusivamente en los hechos materia de la acusación y en los antecedentes de la investigación que la fundaren, los que habrán sido aceptados expresamente por el acusado.¹⁸² El carácter de renuncia de esta manifestación es tan evidente, que la ley impone al juez que, antes de decretar este procedimiento, se cerciore de que el acusado conociere su derecho a exigir un juicio oral.¹⁸³

Algo similar sucede con la mecánica del procedimiento simplificado y el procedimiento monitorio. El procedimiento simplificado respeta y concretiza el derecho al juicio oral en materia de faltas. Se trata de un juicio oral de carácter especial,¹⁸⁴ al cual puede, sin embargo, renunciar el imputado admitiendo su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento.¹⁸⁵ En el procedimiento monitorio la regla se invierte, exigiendo del imputado una conducta activa posterior a la condena (reclamación) en orden a exigir la realización del juicio oral especial que constituye el procedimiento simplificado. Esto es tanto como aceptar la renuncia tácita al juicio oral por falta de reclamación.¹⁸⁶

El derecho al juicio oral es, como llevamos dicho, una garantía que se aplica y cumple en la etapa del juicio. En principio, no existe una garantía constitucional que ampare la oralidad del procedimiento en sus etapas preliminares. No obstante lo anterior, el principio de oralidad alcanza también, por declaración expresa del CPP, a la etapa de preparación del juicio oral, en cuanto su fase más importante, la audiencia de preparación, se desarrolla oralmente sin que se admita durante su realización la presentación de escritos.¹⁸⁷ En la etapa de investigación, por

can la aceptación de consecuencias perjudiciales para el imputado, derivadas de una acusación penal, sin que medie un juicio oral con todas las garantías. A ello parece aludir, por ejemplo, la disposición legal que impone al juez a cuya aprobación se ha sometido un acuerdo reparatorio de verificar que los concurrentes han prestado su consentimiento "con pleno conocimiento de sus derechos" (art. 241).

¹⁸² Art. 413, letra c) y art. 406 inc. 2º CPP.

¹⁸³ Art. 409 CPP.

¹⁸⁴ Art. 396 CPP.

¹⁸⁵ Art. 395 CPP.

¹⁸⁶ Art. 392 incs. 3º y 4º CPP.

¹⁸⁷ Art. 266 CPP.

su parte, el principio de oralidad tiene también aplicaciones trascendentes. Así, por ejemplo, adquiere un carácter garantista en el debate sobre prisión preventiva.¹⁸⁸

El derecho a un juicio oral aparece asociado a tres principios sin los cuales la idea misma de juicio quedaría desnaturalizada. Ellos son el *principio de inmediación*, el *principio de continuidad* y el *principio de concentración*.

2.3.2.1. El principio de inmediación

El *principio de inmediación* impone que el sentenciador sólo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba.¹⁸⁹

Se trata de un principio que no está reconocido autónomamente como garantía, pero que opera como tal en cuanto aparece asociado al derecho a un juicio oral, impidiendo que dicho derecho se burle por la vía de reconocer valor, en la sentencia, a prueba que no haya sido producida durante el juicio. Dicho de otro modo, de nada serviría garantizar el derecho a un juicio oral si, al momento de la sentencia, se permitiera al tribunal fallar sobre la base de prueba que no ha sido rendida directamente ante él.

El *principio de inmediación* comprende dos aspectos:¹⁹⁰

a) *Inmediación formal*: El tribunal que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba, sin poder dejar ésta a cargo de otras personas.¹⁹¹

Este primer aspecto del principio se concreta en nuestro CPP en diversas disposiciones que establecen la imposibilidad de delegar la función del tribunal en la recepción de la prueba. Así, por ejemplo, la presencia ininterrumpida de los jueces que integran el tribunal durante toda la audiencia es una condición de validez de la misma.¹⁹² La ausencia de cualquiera de los jueces es considerada como motivo absoluto de nulidad para efec-

¹⁸⁸ Arts. 144 inc. 2º y 145 inc. 2º CPP.

¹⁸⁹ ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 102.

¹⁹⁰ En este punto, siguiendo a ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 394.

¹⁹¹ ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 394.

¹⁹² Art. 284 CPP.

tos de dicho recurso.¹⁹³ Adicionalmente, el CPP establece, con carácter general, la sanción de nulidad para las actuaciones delegadas.¹⁹⁴

Como se aprecia, entonces, la inmediación formal exige que los jueces estén presentes en forma ininterrumpida durante toda la audiencia, presenciando directamente y por sí mismos la producción de la prueba, e impedidos de delegar válidamente esta función en funcionarios subalternos.¹⁹⁵

b) *Inmediación material*: El tribunal debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que pueda utilizar equivalentes probatorios.¹⁹⁶

Para garantizar este principio, nuestro CPP establece, en primer término, que el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.¹⁹⁷ Lo anterior está en íntima relación con las normas que prohíben por regla general incorporar o invocar como medio de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.¹⁹⁸ Del mismo modo, la ley establece que los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente y que su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren.¹⁹⁹ La lectura de de-

¹⁹³ Art. 374 letra b) CPP. No obstante, la ausencia o inhabilidad de un integrante puede ser suplida si se ha convocado a un número mayor de tres jueces para integrar el tribunal (art. 281 inc. 5º CPP) y si uno solo de los jueces es inhabilitado o se ausenta el tribunal puede continuar funcionando, pero si éstos no alcanzan unanimidad en la sentencia se anulará todo lo obrado en el juicio (arts. 284 inc. 2º y 76 CPP).

¹⁹⁴ Art. 35 CPP.

¹⁹⁵ Ocasionalmente se asocia al principio de inmediación la exigencia legal de que el acusado y/o su defensor estén presentes durante toda la audiencia como un requisito de validez de la misma, lo que en nuestro sistema se rige por los arts. 285 y 286 CPP. Véase MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 305. A nuestro juicio, sin embargo, el principio de inmediación sólo impone la presencia de los jueces. La presencia obligatoria del acusado y/o su defensor debe ser entendida como una derivación del derecho de defensa.

¹⁹⁶ ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 394.

¹⁹⁷ Art. 340 inc. 2º CPP.

¹⁹⁸ Art. 344 CPP.

¹⁹⁹ Art. 329 CPP.

claraciones anteriores sólo se admite muy excepcionalmente en los casos previstos por la ley.²⁰⁰

La intermediación material tiene su fundamento en el valor que se reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que el tribunal recibe.²⁰¹ Ello exige que toda la prueba que ha de fundar la sentencia se produzca durante el juicio, y que quienes actúan como peritos o testigos estén directamente disponibles ante el tribunal para que las partes tengan la oportunidad de someter a examen y contraexamen sus aseveraciones.²⁰²

2.3.2.2. Los principios de continuidad y concentración

El *principio de concentración* aplicado al juicio oral exige que todos los actos necesarios para concluir el juicio se realicen en la misma audiencia; el *principio de continuidad* alude a la exigencia de que el debate no sea interrumpido.²⁰³ Se trata de principios que aseguran la unidad del juicio.

En nuestro CPP las normas sobre continuidad y concentración están contenidas en los artículos 282 y 283 CPP. Estas normas establecen, a nivel de principios, que la audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. La ley considera como sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal.²⁰⁴

Lo anterior no significa, sin embargo, la exclusión absoluta de toda posibilidad de interrupción o suspensión. Por el contrario, el propio Código establece que el tribunal puede suspender la audiencia hasta por dos veces, pero solamente por razones de ab-

²⁰⁰ Arts. 331 y 332 CPP.

²⁰¹ Sobre el punto véase BAYTELMAN (A.), "El juicio oral" en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Conosur, Santiago, 2000, pp. 241 y ss.

²⁰² En los Estados Unidos, por ejemplo, la idea de que los testigos y peritos deben estar directamente disponibles para ser sometidos en el juicio al contraexamen, justifica la denominada *Hearsay rule* (Rule 802, Federal Rules of Evidence). Esta regla permite excluir la prueba de referencia, esto es, "la declaración aseverativa de una persona, hecha fuera de la vista en que se ofrece como evidencia, presentada para probar que la aseveración en cuestión es verdadera", CHIESA, *Derecho procesal penal...*, cit., v. III, p. 340.

²⁰³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 602.

²⁰⁴ Art. 282 CPP.

solta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión.²⁰⁵ La suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que excediere de diez días impedirá su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio.²⁰⁶

Las normas anteriores no impiden la posibilidad de que, durante el día, el tribunal interrumpa brevemente la audiencia decretando *recesos*. Para todos los efectos, debe considerarse que estas interrupciones no constituyen suspensión.²⁰⁷

Debe recordarse finalmente que es *motivo absoluto de nulidad* y, en consecuencia, el juicio y la sentencia serán siempre anulados “*cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre... continuidad del juicio*”.²⁰⁸

2.4. LÍMITES FORMALES AL ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD

Finalmente, formando parte del grupo de garantías individuales ante la persecución penal, deben considerarse aquellas que constituyen *límites formales al establecimiento de la verdad*. Se trata de garantías impuestas por el ordenamiento jurídico como límites a la persecución penal del Estado y más precisamente, a la actividad probatoria desplegada por éste en el establecimiento de la verdad.

La extensión y alcance de estas garantías expresa el balance existente entre las necesidades de la persecución penal y el sistema de libertades individuales dentro de una sociedad determinada. Se trata de un balance que modela e integra, en definitiva, el concepto mismo de verdad procesal perseguida como objetivo del procedimiento.²⁰⁹

²⁰⁵ Art. 283 inc. 1º CPP. La disposición agrega que, al reanudarse la audiencia, el tribunal efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

²⁰⁶ Art. 283 inc. 3º CPP.

²⁰⁷ Así lo prueba la historia de la ley. Véase la discusión en torno al art. 347 contenida en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal.

²⁰⁸ Art. 376 letra d) CPP.

²⁰⁹ Vid. *supra*, I.2.

Entre estas garantías se encuentran, por ejemplo, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, y las garantías vinculadas a la consideración del imputado como órgano de prueba.

Atendido que el estudio de estas garantías aparece vinculado a la actividad probatoria, reservaremos su estudio para el capítulo pertinente a la prueba, que es materia del segundo volumen de esta obra.

D. PROTECCION DE GARANTIAS

La consideración de las garantías individuales resulta un punto crucial para la comprensión del sistema procesal penal, ya que ellas modelan el procedimiento penal a través de diversas instituciones que procuran su cautela.

A lo largo de esta obra observaremos que existen innumerables mecanismos específicos destinados a la protección de las garantías involucradas en actuaciones determinadas del procedimiento. Adicionalmente, sin embargo, existen también dentro del CPP cinco mecanismos generales orientados a la protección de las garantías del imputado o de terceros, los cuales tienen un carácter preventivo o correctivo, según el caso.²¹⁰

1. MECANISMOS GENERALES PREVENTIVOS PARA LA PROTECCION DE GARANTIAS

1.1. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA

El CPP establece, a nivel de principios básicos, que toda actuación del procedimiento que prive al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinja o perturbe, requerirá de autorización judicial previa (art. 8º CPP).

²¹⁰ Nos referimos a mecanismos propios del procedimiento penal, excluyendo, por tanto, la consideración de las acciones constitucionales de amparo y protección, reglamentadas en los artículos 20 y 21 CPR, respectivamente.

La forma en que este mecanismo opera en las diferentes situaciones concretas a que dan lugar las denominadas *medidas intrusivas*, serán materia de estudio, en este mismo volumen, en el capítulo referido a la etapa de investigación.²¹¹

1.2. CAUTELA DE GARANTÍAS

También a nivel de principios, el CPP impone al juez de garantía la obligación de adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir que el imputado ejerza los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en cualquier etapa del procedimiento en que estime que dicho imputado no está en condiciones de hacerlo (art. 10 inc. 1º CPP).

El Código añade que si estas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez debe ordenar la suspensión del procedimiento y citar a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan, pudiendo luego, con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolver la continuación del procedimiento o decretar el sobreseimiento temporal del mismo (art. 10 inc. 2º CPP).

La historia de la ley evidencia que esta norma, más que surgir como una herramienta de carácter general para la protección de las garantías del imputado, nació vinculada a la preocupación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado por “el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de ‘enajenado mental’, no se presenten en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que les asegura la Constitución Política ni a las garantías judiciales”

²¹¹ Vid. infra, VIII.B.5 y VIII.B.6.

que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en particular las que configuran el derecho de defensa”.²¹²

La incorporación al CPP, a nivel de principios básicos, de una disposición legal que impone al juez el deber de adoptar las medidas necesarias para permitir que el imputado ejerza sus derechos, incluyendo entre éstas la suspensión del procedimiento, constituye una herramienta poderosa en la protección preventiva de sus garantías, que es consistente con otras facultades específicas que se otorgan al mismo juez durante el procedimiento (v. gr. art. 235 inc. 2º y art. 286 CPP).

Por el contrario, la opción del legislador por establecer una nueva causal de sobreseimiento temporal fundada en el reconocimiento de un estado intermedio entre la plena salud mental y la enajenación mental, constituye una anomalía del CPP que no tiene explicación sistemática, si se considera que el sobreseimiento temporal es también la solución que el art. 465 CPP establece para el imputado que cae en enajenación mental después de iniciado el procedimiento y que el art. 464 CPP prevé la internación provisional del imputado que sufre una “grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas”.

²¹² Esta era la situación en que se encontraba el general Augusto Pinochet, según los argumentos expuestos por su defensa, a la época en que sesionó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (10 de noviembre de 1998 a 10 de mayo de 2000). El arresto del general Pinochet en Londres se produjo el 16 de octubre de 1998 y la confirmación de la decisión del ministro Jack Straw de frenar el proceso de extradición a España por razones humanitarias fue adoptada el 2 de marzo de 2000. Posteriormente, la disposición del art. 10 CPP habría de ser invocada como fundamento de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de julio de 2001 que sobreseyó temporalmente la causa contra Pinochet, en la cual éste había sido procesado como encubridor de 57 homicidios y 18 desapariciones cometidos por el caso conocido como “Caravana de la Muerte”. *La Segunda*, 9 de julio de 2001. Véanse, especialmente, los considerandos 18º, 19º y 20º de la sentencia.

2. MECANISMOS GENERALES CORRECTIVOS PARA LA PROTECCION DE GARANTIAS

2.1. NULIDAD PROCESAL

La nulidad procesal opera como un mecanismo correctivo de protección de garantías cuando la infracción que la motiva ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República. En estos casos, la ley presume de derecho la existencia del perjuicio exigido por la ley como requisito para la declaración de nulidad (art 160 CPP).

Analizaremos la nulidad procesal conjuntamente con el recurso de nulidad, en el segundo volumen de esta obra.

2.2. EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

Se trata de uno de los mecanismos correctivos más poderosos para la protección de garantías establecido por el CPP, ya que permite al juez excluir, para el juicio oral, las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Este mecanismo será materia de análisis pormenorizado en el segundo volumen de esta obra.

2.3. RECURSO DE NULIDAD

Opera como un mecanismo de protección de garantías cuando se funda en la causal prevista por el art. 373 letra a) CPP, esto es, haberse infringido sustancialmente, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Analizaremos también este recurso en el segundo volumen de esta obra.

III. SUJETOS PROCESALES

A. MINISTERIO PUBLICO

1. ORIGENES, DESARROLLO Y SIGNIFICACION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO PENAL

1.1. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS SISTEMAS CONTINENTALES EUROPEOS Y DEL *COMMON LAW*

El nacimiento de esta institución es históricamente reciente y presupone dos fenómenos que tienen lugar en momentos muy distintos. El primero es el surgimiento del Estado central moderno europeo y, con él, la idea de persecución penal pública, y el segundo es la crítica ilustrada al proceso penal del antiguo régimen y la adopción del principio acusatorio, con correcciones respecto del modelo original (sistema acusatorio formal).

La idea de que la represión de la criminalidad constituye una función pública y, en consecuencia, que la iniciativa del proceso penal no debe estar en manos, al menos no principalmente, de los particulares surge ya en los siglos XIII y XIV a parejas con la constitución de los estados nacionales. En efecto, en la Europa continental esta tendencia está íntimamente relacionada con la formación del Estado moderno y, en particular, con la instauración del proceso penal inquisitivo como uno de los instrumentos de la centralización del poder político que se inicia en la Baja Edad Media.¹ Sin embargo, durante el absolutismo no hacía falta

¹ MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, Fundamentos 1b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 17 y ss., DIEZ-PICAZO (L.), *El poder de acusar*. Ministerio

un acusador estatal específico, separado estructural y funcionalmente del órgano que debía juzgar. Para ello bastaba el juez inquisitivo, delegado del soberano, quien tenía a su cargo el inicio y desarrollo del procedimiento –escrito y secreto– encaminado a condenar o absolver al imputado de un delito, sin debate previo ni derecho a defensa. Como señala MAIER, “donde no existe la necesidad de la defensa, ni quien pueda defenderse, y la decisión se adopta sin debate previo, tampoco se precisa un acusador”.² No obstante, la profunda tendencia a la centralización del poder político determinó que los agentes regios que en un principio representaban sólo los intereses particulares del rey, como consecuencia de la progresiva confusión entre los intereses privados del monarca y los públicos, pasaran a constituirse en funcionarios públicos (*gens du Roi*) que resguardaban el orden público y, especialmente, los intereses fiscales de la Corona.³

Los *procureurs et advocats du roi*, en Francia, *das Fiskalat*, en Alemania, y otros similares del continente europeo, constituyen tan sólo un antecedente remoto del ministerio público moderno. La atribución al ministerio público de la función acusatoria o la de persecución penal pública es, pues, un desarrollo contemporáneo que tiene en gran medida su origen en el rechazo liberal, sustentado por los revolucionarios de 1789, hacia el sistema de administración de justicia del antiguo régimen.⁴ En efecto, si bien el nacimiento del ministerio público, concebido como acusador estatal distinto de los jueces y encargado de ejercer ante ellos la acción penal pública, está vinculado a la codificación napoleónica

público y constitucionalismo. Ariel, Barcelona, 2000, pp. 113 y ss., FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1989, pp. 564 y ss.

² MAIER (J.), “El ministerio público: ¿un adolescente?” en ROXIN (C.) y otros, *El ministerio público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 17 y ss., p. 21.

³ DIEZ-PICAZO (L.M.), *El poder de acusar*, cit., p. 114, MAIER (J.), cit., pp. 22 y ss.

⁴ Una interesante muestra en este sentido es el discurso pronunciado por el diputado Adrien Dupont el 22 de diciembre de 1789 ante la Asamblea Nacional, al presentar los “principios fundamentales de la policía y la justicia” que debían regir en la nueva Francia: “De la imperfección de los hombres y de los medios que emplean para conocer la verdad y, por otro lado, del hecho de que un hombre detenido pueda permanecer mucho tiempo privado de su libertad mientras se instruye su proceso, se sigue que hace falta tomar precauciones para evitar que un hombre pueda, por desconsideración o por maldad, padecer una instrucción judicial” (DIEZ-PICAZO, cit., pp. 115-116).

y, específicamente, al *Code d'instruction criminelle* de 1808 no cabe duda de que existió una importante influencia de los postulados iluministas y liberales en materia de proceso penal.⁵ El compromiso entre el proceso inquisitivo histórico y los nuevos postulados se tradujo en la existencia de un sumario o instrucción previa cuya conducción activa corresponde a un juez y la existencia de un acusador distinto del juez que sostiene la acción penal en el juicio. Desde el momento en que resulta consustancial al sistema acusatorio la iniciativa ciudadana, ya sea individual o colectiva o ya a través del jurado de acusación, la introducción del ministerio público en el proceso penal implicó el quiebre del acusatorio *strictu sensu* y su transformación en uno de tipo "formal".⁶

La esencia del nuevo sistema consistió, pues, en la separación estricta de la función acusadora y la de juzgamiento, con su consiguiente atribución a órganos diferentes, y la necesidad de previa acusación para que los jueces pudieran conocer los casos (*nemo iudex sine actore*). Ello determinó una diferencia radical con el proceso inquisitivo antiguo caracterizado por la facultad reconocida al órgano judicial de iniciar el proceso penal y continuarlo sin necesidad de previa existencia de una acusación. Al confiarse la administración de justicia penal a la actividad complementaria de dos funcionarios estatales, independientes el uno del otro, se aseguró por primera vez la imparcialidad y objetividad del juzgador respecto del contenido de la acusación.⁷ Se ga-

⁵ El proceso penal liberal pensado y buscado por los revolucionarios estaba basado en el principio acusatorio tal como era practicado en Inglaterra, como una forma de neutralizar políticamente a la judicatura, que en el antiguo régimen había desempeñado el papel de defensora de los privilegios estamentales. Se trataba de una batalla cultural y política contra la arbitrariedad, crueldad e irracionalidad del proceso penal inquisitivo conducido por los jueces y de una revalorización de la tradición acusatoria por su carácter garantista. Sin embargo, la experiencia acusatoria posrevolucionaria fue extremadamente breve, pues ya el código termidoriano de 1795 y el napoleónico de 1808 dieron lugar, como sabemos, al sistema inquisitivo "mixto" o "reformado" (sobre la legislación acusatoria revolucionaria, vid. FERRAJOLI, cit., p. 643, nota 103).

⁶ ARMENTA-DEU (M.T.), *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 33; DIEZ-PICAZO (L.M.), cit., p. 119, ASENCIO MELLADO (J.M.), *Principio acusativo y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1990, passim., GOMEZ ORBANEJA (E.) y HERCE QUEMADA (V.), *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1987, pp. 95 y ss.

⁷ ROXIN (C.) y otros, "Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público", *El ministerio público en el proceso penal*, cit., pp. 39-40.

rantizó así un doble control sobre la acusación y, con ello, una mayor corrección del procedimiento, pues dos funcionarios que examinan recíprocamente los resultados de su trabajo rinden más y mejor que una única instancia de investigación.⁸

Sin embargo, no es posible dejar de advertir ni destacar aquí que el ministerio público nació con escaso poder sobre el procedimiento. En efecto, carecía de la función de perseguir e investigar los delitos, tarea que se encomendó al *juez de instrucción*, el que podía actuar de oficio, en virtud de una denuncia o en razón de la prevención policial. Es así como la etapa de investigación preparatoria (antigua inquisición general) se mantuvo en manos del juez, “bajo cuyo nombre se escondió y aún se esconde el inquisidor del antiguo régimen”,⁹ quien le “preparaba” el caso al ministerio público para que pudiera proceder a formular la acusación. Aun hoy subsiste este modelo en diversos países¹⁰ o subsistió hasta hace pocos años.¹¹ Incluso es posible advertir resabios inquisitivos muy importantes también en el juicio oral, en que el papel del ministerio público se encuentra claramente opacado por el tribunal del juicio, quien incorpora la

⁸ ROXIN (C.), cit., p. 40. La distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener un carácter teórico o histórico, y ambas no siempre coinciden. FERRAJOLI entiende que sí forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; no así, en cambio, la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al poder ejecutivo, la exclusión de la motivación del veredicto en los juicios por jurados, etc. Por su lado, son características del sistema inquisitivo la iniciativa e indagación del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre acusación y defensa, y el carácter escrito y secreto de la instrucción; no son, por el contrario, lógicamente esenciales al modelo teórico, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal, el carácter público del órgano acusador, la pluralidad de grados de la jurisdicción y la obligación del juez de motivar sus decisiones (vid. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 563.) Una posición semejante es sustentada por ARMENTA-DEU (T.), *Principio acusatorio y derecho penal*, cit., passim.

⁹ MAIER, “El ministerio público...”, cit., p. 32.

¹⁰ Aun hoy mantienen este sistema España (Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 259, 286, 303, 306-308), Francia (Code de Procédure Pénal, arts. 79 y ss., 86) y Argentina (CPP Nación 195, I).

¹¹ Así, por ejemplo, Alemania, que eliminó la figura del *Untersuchungsrichter* con la 1ª Ley de reforma del proceso penal (1.StVRG) de 9.12.1974; Italia, que modificó su legislación procesal penal el 24.10.1989, o Portugal, que lo hizo en 1987.

prueba, interroga a testigos y peritos, concede o quita la palabra, ejecuta sus decisiones, entre otras atribuciones.¹²

Asimismo, el ministerio público no fue concebido —en su origen— como una parte que se enfrenta en igualdad de condiciones a otra (modelo anglosajón), sino como custodio de la ley o guardián de la observancia de la legalidad. En otras palabras, su función consistía en velar tanto por la obtención del material probatorio de cargo como, a favor del imputado, el de descargo y porque ninguno de sus derechos fuera afectado en el proceso penal. Esta configuración del ministerio público como órgano objetivo e imparcial implicaba asemejar su tarea a la de los jueces, orientando su actividad a la de un colaborador en la averiguación de la verdad y aplicación del derecho penal material.¹³

Finalmente, el ministerio público debía controlar a la policía, para que sus procedimientos fueran conformes a las reglas del Estado de Derecho. La atribución de esta función tuvo su origen en la necesidad de remediar los excesos de la policía en la fase preliminar de una investigación, considerándose que allí subyacía “el peligro cercano de una lesión jurídica, y la experiencia enseña cómo, no raramente, los agentes de policía de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de la persona afectada”.¹⁴

La reforma del procedimiento penal de la primera mitad del siglo XIX implicó oralidad, publicidad y participación ciudadana en la administración de justicia penal¹⁵ así como la génesis y

¹² Veáanse, por ejemplo, arts. 238 y 244 de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

¹³ ROXIN, cit., pp. 40-41. Se suelen invocar, como testimonio de este rasgo de origen, las palabras del ministro de justicia prusiano, Von Mühlner, quien describió la función del ministerio público como “custodio de las leyes” (*Wächter der Gesetze*), esto es, perseguidor de los infractores de la ley pero también protector de los oprimidos. El 23 de marzo de 1846, los ministros de justicia prusianos Von Savigny y Uhden acuñaron en un dictamen o promemoria las características principales del ministerio público: únicamente guiado por la ley y la verdad, con la obligación de descubrir la verdad objetiva, incluso a favor del imputado, de recurrir decisiones en su favor, ejercer el control de legalidad de las acciones policíacas y ser intermediario entre policía y tribunales, etc. (MAIER, cit., p. 30 nota 25; también GÖRGEN, *Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei*, 1973, pp. 48 y ss.).

¹⁴ VON SAVIGNY, en el famoso dictamen de 1846, citado por ROXIN, cit., p. 42.

¹⁵ ROXIN, cit., p. 39.

propagación de la institución del ministerio público en toda Europa continental a través de la influencia de la codificación francesa. En Alemania, ella se produce a través de la recepción de la legislación napoleónica en los países del Rin (Rheinland, 1810), y luego en los demás territorios alemanes, aunque no sin superar serios obstáculos.¹⁶ El nuevo Reino de Italia adopta instituciones político-administrativas de inequívoca raigambre francesa, entre ellas el ministerio público, que fuera introducido al ordenamiento jurídico italiano por el Real Decreto de 6 de diciembre de 1865.¹⁷⁻¹⁸ En España, el acta de nacimiento del ministerio fiscal se remonta al escasamente liberal Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, principal texto normativo en materia procesal hasta la obra codificadora de la Restauración.¹⁹

Dos rasgos presentes en la constitución del ministerio público europeo continental son, primero, su organización unitaria y jerarquizada, cuyos miembros son intercambiables y actúan siguiendo las instrucciones de sus superiores jerárquicos; segundo, su dependencia del Poder Ejecutivo. Resulta ciertamente desconcertante la circunstancia que se le haya atribuido originariamente la función de guardián de la legalidad y, al mismo tiempo, se le haya ubicado institucionalmente dentro del Poder Ejecutivo. Pareciera evidente que la misión de ser custodio de las leyes requiere de independencia del gobierno y no sujeción a jerarquías ni a instrucciones externas o internas.²⁰ La explicación a esta si-

¹⁶ Sobre el particular, vid. GÖSSEL (K.H.), "Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía", en *Doctrina Penal* N° 16, 1981, pp. 622 y ss.

¹⁷ Su artículo 129 establecía: "El ministerio público es el representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial y está colocado bajo la dirección del Ministro de Justicia".

¹⁸ Una perspectiva comparada de cómo se extendió el modelo napoleónico del ministerio público puede encontrarse en CONSO (G.), (ed.) *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bolonia, 1979; GUARNIERI (C.), *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984; PRIETO CASTRO (L.), "El ministerio fiscal en Europa", en *Temas de derecho actual y su práctica*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1979, pp. 357 y ss.; GÖSSEL (K.H.), "Reflexiones...", cit., pp. 621 y ss.

¹⁹ TOMAS Y VALIENTE (F.), *Manual de historia de derecho español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 558 y ss.

²⁰ Como puso de relieve CARRARA, si el ministerio público "estuviere encadenado al Poder Ejecutivo, será una mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el querer de

tuación es de carácter histórico: las reformas napoleónicas y el liberalismo moderado del siglo XIX intentaron conciliar una investigación criminal predominantemente inquisitiva, a cargo del juez de instrucción, con la secular desconfianza hacia los jueces y su independencia.²¹ No existiendo muchas opciones, el ministerio público debía constituirse en discreto vigilante de la corrección de las actuaciones judiciales y su legitimidad provendría, en este contexto, del Gobierno investido por el Parlamento representativo.²² Sin embargo, como tendremos la oportunidad de comprobar,²³ estas características del ministerio público se han mantenido a lo largo de su historia, suscitando no menos de alguna perplejidad. Así, Perfecto Andrés IBÁÑEZ la ha designado institución “problemática”, “un aparato de difícil caracterización, sometido a inevitable tensión entre sus fines constitucionales y su configuración orgánica, que responden, aquéllos y ésta, a paradigmas teórico-políticos y organizativos diversos e incluso contradictorios”.²⁴ Y porque no ha alcanzado su plena madurez, MAIER lo caracteriza como un “adolescente”.²⁵

No podemos terminar esta reseña histórica comparada sin hacer mención a la situación en los sistemas jurídicos del *common law*, en que la evolución de la persecución penal de los delitos tuvo contornos claramente diferenciados al existente en los países pertenecientes a la tradición románica continental. En particular, conviene destacar desde ya que, en ellos, una facultad tan relevante como la de hacer actuar la potestad punitiva del Estado no corresponde a una institución unitaria que actúa según criterios uniformes sino a una constelación de órganos descentralizados cuya dependencia del Poder Ejecutivo es sólo tenue y formal. Esta característica de los sistemas penales anglo-

éste por encima de la voluntad de la ley (*Programa de derecho criminal*, traducción de J. ORTEGA y J. GUERRERO, Parte General, vol. II, Temis, Bogotá, 1957, p. 303).

²¹ Sobre la desconfianza del constitucionalismo europeo-continental hacia los jueces, vid. DIEZ-PICAZO (L.M.), “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 34, 1992.

²² DIEZ-PICAZO (L.M.), *El poder de acusar...*, cit., p. 120.

²³ Vid. infra, III.A.2.3.2.2.

²⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ (P.), “El Ministerio fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso”, en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época, Conosur, Santiago, 1993, p. 49.

²⁵ MAIER (J.), “El Ministerio público, ¿un adolescente?”, cit., passim.

sajones responde a una determinada concepción de la relación entre el Estado y los individuos que reside en una fuerte desconfianza de la comunidad respecto del poder ejercido por los funcionarios y los peligros que representa su concentración para las libertades individuales.²⁶

En Inglaterra y Gales, la modernización jurídico-política bajomedieval no conllevó la supresión del viejo modelo procesal acusatorio. En efecto, en tanto no se produjo la recepción del *ius commune* de origen románico-canónico tampoco llegó a adoptar el proceso penal de la inquisición. Por otro lado, la centralización del poder político no afectó el ejercicio de la acción penal que siempre correspondió a todos los ciudadanos en nombre de la Corona y ha sido tarea principal de los órganos de ámbito local que tienen a su cargo la salvaguardia del orden público: primero, los jueces de paz y, más tarde, la policía.²⁷ En consecuencia, ha sido concebida esencialmente como una función pública descentralizada. Sólo a fines del siglo XIX es posible encontrar la figura del acusador estatal, aunque ella no representara ninguna alteración significativa en el sistema de enjuiciamiento criminal inglés. En efecto, en 1879 se dicta una ley (*Prosecution of Offences Act*) que crea la Oficina del Director de las Persecuciones Públicas (*Director of Public Prosecutions*). Ella es producto del movimiento decimonónico de carácter utilitarista conocido como *law*

²⁶ En este sentido es representativa la existencia del jurado en estos sistemas, cuya justificación fue definida por la Corte Suprema norteamericana en el caso "Duncan v/s Louisiana" de la siguiente manera: "...Los que escribieron nuestras constituciones (federal y estatales) sabían por la historia y la experiencia que era necesario crear una protección respecto de las acusaciones criminales infundadas destinadas a eliminar a los enemigos y respecto de los jueces que fueran demasiado sensibles a la voz de la autoridad superior. Los redactores de las constituciones buscaron crear un poder judicial independiente pero insistieron en una protección ulterior respecto de la acción arbitraria. Otorgar al acusado el derecho a ser juzgado por un jurado de sus pares le daba una salvaguardia inestimable respecto del fiscal corrupto o excesivamente severo y respecto del juez sumiso, prejuicioso o excéntrico..." (391 U.S. 145 (1968) en ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE, *Criminal Procedure and the Constitution* (Leading Supreme Court cases and introductory text), West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994, pp. 44 y ss.).

²⁷ DIEZ-PICAZO, cit., pp. 35 y ss.; HENDLER (E.), (Dir.), *Sistemas procesales penales comparados* (Los sistemas nacionales europeos. Temas procesales comparados), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 269 y ss.; WALKER (R.J.), *The english legal system*, 6ª ed., Butterworths, London, pp. 441 y ss.; CARDENAS (J.), "La víctima en el proceso penal", en Nueva DP, 1999, Buenos Aires, pp. 721 y ss.

reform, cuyo objetivo era la racionalización y sistematización del derecho inglés y planteaba, entre otras propuestas, la creación de un genuino ministerio público. Sin embargo, el Director de Persecuciones Públicas tuvo en su origen sólo funciones consultivas. Desde 1908 se encuentra provisto, además, de atribuciones procesales como, por ejemplo, ejercer la función de acusar en cualquier proceso penal en curso. Asimismo, algunas leyes establecen que ciertos delitos sólo pueden ser perseguidos con su previo consentimiento y que otros (asesinato, homicidio, violación, etc.) deben serle comunicados antes de proceder al ejercicio de la acción penal.²⁸

El origen del *Crown Prosecution Service*, en 1985, está vinculado a un informe publicado en 1970 por la sección británica de la Comisión Internacional de Juristas, bajo el título *The Prosecution Process in England and Wales*.²⁹ En él se denunciaban importantes deficiencias del sistema de enjuiciamiento criminal inglés: la reunión de las funciones de investigación y acusación en un mismo órgano, la policía, con la consiguiente falta de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la acción penal;³⁰ la imposibilidad de lograr un estándar mínimo de uniformidad en la persecución penal de los delitos a nivel nacional; la insuficiente profesionalidad en el ejercicio de la acción penal al punto que los propios jueces inducían al jurado a dictar un veredicto absolutorio, etc. Este informe proponía la creación de un ministerio público para superar estos problemas. Como consecuencia de este lapidario informe, el Gobierno Callaghan instituyó en 1977 la *Royal Commission on Criminal Procedure* –conocida por el nombre de su presidente, como *Philips Commission*–, con el fin de examinar el estado de la justicia penal y efectuar propuestas de reforma. Esta Comisión presentó su informe en 1981 proponiendo, entre otras, la creación de un ministerio público a cargo de la acusación. El Gobierno Thatcher publicó, en 1983, un documento de trabajo titulado “*An independant Prosecution Service for England and Wales*”, en el que se planteaba favorable a una única estructura de ámbito nacional. Sin embargo, el Gobierno

²⁸ DIEZ-PICAZO, cit., p. 49.

²⁹ Publicado por Justice Educational and Research Trust, Londres, 1970.

³⁰ Vid. infra- II.2.1.

se opuso a la supresión de la facultad policial de ejercer la acción penal y, en consecuencia, a la absoluta separación entre investigación y acusación. El resultado fue la *Prosecution of Offences Act*, de 1985, que creó el *Crown Prosecution Service*.³¹

Por las especiales características de este servicio, muy diferente en sus funciones al ministerio público continental, haremos una breve reseña de su organización, atribuciones y relaciones con otros órganos vinculados a la persecución penal. El *Crown Prosecution Service* es una estructura jerárquica —en cuya cúspide se encuentra el *Director of Public Prosecutions*—, de ámbito nacional y que entró progresivamente en funciones a partir de 1986. En cada región en que se divide el Servicio existe un número variable de *Crown Prosecutors* que se encuentran bajo la dirección de un *Chief Crown Prosecutor*. La introducción de este órgano al sistema procesal penal inglés no ha significado, sin embargo, grandes variaciones respecto del sistema anterior. Sigue correspondiendo a la policía la investigación de los delitos y la decisión del ejercicio de la acción penal. Salvo intervención personal del *Director of Public Prosecutions*, el *Crown Prosecution Service* no puede iniciar de oficio el proceso penal. Sólo una vez iniciado el procedimiento por la policía el *Crown Prosecution Service* puede actuar, en general, como filtro de las decisiones policiales o para la dirección técnica de las causas. En efecto, puede instar a la policía a adquirir más y determinados elementos de prueba, asume la dirección técnica de la acusación, puede desistir la acción sin el consentimiento de la policía, etc.³²

En suma, es posible afirmar que el *Crown Prosecution Service* no corresponde a la idea continental europea de ministerio público. El ejercicio de la acción penal corresponde, con un notable grado de discrecionalidad, a la policía. Evidentemente, la creación de esta institución ha significado un mayor control sobre la policía pero sólo como filtro y apoyo técnico. En el sistema inglés, el control judicial sobre la decisión de acusar es muy

³¹ ZANDER (M.), *A matter of justice (The legal system in ferment)*, Tauris, London, 1988, pp. 171 y ss.; HETHERINGTON (T.), *Prosecution and the public interest*, Waterlow, London, 1989.

³² DELMAS-MARTY, (Dir.) *Procesos penales en Europa* (Alemania, Inglaterra y Gales, Bélgica, Francia, Italia) (trad. Pablo Morenilla Allard), Edijus, Zaragoza, 2000, pp. 147 y ss.

restringido. El juez sólo interviene cuando existe la decisión de no perseguir toda una clase de delitos y en los casos de ejercicio abiertamente arbitrario de la acción penal en un caso concreto. En cuanto al control político de la policía, éste es prácticamente inexistente: el Ministerio del Interior puede forzar el cese de los jefes de policía pero carece de la facultad de dirección sobre la misma o de impartir instrucciones vinculantes. La coordinación entre las diferentes oficinas policiales se produce de modo informal (reuniones de trabajo, circulación de la información, etc.) y su estabilidad descansa, más bien, sobre el profesionalismo y la homogeneidad cultural y formativa de los funcionarios policiales. En consecuencia, la responsabilidad política del Ministerio del Interior por las decisiones policiales es más bien de tipo informativa, es decir, está obligado a rendir cuenta de las mismas sin que de ello se deriven necesariamente sanciones políticas.³³

En Estados Unidos, junto con los fiscales federales existe un ministerio público por cada uno de los 50 estados que conforman la confederación.³⁴ En ambos niveles, el ejercicio de la acción penal presenta ciertos rasgos homogéneos como, por ejemplo, la concepción de que la misma no debe quedar en manos de particulares, lo que podría llevar a utilizarla para fines odiosos como la venganza, la delación o el abuso, y que los delitos son “acciones en contra del Estado” y no simplemente contra víctimas individuales.³⁵ Por eso mismo, la persecución penal

³³ DIEZ-PICAZO, cit., p. 57.

³⁴ A nivel federal, existe un fiscal federal (Attorney General of the US) y 94 fiscales estatales (US Attorneys), uno por cada distrito federal judicial, y son nombrados por el Presidente. A nivel estatal, el órgano básico de acusación pública es el “*district attorney*”, que suele ser de naturaleza local y electiva, es políticamente responsable ante sus electores y no está subordinado a ninguna otra autoridad. Sólo en 5 estados, los fiscales locales son nombrados por alguna autoridad política (vid. ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE, *Criminal procedure and the constitution*, cit., pp. 21-24).

³⁵ Se desechó, en consecuencia, la regla de la acción popular del sistema inglés, en virtud de la cual la persecución penal de los delitos es atribución de cualquier persona. Actualmente, sólo quedan vestigios de la acción popular “pero más en los textos que en la práctica”; la jurisprudencia de algunos estados ha rechazado todo tipo de intervención privada en el proceso penal y, en otros, la ha admitido pero con funciones sólo coadyuvantes, con consentimiento del acusador público y del tribunal ((E) *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, cit., pp. 160-161. También, ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE, *Criminal procedure and the constitution*, cit., p. 21).

en EE.UU. representó, aun antes de la Independencia, una función pública vinculada al poder político, fundamentalmente al Poder Ejecutivo y, en consecuencia, sujeta a su mismo régimen jurídico.

De aquí surgen dos principios que aún rigen la acusación penal en EE.UU.: el monopolio estatal de la acción penal y la discrecionalidad en su ejercicio. Este último principio, de origen consuetudinario inglés, fue afirmado en la sentencia *Commonwealth v. Wheeler* de 1806, en que la Corte Suprema de Massachusetts declaró que no es jurídicamente posible ordenar al fiscal que ejerza la acción penal aun en presencia de un hecho constitutivo de delito.³⁶ Las facultades discrecionales del ministerio público en este modelo son de tal entidad que es él, en la práctica, quien domina el procedimiento. En efecto, queda a su libre arbitrio la decisión de ejercer o no la acción penal y, en caso afirmativo, qué cargos imputar al acusado pudiendo negociarlos, una vez formulados, a cambio de una declaración de culpabilidad (*plea bargaining*). Incluso puede conferir inmunidad como forma de compensación a la colaboración en la investigación.³⁷ Se trata, pues, de la más amplia discrecionalidad que abarca desde consideraciones técnicas hasta políticas,³⁸ y que no se halla sujeta a control alguno.³⁹ Esta arraigada tradición no ha

³⁶ *Commonwealth v. Wheeler*, 2 Mass., 172 (1806).

³⁷ GOLDSTEIN (A.), "La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos", en *Lecciones y Ensayos* N° 49, Buenos Aires, 1988, p. 14; REMINGTON (F.), "The decision to charge, the decision to convict" en Ohlin/Remington (ed.) *Discretion in criminal justice* (The tension between individualization and uniformity), Nueva York, 1993, pp. 73 y ss.

³⁸ DIEZ-PICAZO, cit., p. 63.

³⁹ Esta afirmación sólo es válida respecto del control negativo, esto es, cuando el fiscal decide no ejercer la acción penal. Como señala GUARIGLIA, su decisión de no acusar es irrecurrible; el intento de una víctima de instar al ministerio público a ejercer la acción mediante el *writ of mandamus* fue rechazado por la Corte Suprema, quien sostuvo que la decisión de acusar pertenece únicamente al fiscal ("Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad" en ROXIN y otros, *El ministerio público en el proceso penal*, cit., p. 90 y nota 20). Sin embargo, hay que advertir que sí existe un control de admisibilidad de la acusación, cuando el fiscal decide formularla, para evitar su utilización abusiva o intimidatoria, este trámite tiene lugar en la vista preliminar que normalmente se desarrolla ante el mismo juez que presidirá el juicio y su finalidad principal es comprobar que hay elementos suficientes para proceder y que la prueba de cargo ha sido obtenida legalmente (DIEZ-PICAZO, cit., pp. 79-80).

impedido que crecientemente se planteen objeciones a la excesiva discrecionalidad ejercida por los fiscales⁴⁰ y, por consiguiente, a su expresión más significativa, la negociación, práctica que se sigue justificando fundamentalmente en razones de utilidad. No obstante, se ha cuestionado, incluso empíricamente, su aptitud para contener el creciente congestionamiento de los tribunales⁴¹ y se le objeta, más de fondo, que ella es “lo opuesto al contradictorio, que es propio del método acusatorio; y evoca sobre todo las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en la relación desigual que caracteriza la inquisición”.⁴²

Junto a las reseñadas, otras características relevantes del ministerio público norteamericano son las siguientes:

- Carece de un estatuto funcional, esto es, no existen las garantías de estabilidad en el empleo propias de la burocracia estatal. En efecto, en el nivel superior, se trata de un cargo político; en el inferior, de un empleo temporal para un abogado, esto es, un buen inicio para adquirir experiencia profesional y luego dedicarse a la profesión o “saltar” a la vida política. Un modelo no burocrático y descentralizado de ministerio público pareciera el único compatible con un modelo de proceso penal centrado pragmáticamente en la resolución de conflictos, a diferencia del modelo de proceso como medio de actuación de opciones políticas cuya función es la aplicación de una legalidad preexistente y, por tanto, la configuración de la realidad social al proyecto político del legislador.⁴³
- Se inspira en la idea de legitimación democrática y responsabilidad política manifestada en la designación de los fisca-

⁴⁰ REMINGTON (F.), “The decision to charge...”, cit., p. 77.

⁴¹ GUARIGLIA, cit., p. 91, nota 22.

⁴² FERRAJOLI (L.), “Patteggiamenti e crisi della giurisdizione” en *Questione Giustizia* N° 2, 1989, p. 377. Consultar, además, desde una perspectiva crítica, SCHÜNEMANN (B.), “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV N° 8 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998; LYNCH (G.), “Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos” en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

⁴³ Esta distinción de modelos de proceso proviene de DAMASKA (M.), *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (Análisis comparado del proceso legal), trad. Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

les, ya sea a través de la elección popular o el nombramiento por el Poder Ejecutivo, que también es electivo.

- En general, los fiscales gozan de amplia autonomía funcional, excepto en la esfera federal y en aquellos ámbitos en que existe una política criminal de alcance nacional.

1.2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE REFORMA EN LATINOAMÉRICA

El conjunto del continente latinoamericano inició, a partir de la década de 1980, un proceso de transformación de sus sistemas de justicia penal que resulta equivalente al experimentado en el continente europeo durante el siglo XIX.⁴⁴ Se trataba no sólo de poner al día la legislación procesal penal a los postulados político-filosóficos del Iluminismo, pendiente casi dos siglos, sino adecuarla al propio ordenamiento constitucional de estos países, generalmente más avanzados en materia de garantías procesales que la ley común.⁴⁵

El sistema de justicia penal latinoamericano que persistió hasta fines del s. XX, y se mantiene aún en algunos casos, fue el heredado de la conquista y colonización española y portuguesa produciendo el desalojo de todo vestigio del sistema judicial practicado por las comunidades indígenas organizadas en el nuevo continente.⁴⁶ Las características del sistema implantado son las del modelo inquisitivo, que se impone en las colonias a tra-

⁴⁴ Sobre los aspectos políticos, culturales y sociales de la crisis del sistema inquisitivo en Latinoamérica y las razones del movimiento reformista, vid. BINDER (A.), "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en MAIER y otros, *Reformas procesales en América Latina* (La oralidad en los procesos), CPU, 1993, pp. 67 y ss.

⁴⁵ Este fenómeno se explicaría por la importancia y gran influencia que ejerció la Revolución Francesa y el ideario ilustrado, y particularmente la independencia de las colonias inglesas del norte de América cuyas constituciones ofrecieron el soporte ideológico y jurídico-político para la constitución de los nuevos Estados nacionales; sin embargo, estos nuevos principios no afectaron la configuración de la organización judicial ni de los procedimientos.

⁴⁶ Sobre el particular, vid. ORDÓÑEZ (J.), *Justicia y pueblos indígenas*, Cideca, Guatemala, 1997; DARY (C.), *El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya: una perspectiva histórico-cultural*, Flacso, Guatemala, 1997; AA.VV., "Justicia penal y comunidades indígenas", *Revista Pena y Estado* N° 4, 1999.

vés, principalmente, de las Siete Partidas y las normas de Nueva y Novísima Recopilación.⁴⁷ Así, *Las Partidas*, código de leyes del siglo XIII debido a Alfonso X el Sabio, constituye la legislación a través de la cual se produce en España la recepción del derecho romano-canónico y la introducción de la Inquisición. Este cuerpo legal continuó rigiendo como derecho común no sólo durante la colonización sino, con algunas excepciones, también durante la etapa posterior a la independencia de las repúblicas americanas. En el caso chileno, siguió rigiendo incluso a través del Código de Procedimiento Penal de 1906, aun cuando ya había sido transformado en clave liberal el proceso penal español a través de las Leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 1882, que introdujeron a la península al movimiento reformista del siglo XIX.

Luego de algunos intentos liberales de reforma en el siglo XIX, todos fracasados institucionalmente, comienza a producirse en el siglo XX el movimiento jurídico-político que produciría la transformación de los sistemas de enjuiciamiento criminal en casi todos los países de la región. Un giro fundamental se produce con la dictación del Código de Procedimiento Penal para la Provincia de Córdoba, vigente desde 1940, de notable influencia académica,⁴⁸ cuyo prestigio lo hizo erigirse en modelo para los demás países del área. Luego, el ideario del Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica, formulado durante las Jornadas de Río de Janeiro de 1988 del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁴⁹ y que recoge el desarrollo liberal habido en los procedimientos penales comparados del siglo XX, preside gran parte de las reformas latinoamericanas que se inician a partir de ese momento. Así, por ejemplo, los

⁴⁷ Vid. MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, 1b Fundamentos, cit., pp. 300 y ss. PALMA (E.), "La crítica liberal a la judicatura del crimen: España 1810-1812" en *Anuario Iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, Santiago, 2001, pp. 99 y ss.

⁴⁸ Participaron en su redacción Sebastián SOLER y Alfredo VELEZ MARICONDE, profesores de Derecho Penal y Procesal Penal. Sus fuentes extranjeras fueron los Códigos Procesales italianos de 1913 y 1930, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 y la Ordenanza Procesal Penal alemana.

⁴⁹ Presentado por los Profesores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. J. Maier. Respecto de la génesis del Código Modelo, vid. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (ed.) *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Buenos Aires, 1989.

Códigos de Guatemala (1992), Costa Rica (1996), República del Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguay (1998), Bolivia (1999), entre otros.

En estas legislaciones la investigación preliminar se transfiere al ministerio público, cuya actividad es controlada por un juez de instrucción o de garantía; además, se introduce el juicio oral y público como eje central del procedimiento. En algunos países está prevista la participación de jurados en juicios.⁵⁰ La organización y estructura del Poder Judicial y del ministerio público se regulan en leyes especiales. En numerosos países latinoamericanos,⁵¹ se ha establecido –por la Constitución o la ley– el estatus de órgano del Estado para el ministerio público, que es independiente y posee autonomía funcional y financiera. En Bolivia, el ministerio público es dependiente del Poder Ejecutivo; lo mismo en Uruguay, aunque asignado al Ministerio de Educación y Cultura. En el caso de Costa Rica, Colombia, México y Paraguay, el ministerio público depende administrativamente del Poder Judicial, aunque gozan normativamente de independencia funcional. En cuanto a su estructura interna, las fiscalías latinoamericanas están organizadas jerárquicamente y encabezadas por un fiscal general o nacional.⁵²

2. ESTABLECIMIENTO Y REGULACION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

2.1. INTRODUCCIÓN

El ministerio público fue creado e introducido a la Constitución Política de la República por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997. Se añade a la misma el Capítulo VI-A⁵³ y se regulan, en los artículos 80A a 80I, las bases

⁵⁰ Así, Bolivia, El Salvador y Venezuela.

⁵¹ Argentina, Brasil, Guatemala, Honduras y Venezuela.

⁵² Para un cuadro comparativo de la situación particular en cada uno de los países, vid. MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (eds.) *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁵³ Originalmente, el Ejecutivo era partidario de reemplazar la denominación del Capítulo VI, "Poder Judicial" por la de "Poder Judicial y Ministerio Público", regulándolos en epígrafes distintos. Sin embargo, el Senado, con el fin de desta-

organizativas y funcionales de este nuevo sujeto del proceso penal. Por su parte, la Ley N^o 19.640, Orgánica Constitucional del ministerio público (LOCMP), publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999 desarrolla, en forma extensa y bastante reglamentaria, dichas bases.

Existen diferencias sustanciales con la institución del ministerio público creado por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, y parcialmente desmantelado por el DFL N^o 426, de 1927, que declaró vacantes los cargos de promotores fiscales que intervenían en la primera instancia en los procesos penales. En efecto, en el antiguo sistema el ministerio público era concebido como un funcionario “cuasi-judicial”, con un rol secundario, burocrático, de mera colaboración con el juez. Su función acusadora era meramente formal pues constituía un trámite realizado sobre la base de la actuación previa del juez, verdadero protagonista de la instrucción. Este órgano, al igual que en el resto de Latinoamérica, era sólo “la quinta rueda del carro”⁵⁴ y por ello fueron declarados “no indispensables” y suprimidos en primera instancia en nuestro país, decisión que hoy nos parece razonable y menos hipócrita a la luz de la evolución habida en la región.⁵⁵ A partir de 1927, en consecuencia, el sistema de justicia penal chileno se asentó sobre bases decididamente pre-liberales, caracterizado esencialmente por la concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en las manos de un mismo juez: el juez del crimen.⁵⁶

car la autonomía del ministerio público respecto del Poder Judicial acordó agregar a continuación del Capítulo VI un capítulo VI-A con la denominación de “Ministerio público”.

⁵⁴ BINDER (A.), “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 215.

⁵⁵ En efecto, se señala que esta decisión ahorró recursos económicos al Estado y evitó la realización de trámites superfluos en el proceso penal. Por otro lado, dejó al descubierto el carácter abiertamente inquisitivo del sistema de enjuiciamiento criminal chileno, lo que logró disimularse en otros países con la existencia formal del ministerio público. Sobre las ventajas de esta situación en Chile, vid. DUCE (M.), “El ministerio público en la reforma procesal penal” en CAROCCA y otros, *Nuevo proceso penal*, Conosur, 2000, pp. 388 y ss.

⁵⁶ Sobre la ortodoxia inquisitiva y el funcionamiento práctico del proceso penal chileno aun vigente, vid. RIEGO (C.), “Aproximación a una evaluación del

El modelo constitucional implicó recoger –como en todos aquellos países que iniciaron análogos procesos de reforma– el ideario del Iluminismo, pendiente desde el advenimiento de la Restauración y del proceso de codificación napoleónica, y conferir al ministerio público el lugar que le correspondía en la administración de justicia penal. En efecto, como muestra el desarrollo habido en Europa continental, y transferido a Latinoamérica durante la Colonia, el proceso inquisitivo del derecho común fue expresión de una teoría del Estado que concedía al soberano *legibus absolutus* todo el poder estatal: las deficiencias del primero fueron consecuencia de la concepción vigente entonces sobre el ejercicio del poder estatal y su organización.⁵⁷ La doctrina de la separación de poderes que fue de la mano con una nueva teoría del Estado no tuvo, sin embargo, consecuencias inmediatas en la estructura del proceso penal a pesar de su innegable dimensión de ejercicio de poder estatal.⁵⁸ Como examinamos en otro lugar, el ministerio público nace con escaso poder dentro del procedimiento pues figura central de la investigación preparatoria es el juez de instrucción; e incluso en el juicio tiene, en muchos casos, un protagonismo menguado.⁵⁹ El ministerio público en su moderna función de persecución penal en los delitos de llamada “acción penal pública” es un desarrollo contemporáneo. Constituye consecuencia directa de la idea básica de la teoría de la división de poderes: significa la es-

proceso penal chileno” en MAIER y otros, *Reformas procesales en América Latina: la oralidad de los procesos*, CPU, Santiago, 1993, pp. 261 y ss. Del mismo autor, “La reforma procesal penal chilena”, en DUCE y otros, *La reforma de la justicia penal, Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 38, UDP, 1998, pp. 15 y ss.

⁵⁷ GÖSSEL (K.H.), “Reflexiones...”, cit., pp. 623 y ss.

⁵⁸ Ya Montesquieu se refería a esta clara vinculación en su “Espíritu de las Leyes”: “No existe tampoco libertad cuando la competencia judicial no está separada de la legislativa y la ejecutiva. El poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería ilimitado si la competencia judicial estuviera acoplada a la competencia legislativa, pues el juez sería el legislador. El juez tendría el poder coactivo de un opresor, si aquél estuviera acoplado con el poder ejecutivo. Todo estaría perdido si un solo hombre o una misma corporación, de los poderosos o de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes en forma absoluta: promulgar leyes, convertir decisiones en hechos, juzgar crímenes y casos litigiosos privados” (en GÖSSEL, cit., p. 627 nota 38). Vid. también FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 587 y ss.

⁵⁹ MAIER (J.), “El ministerio público: ¿un adolescente?”, cit., pp. 29 y ss.

cisión del procedimiento en diversas fases bajo el dominio de órganos distintos que ejercen funciones distintas y se controlan y limitan mutuamente. Por ello, la reforma procesal penal chilena implica la recepción del único modelo de administración de justicia penal compatible con un Estado de Derecho.⁶⁰

La reforma constitucional que introduce el ministerio público al ordenamiento jurídico chileno implicó cambiar por completo la estructura del proceso penal, llevando a cabo el cambio “más trascendental” en el ámbito procesal penal “desde el establecimiento del Código de Procedimiento Penal en 1906”.⁶¹ En lo esencial significó la separación estricta entre las funciones de investigación y juzgamiento, por una parte, y la de acusación y juzgamiento, por la otra, y su atribución a diferentes órganos; y dentro de la instrucción, la separación entre la función de investigar y la de controlar la legalidad de las actuaciones de la investigación, especialmente cuando ellas comprometieren derechos fundamentales. Como la investigación de los delitos era considerada, hasta antes de la reforma, una función jurisdiccional (comprendida por la facultad de “conocer” de las causas criminales del artículo 73 de la Constitución), se estimó necesario incluir una disposición al respecto. El párrafo primero del artículo 80 A de la Constitución señala que “en caso alguno (el ministerio público) podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.⁶²

Como señalamos en un principio, la Constitución sienta las bases de la organización y el funcionamiento del ministerio público. Las bases organizacionales dicen relación con la configuración del ministerio público como una institución autónoma y jerarquizada. Estas definiciones comprenden dos cuestiones harto debatidas en la doctrina: por un lado, la problemática de su ubicación institucional dentro de la organización general del Estado y sus relaciones con los demás poderes públicos y, por el otro lado, la organización interna del mismo y sus principios.

⁶⁰ Sobre la noción y contenido básico del concepto de Estado de Derecho y el principio de separación de poderes, vid. ROBBERS (G.), “El Estado de Derecho y sus bases éticas”, en THESING (comp.) *Estado de Derecho y democracia*, K.A. Stiftung, Ciedla, 1997, pp. 29 y ss.

⁶¹ VERDUGO/PFEFFER, *Derecho constitucional*. Tomo II (2ª versión actualizada), Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 259.

⁶² Esta fue, por lo demás, una razón determinante de la reforma constitucional (vid. VERDUGO/PFEFFER, cit., p. 259).

Las bases funcionales, por su parte, dicen relación con las ideas rectoras que orientan la actividad del ministerio público, las que son desarrolladas latamente en la LOCMP.

2.2. BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.2.1. *Ubicación institucional del ministerio público y relaciones con los demás poderes del Estado (control y responsabilidad)*

El artículo 80 A de la Constitución y el artículo 1º LOCMP consagran la autonomía del ministerio público respecto de los demás Poderes del Estado (concepción del M.P. como órgano “extrapoder”). Esta fue la opción escogida para nuestro país después de desechar las alternativas que ofrece el derecho comparado, que lo insertan fundamentalmente dentro del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. En el ámbito latinoamericano, el modelo de independencia institucional ha sido seguido por diversos países de la región (Bolivia, Guatemala, Perú, Venezuela, entre otros), en el que también cabría incluir, con reservas, la opción de autonomía funcional dentro del Poder Judicial (Colombia, Paraguay).⁶³

La cuestión de la posición institucional del ministerio público no es nada irrelevante y ha producido intensos y acalorados debates que se renuevan de tiempo en tiempo.⁶⁴ Esta temática está estrechamente vinculada a otras que constituyen presupuesto de la misma o la implican, como son: las funciones del ministerio público en la investigación preparatoria y sus relaciones con

⁶³ Esta fue la propuesta original del Ejecutivo chileno. En general, este planteamiento significa autonomía presupuestaria y reglamentaria (cfr. DUCE, cit., p. 393); sin embargo, no supera las críticas del modelo de dependencia institucional al Poder Judicial (vid. infra, 2.1.1.)

⁶⁴ Consultar, en general, ANDRÉS IBÁÑEZ (P.), “El ministerio fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso”, cit., passim; RUSCONI (M.), “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público”, en ROXIN y otros, *El ministerio público en el proceso penal*, cit., passim; BOVINO (A.), “El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998, Buenos Aires; GÖSSEL (K.H.), “Reflexiones...”, cit., pp. 633 y ss.

el órgano jurisdiccional; su posición o no de parte en el proceso y, en consecuencia, el carácter más o menos acusatorio del sistema adoptado; y, en fin, el sistema de relaciones con los demás poderes públicos, de control y responsabilidades. Abordaremos todos estos temas no sin antes pasar revista brevemente a los diversos modelos de ubicación institucional del ministerio público dentro de la organización del poder a fin de verificar sus ventajas y desventajas y la situación del modelo elegido para Chile.

2.2.1.1. Dependencia institucional del Poder Judicial

Este modelo se plantea en aquellos casos en que el ministerio público es concebido más bien como un órgano colaborador de la jurisdicción que debe ceñir sus actuaciones a los principios de legalidad, imparcialidad y objetividad, con pleno respeto a las garantías del debido proceso.⁶⁵ Con la opción por este modelo se trata de garantizar la máxima independencia funcional del ministerio público al mismo tiempo que condiciones favorables de imparcialidad, pero con sujeción estricta al control de los demás poderes del Estado.⁶⁶

El planteamiento anterior conduce indefectiblemente a una confusión entre las funciones que cumplen ambos órganos. Sin embargo, el principio político de separación de poderes y el principio acusatorio determinan una estricta división funcional entre fiscales y jueces. La dependencia del ministerio público al Poder Judicial haría inoficiosa la atribución de las funciones de investigar y juzgar en diferentes órganos; y ello no se subsana integrando el primero al segundo con "autonomía funcional".⁶⁷ Como expresa GÖSSEL, "la iniciativa para juzgar estaría nuevamente unida con la actividad de juzgamiento en una sola mano,

⁶⁵ Vid. al respecto, MORENO CATENA V. y otros, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989. También: AYA GONÍ y otros: "El ministerio fiscal", en *Revista de Derecho Judicial* Nº 8, 1961, pp. 122 y ss.

⁶⁶ RUSCONI, cit., pp. 63-64.

⁶⁷ Como han propuesto en España MONTERO AROCA/ ORTELLS RAMOS, a partir de la definición efectuada en el artículo 2º 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal español (*Derecho jurisdiccional*, I, Parte General, Bosch, Barcelona, 1987, p. 240). Téngase en cuenta, eso sí, que en España pervive el modelo francés del juez instructor.

como en el procedimiento inquisitivo de derecho común; un error imperdonable”.⁶⁸ En efecto, este modelo genera una suerte de identificación entre jueces y fiscales, vuelve tenue la línea divisoria entre sus funciones y relaja los controles recíprocos que conlleva el principio acusatorio. Por ello, ya BENTHAM insistía sobre la necesidad de separación de papeles y carreras entre los funcionarios que acusan y juzgan como condición de imparcialidad del juicio.⁶⁹ Aunque con las mismas garantías de independencia, la separación del órgano investigador del judicial resulta imperativa para evitar la formación de un espíritu de cuerpo común, que elimina el carácter adversarial o de discusión del proceso, y para promover el control mutuo.⁷⁰

Por otro lado, se objeta a este modelo la imposibilidad de formular una política de persecución penal transparente y permeable a criterios sociales.⁷¹ La tendencia a la identificación de funciones vuelve al ministerio público un organismo “cuasi-judicial”, con su misma estructura y limitaciones. En efecto, la inserción del ministerio público en el Poder Judicial suele producir una estructura con idénticas características, una organización “refleja”,⁷² que conspira contra la persecución eficiente de los delitos.⁷³

⁶⁸ “Reflexiones...”, cit., p. 634.

⁶⁹ Este autor insistía en esta condición para evitar ambiguas solidaridades, interferencias o confusiones, vid. BENTHAM (J.), *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, citado por FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., p. 583.

⁷⁰ FERRAJOLI cit., p. 583. BINDER (A.), “Comentario acerca del Proyecto de Ley sobre ministerio público” en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL N° 1, 1990-1993, p. 177.

⁷¹ RUSCONI, cit., p. 66.

⁷² BINDER (A.), “Funciones y disfunciones del ministerio público penal”, en *Ministerio público para una nueva justicia criminal*, Santiago, 1994, pp. 65 y ss.; por el contrario, Perfecto ANDRES IBÁÑEZ reclama, respecto del ministerio público, un modelo de organización equivalente al judicial. Funda su posición en que la actividad del M.P. en el proceso guarda, desde el punto de vista epistemológico, una relación de esencial homogeneidad con la del juez, esto es, de reconstrucción objetiva de la verdad de los hechos y de sujeción estricta a la legalidad y taxatividad de los tipos penales. Su posición guarda relación con su adscripción al modelo de ministerio público como custodio de la legalidad (“El ministerio fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso”, cit., pp. 114-115).

⁷³ Es conveniente precisar, por lo demás, que el concepto de “eficacia” tiene, respecto del órgano judicial, un mayor énfasis de deber de tutela de las garantías. Pues si bien el tribunal ha de estar comprometido en la solución del conflicto en un plazo razonable, esto es, sin dilaciones indebidas, ello no podrá ser a costa de

Esta aproximación ha sido particularmente válida para los sistemas de administración de justicia latinoamericanos, en los que aún es posible comprobar un alto costo temporal para la obtención de la respuesta jurisdiccional, un formalismo excesivo que pierde de vista la función puramente instrumental de ciertas tareas, una cierta incapacidad adiestrada del personal judicial que determina que modos de actuar y destrezas que fueron exitosos en un determinado contexto resulten inadecuados o insuficientes en circunstancias nuevas. En fin, se argumenta que la organización judicial se configura, en muchos casos, en un ámbito con múltiples centros de decisión e influencia, con una importante cuota de delegación de funciones, diluyéndose la responsabilidad por el ejercicio de las mismas.⁷⁴

Algunos estudios empíricos corroboran la existencia de estas deficiencias en la investigación judicial de los delitos en el procedimiento penal aun vigente en Chile. La escasa flexibilidad y dinamismo del órgano jurisdiccional, las relaciones extremadamente rígidas, mediatas y formales con el órgano policial, la carencia de adiestramiento en técnicas de investigación criminal, constituyen serios obstáculos para las urgentes demandas de la investigación preparatoria.⁷⁵

El modelo institucional que estamos examinando halló, además, en el debate jurídico chileno una importante objeción. La necesidad de producir un cambio cultural significativo en la forma de concebir el sistema de justicia penal exigía delimitar precisamente las funciones de los nuevos actores del sistema. El paso de una cultura arraigadamente inquisitiva a otra formalmente

las garantías del imputado, al punto que el CPP le confiere una importante función de cautela en caso de indefensión o afectación sustancial de los derechos del mismo (art. 10 CPP) (vid. FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 537 y ss.).

⁷⁴ CORREA SUTIL (J.), (ed.) *Situación y políticas judiciales en América Latina*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 2, Serie Publicaciones Especiales, Escuela de Derecho, UDP, 1993, passim y, especialmente, PEÑA (C.), "Informe sobre Chile", pp. 285 y ss.

⁷⁵ Para un enfoque de la situación chilena, vid. GONZALEZ/JIMENEZ/RIEGO, "La policía y el proceso penal: antecedentes empíricos", en DUCE, M. y otros, *La reforma de la justicia penal*, cit., pp. 265 y ss.; HORVITZ (M.I.), "Relaciones policía-ministerio público en el nuevo sistema procesal penal chileno. Desafíos y propuestas", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCVI N° 1, 1999, pp. 29 y ss.

acusatoria requería de una estricta separación entre el órgano investigador y el juzgador para evitar la confusión de funciones, el mantenimiento de rutinas inquisitivas y una recaída en el sistema que se trataba de superar. Por otro lado, la inexistente responsabilidad pública del Poder Judicial en las tareas de investigación criminal⁷⁶ hacía indispensable el deslinde institucional para reforzar la idea de control ciudadano y responsabilidad en el ejercicio de la persecución penal pública.

No obstante, y como examinaremos más adelante,⁷⁷ la importante intervención del Poder Judicial en los mecanismos de designación del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales y la atribución conferida a la Corte Suprema para decidir la remoción de los mismos ponen en tela de juicio la pretendida autonomía del ministerio público. Esto no quiere significar que el ministerio público deba encontrarse excluido del sistema de controles y responsabilidades que pesa sobre todo poder público; antes al contrario, éste es el único modo de contrapesar la ubicación institucional escogida para el ministerio público chileno que escapa a la clásica concepción tripartita de división de los poderes del Estado. Sin embargo, la preponderante influencia del Poder Judicial sobre el ministerio público en relación a otros poderes públicos puede determinar la consolidación de rasgos y prácticas análogas a las de aquél, con todas sus ventajas y desventajas.

2.2.1.2. Dependencia institucional del Poder Legislativo

El modelo institucional que subordina el ministerio público al Poder Legislativo se ha conservado más bien como un plantea-

⁷⁶ Evidentemente, la investigación entendida como una labor jurisdiccional hacía imposible hacer efectiva dicha responsabilidad; ni siquiera permitía revisar el fundamento o contenido de sus actuaciones y resoluciones (art. 73 inciso 1º CPE). Por otra parte, el Poder Judicial consideraba al conjunto de la actividad de persecución penal como una tarea propia, de la que quedaban excluidos los demás actores posibles y el conjunto de la comunidad. Como señala RIEGO, “esta visión, que es coherente con las características del sistema inquisitivo, no permite una discusión abierta acerca de la justicia criminal, tiende a reforzar el corporativismo y a percibir cualquier análisis crítico sobre el trabajo judicial como un ataque proveniente de personas ajenas al sistema que no se encuentran en posición de comprenderlo” (“La reforma procesal penal chilena” en *La reforma de la justicia penal*, cit., p. 37.

⁷⁷ Vid. infra, III.2.2.1.4.A.

miento teórico. El ministerio público es designado por el Parlamento y responde ante él mismo. Una ventaja de este modelo es su innegable legitimidad en un sistema democrático; por otro lado, puede desarrollar un programa de persecución penal permeable a los intereses ciudadanos en esta materia. Como desventaja, se señala fundamentalmente la falta de homogeneidad política para la formulación de criterios unitarios y coherentes de persecución penal pública y el sometimiento indeseable del ministerio público a los avatares de la lucha política en el Parlamento.⁷⁸

2.2.1.3. Dependencia institucional del Poder Ejecutivo

Este planteamiento es el más tradicional y con mayor relevancia práctica. Este es el modelo adoptado, por ejemplo, en Alemania, Francia o Estados Unidos. Aparece como el más apropiado para la realización de principios considerados esenciales en su organización, como la coherencia institucional, la unidad, la indivisibilidad del órgano y la subordinación jerárquica.⁷⁹ Por otro lado, para algunos autores la dependencia política del Ejecutivo, poder legitimado por el sufragio, constituye una garantía para el ciudadano e incluso viene exigida por el papel del gobierno en cuanto gestor de la política social y, dentro de ella, de la política criminal y de persecución penal.⁸⁰

Los sostenedores de este diseño institucional del ministerio público argumentan que si se quiere tener una política criminal democrática y transparente, el Poder Ejecutivo es el mejor instrumento para canalizar tales decisiones y hacerse responsable frente a la sociedad por el tipo de política criminal aplicada. Se afirma que a mayor legitimidad del poder político cabe razonablemente esperar menores posibilidades de ejercicio arbitrario del mismo. Y si así no fuera, todavía queda la posibili-

⁷⁸ RUSCONI, cit., p. 69.

⁷⁹ RUSCONI, cit., p. 67.

⁸⁰ Así, por ejemplo, GONZALEZ-CUELLAR (A.), "El ministerio fiscal", en *Documentación Jurídica*, 45/46, 1985, pp. 234 y ss.; también VIVES ANTON (T.), "Doctrina constitucional y reforma penal", en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 100-101.

dad de hacer efectiva la responsabilidad política del órgano ejecutivo a cargo de la persecución penal pública.⁸¹

Sin embargo, este modelo representa –nuevamente– la dificultad que entraña conciliar dos grupos de valores no siempre compatibles: por un lado, la legalidad y la igual protección de los derechos de los ciudadanos; y por otro, la definición y aplicación de una política criminal coherente por parte de órganos políticamente responsables. En efecto, la controversia se enciende cuando se advierten “las diferencias objetivas que concurren cuando se trata de ejercer desde la legalidad algún tipo de control de las desviaciones y abusos del poder político-administrativo”,⁸² lo que vuelve bastante improbable la efectividad de la responsabilidad política del ministerio público.⁸³ La comprobación empírica de “tolerancia”, discrecionalidad o, derechamente, ausencia de persecución penal de los delitos cometidos por funcionarios pertenecientes al Poder Ejecutivo o personas vinculadas a él ha reavivado la polémica en torno a este modelo e, incluso, sugerido su cambio.⁸⁴

⁸¹ Sobre este punto vid. DIEZ-PICAZO (L.), *El poder de acusar*, cit., pp. 177 y ss., con críticas respecto de estas argumentaciones.

⁸² IBÁÑEZ (P.A.), cit., p. 85.

⁸³ En esta línea de argumentación, ZAGREBELSKY señala claramente que “la solución que lleva a la dependencia del ministerio público del Ministro de Justicia se presenta clara en las premisas y en las implicaciones que comporta. Se le atribuye la ventaja de garantizar la existencia de un órgano que pueda responder de la conducta del ministerio público, de un órgano político, puesto que política es la acción penal”. Sin embargo, rechaza dicha opción diciendo que “Si permanecemos atentos y no demasiado distantes de la realidad en que vivimos no podemos hacernos demasiadas ilusiones sobre la concreción de la responsabilidad política del ministro. ¿O se puede tal vez creer que caigan ministros o dimitan gobiernos por el modo como se haya ejercido la acción penal en un proceso? (en “Obligatorietà della azione penale e ruolo del pubblico ministero”, en CONSO, (G.), (ed.) *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., pp. 18-19.

⁸⁴ Así, por ejemplo, MUHM, *Dependencia del ministerio fiscal del Ejecutivo en la RFA*, citado por BOVINO (A.), “El ministerio público...”, cit., p. 35, esp. notas 12 y 13, para quien “la desconfianza de la opinión pública alemana respecto a la aparente incapacidad de los fiscales en ejercer la acción penal frente a personajes influyentes del mundo político y económico” fue confirmada por una investigación parlamentaria que “examinó las connivencias entre el ministro de justicia y los funcionarios de la fiscalía, que a menudo decidieron el archivo de la acción penal en casos en los que se hallaban implicados personajes estrechamente ligados a miembros del gobierno”. En España, en que el nombramiento del Fiscal General del Estado se hace a propuesta del Gobierno, el ministerio público ha sido designado como un “apéndice” del Ejecutivo (GIMENO, cit., p. 66), también

Hay quienes, todavía, respaldan la sujeción del ministerio público al Poder Ejecutivo argumentando que tal decisión necesariamente debería conllevar una mayor informalidad, flexibilidad y eficacia de la persecución penal pública, una asignación más racional y planificada de los recursos humanos y materiales, evitándose, por un lado, la dispersión de esfuerzos y promovándose, por el otro, la priorización de objetivos político-criminalmente plausibles.⁸⁵ Se afirma que este paradigma organizativo no parece imaginable dentro de un modelo judicial de dependencia.

Perfecto ANDRES IBÁÑEZ objeta, nuevamente, que el ministerio público sólo puede ser agente de una única opción político-criminal, es decir, la que tenga “plasmación legal, velando por la observancia de la ley en que la misma se exprese y haciéndolo conforme a criterios de legalidad estricta”.⁸⁶ Considera que el “interés público” sólo puede ser entendido como el interés “tutelado por la ley” o, en otras palabras, como el interés directamente informado por el principio de legalidad. De aquí surge, para este autor, el reclamo al principio de obligatoriedad de la acción⁸⁷ y de control de sujeción al principio de legalidad de los poderes públicos que no podría verificarse, o sólo parcialmente, cuando la persecución penal pública depende del Poder Ejecutivo.⁸⁸ Tampoco se favorecería una efectiva igualdad de

se han suscitado las mismas desconfianzas. P. ANDRES IBÁÑEZ asegura que “son mucho más frecuentes los casos en que el M.F. *modera su actuación como acusador* (...) cuando la conducta eventualmente perseguible se da en el ámbito de la Administración”, y ello resulta especialmente chocante para el autor, “sobre todo cuando resulta bien conocida la inclinación *pro acusatione* del M.P. en la práctica cotidiana” (“El ministerio fiscal...”, cit., p. 83, nota 9; también p. 117 y nota 164).

⁸⁵ Así, VIVES ANTON (T.), cit., p. 100.

⁸⁶ “El ministerio fiscal...”, cit., p. 87. Sobre la importancia de la política criminal en todos los ámbitos del sistema penal, cfr. BINDER (A.), “Política criminal, derecho penal y sociedad democrática” en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 25-46.

⁸⁷ “El ministerio fiscal...”, cit., p. 115, siguiendo de este modo a FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 567 y ss.

⁸⁸ Es común señalar que no resulta compatible la caracterización del M.P. como un órgano objetivo (“custodio de la legalidad”) imparcial e independiente si, al mismo tiempo, se lo subordina al Ejecutivo (ANDRES IBÁÑEZ, cit., p. 84), vid. también BOVINO, “El ministerio público...”, cit., *passim*.

armas ni la disponibilidad de recursos por parte del imputado durante el procedimiento penal.⁸⁹

La experiencia comparada ha producido nuevas alternativas para la superación de las deficiencias anotadas: a) un fiscal independiente o ad hoc, para la persecución penal de los delitos de corrupción de los funcionarios de gobierno o delitos de los poderosos, manteniendo el régimen general para la persecución penal de la restante criminalidad;⁹⁰ b) la configuración institucional del ministerio público como órgano “extrapoder”, esto es, autónomo de los demás poderes del Estado. Trataremos este modelo en el próximo apartado al constituirse en la opción adoptada por el legislador chileno.

2.2.1.4. Autonomía institucional del ministerio público

En este esquema, el ministerio público no depende de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado y se plantea como un órgano “extrapoder”.⁹¹ Con esta cuarta postura, no exenta de críticas ni de interrogantes,⁹² se intenta evitar los peligros de judicialización o de manipulación política que exhiben los otros modelos.⁹³ Las mayores objeciones giran en torno al fuerte déficit de legitimidad democrática que aqueja al ministerio público cuando la designación de sus autoridades superiores no

⁸⁹ RUSCONI, cit., p. 68.

⁹⁰ Es el caso del derecho federal estadounidense, sometido a un régimen especial que reemplaza a los órganos de persecución ordinarios por un órgano especialmente previsto para estos supuestos. Este régimen supone una relativa inamovilidad en el cargo. Si bien se los nombra por lapsos determinados, durante su transcurso sólo cabe la remoción por mal desempeño sujeta a procedimientos rigurosos que, en algún caso, se asemeja al juicio político (cfr. HENDLER (E.), *Derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos*, cit., p. 162).

⁹¹ En el ordenamiento jurídico chileno existen otros ejemplos relevantes, como por ejemplo, el Banco Central que, a diferencia del ministerio público, cuenta con patrimonio propio (art. 97 CPE) y la Contraloría General de la República (art. 87 CPE).

⁹² Vid. BINDER (A.), “Comentario acerca del Proyecto de Ley...”, cit., pp. 178 y ss.; DUCE (M.), “El ministerio público...”, cit., p. 393.

⁹³ BINDER considera que el ministerio público no debe estar ligado al poder político particularmente en América Latina donde el Estado es sospechoso permanente de actos de corrupción, situación que lo tornaría muy vulnerable a las presiones e influencias políticas (cfr. BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 325).

responde a una elección democrática directa y la inexistencia de controles públicos eficientes sobre el mismo.

Por ello, la cuestión crucial en este diseño es la necesidad de delimitar, como contrapeso a su falta de dependencia institucional, las relaciones del ministerio público con los demás poderes del Estado, la inclusión de un sistema de controles recíprocos (de frenos y contrapesos) y de responsabilidades para evitar la tendencia del poder al abuso y a la arbitrariedad. Este sistema puede ser graficado como un conjunto de "relaciones de ida y vuelta entre cada uno de los poderes, a la manera de controles, intervenciones puntuales o, simplemente, coparticipación en el ejercicio de alguna función".⁹⁴

El diseño constitucional y legal de controles del ministerio público chileno se plantea, fundamentalmente, en tres dimensiones:

- A) en el control que ejercen otros poderes del Estado (control político);
- B) en el control que se ejerce dentro del procedimiento penal (control procesal), y
- C) en el control que se ejerce internamente, en virtud del principio de jerarquía (control jerárquico, disciplinario).

Aunque carece de un sistema de sanciones, nos referiremos a ciertos mecanismos establecidos en la LOCMP que plantean o pueden plantear un posible control ciudadano sobre el ejercicio de la persecución penal pública (D).

Como consecuencia de cada uno de estos controles podrá comprobarse la existencia o no de alguna de las formas de responsabilidad que establecen las leyes. Asimismo, los fiscales del ministerio público tendrán responsabilidad penal (E) y civil (F), no sólo cuando corresponda conforme a las reglas generales sino además la que se origine por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (art. 45 LOCMP). Además, los fiscales regionales y adjuntos tendrán responsabilidad administrativa (G) por la infracción de la declaración de intereses a que se refiere el artículo 9º LOCMP (art. 47 LOCMP). También está sujeto a responsabilidad administrativa el personal del ministerio público (art. 11 LOCMP).

⁹⁴ RUSCONI (M.), cit., p. 71.

2.2.1.4.a. El control político (responsabilidad política)

Este control da origen a la denominada responsabilidad “política” del ministerio público que, en rigor, y teniendo en consideración la naturaleza de las causales que la originan tiene más bien rasgos jurídicos que políticos.⁹⁵ El Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales pueden ser removidos de sus cargos por el pleno de la Corte Suprema, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto conforme de cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio. Este mecanismo de control se activa a requerimiento del Presidente de la República, la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros y las causales de remoción son: a) incapacidad, b) mal comportamiento, o c) negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones (art. 80 G CPR y 53 LOCMP). La remoción de los Fiscales Regionales también puede ser solicitada por el Fiscal Nacional.

Fue ampliamente debatido si la remoción debía producirse a través de este procedimiento especial o por la vía del juicio político establecido en los artículos 48 y 49 CPR. Se sostuvo, por una parte, que la remoción de un fiscal en un contexto político corría el peligro de politizar el debate y la decisión del máximo tribunal, y también que este procedimiento debilitaba la independencia del ministerio público frente al Poder Judicial. Por el otro lado, se argumentó que la posibilidad de que los fiscales fuesen acusados por la Cámara de Diputados y juzgados por el Senado podría inhibirlos o limitarlos a la hora de investigar delitos atribuidos a autoridades del Poder Ejecutivo o Legislativo.⁹⁶

El mecanismo de remoción escogido ha sido objeto de severas críticas.⁹⁷ La principal consiste en haber sometido al ministerio público a un control político con peso excesivamente preponderante de la Corte Suprema. Si a ello se suma la importante intervención del Poder Judicial en el nombramiento de las autoridades máximas del ministerio público, no cabe duda de que por esta vía se puede estar incurriendo en aquellos peli-

⁹⁵ Sobre la naturaleza del juicio político en nuestro ordenamiento jurídico, vid. VERDUGO/PFEFFER/NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, tomo II, 2ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 152 y ss.

⁹⁶ Vid. VERDUGO/PFEFFER, *Derecho Constitucional*, cit., pp. 269-270, nota 4.

⁹⁷ DUCE, “El ministerio público...”, cit., p. 412.

gros del modelo judicialista de dependencia institucional que se quería evitar. La atribución a otros Poderes del Estado de la facultad para iniciar este procedimiento especial no logra mitigar la situación de fuerte vulnerabilidad en que se pone al ministerio público, pues bastan diez diputados para ponerlo en marcha.

2.2.1.4.b. El control procesal

Está constituido por aquellos mecanismos procesales previstos en el Código Procesal Penal para controlar la actividad persecutoria del ministerio público, especialmente cuando afecten derechos fundamentales. En otras palabras, consiste en un control de tipo horizontal ejercido por los diferentes intervinientes en las distintas etapas del procedimiento. Así, el juez de garantía debe autorizar previamente todas aquellas diligencias de investigación “que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben” (art. 80 A inciso 3º CPR; art. 4 LOCMP, art. 9º CPP); tiene el control sobre la decisión del fiscal de no iniciar la investigación (art. 168 CPP), sobre la aplicación del principio de oportunidad (art. 170), al resolver sobre la solicitud de suspensión del procedimiento, de procedimiento abreviado o de sobreseimiento (arts. 237, 256 y 410 CPP), etc.

Asimismo, las víctimas disponen de diversos mecanismos para impugnar las decisiones del fiscal o forzarlo a realizar alguna actuación determinada. En consecuencia, pueden reclamar del archivo provisional u obligar al fiscal a continuar la investigación de un caso en que se hubiere hecho aplicación del principio de oportunidad o de la facultad de no iniciar la investigación a través de la interposición de la respectiva querrela (arts. 167-170 CPP). También pueden oponerse a la solicitud de sobreseimiento efectuada por el fiscal y forzar la acusación, cuando tuvieren la calidad de querrelantes, pudiendo asumir ellas mismas la persecución penal del hecho hasta el término del procedimiento (art. 258 CPP).

La infracción de estas normas puede, en algunos casos, determinar la procedencia de sanciones procesales (v. gr. la nulidad de la actuación) y, en otros, la imposición de sanciones disciplinarias por el propio tribunal (arts. 33 inciso final, 287 y 294 del CPP).

Un importante control sobre la actividad del ministerio público en el procedimiento es la admisión restringida de la denominada acción popular, para ciertas infracciones cuya persecución pueda verse obstaculizada por los poderes públicos, que impliquen violaciones a los derechos fundamentales o afecten bienes jurídicos colectivos o macrosociales. En efecto, el artículo 111 CPP autoriza a cualquier persona capaz de parecer en juicio para querellarse cuando se trate de la persecución penal de delitos que importen actos de corrupción de la Administración (delitos contra la probidad pública), delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten derechos constitucionales, delitos terroristas o que afecten intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto. Sólo exige, según los casos, encontrarse domiciliado en la provincia o en la región respectiva para asegurar así la participación activa del querellante y la representación local del interés. A través de este mecanismo se pretende incentivar la participación de sectores organizados de la sociedad civil en el proceso penal, para controlar la actuación del ministerio público en la persecución penal de estos delitos. Se trata, en consecuencia, de una manifestación de control ciudadano sobre eventuales actuaciones ilegítimas o arbitrarias del ministerio público.⁹⁸

2.2.1.4.c. El control jerárquico (responsabilidad disciplinaria)

El ministerio público es una institución organizada jerárquicamente. Estudiaremos las consecuencias generales de este principio y su incidencia en la independencia funcional de los fiscales en el próximo apartado. Por ahora nos limitaremos a señalar las bases de la responsabilidad disciplinaria de los fiscales, establecida de modo genérico en el artículo 45 LOCMP.

El art. 7º LOCMP establece que “las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia”. Se añade que “este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimien-

⁹⁸ Así, DUCE, “El ministerio público...”, cit., p. 411.

to de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

Esta norma pareciera diferenciar dos hipótesis:

- a) Aquella que dice relación con los objetivos asignados por la ley a cada una de las unidades administrativas del ministerio público y, en general, a los criterios de actuación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes fijados mediante instrucciones generales por el Fiscal Nacional de conformidad con el art. 17 a) LOCMP, y
- b) La que dice relación más específicamente con el respeto de los principios de legalidad y objetividad, y de cumplimiento oportuno de las actuaciones procesales.

Existen numerosos casos que pueden originar la responsabilidad disciplinaria de los fiscales por inobservancia de estas normas durante el procedimiento. En efecto, los intervinientes disponen de mecanismos de reclamación ante las autoridades superiores del ministerio público por las decisiones que el fiscal adopte durante el mismo y que los afecten (v. gr. en el caso de la víctima: art. 170 CPP; del imputado: art. 232 inciso 3º CPP). La forma de efectuar estas reclamaciones se establece en el artículo 33 LOCMP.

Asimismo, el no cumplimiento oportuno de ciertas actuaciones puede determinar consecuencias procesales definitivas e irreversibles, como el término del procedimiento y la extinción de la acción penal (v. gr. la no comparecencia del fiscal a la primera audiencia judicial del detenido –art. 132 CPP–, la no declaración del cierre de la investigación en ciertas hipótesis –art. 247 CPP–, la no subsanación de los vicios formales de la acusación –art. 270 CPP–, etc.).

El procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los fiscales se contempla en los artículos 48 a 51 LOCMP, y las sanciones van desde amonestación privada hasta la remoción.

En fin, la LOCMP consagra un sistema de incentivos y castigos para asegurar la eficiencia funcionaria, el que se aparta en buena medida del contemplado en el Estatuto Administrativo.⁹⁹

⁹⁹ La LOCMP establece, en su Título VI, las normas que regulan las relaciones estatutarias entre el ministerio público y los fiscales y funcionarios que se desempe-

Así, junto al poder disciplinario estricto se contempla la posibilidad de mejorar las remuneraciones a través de bonos por desempeño profesional basados en los resultados de la evaluación del personal y bonos de gestión por el cumplimiento de metas y objetivos institucionales (art. 77 inciso 3º LOCMP).¹⁰⁰ Se consagra un mecanismo público y objetivo de evaluación del personal, que debe servir de base tanto para determinar los bonos de incentivos como de antecedentes en aquellos casos en que se postule a un grado o cargo superior o se solicite la remoción o término del contrato de trabajo de un funcionario (arts. 78-80 LOCMP).

2.2.1.4.d. El control ciudadano¹⁰¹

De suma relevancia son los mecanismos previstos en la LOCMP que hacen posible el control público de la actividad del ministerio público y el acceso a la información por parte de los ciudadanos. Estos principios están previstos de modo general para los órganos que componen la administración del Estado,¹⁰² entre los cuales no se encuentra, en razón de su autonomía institucional, el ministerio público.¹⁰³

En primer lugar, se impone la obligación a las autoridades superiores del ministerio público de rendir cuenta, en audiencia pública, de las actividades del organismo a nivel nacional o

ñen en el mismo, y se remite, sólo supletoriamente, al Estatuto Administrativo, el Código del Trabajo y la Ley N° 19.345.

¹⁰⁰ Es de esperar que la "eficiencia" y el cumplimiento de "metas y objetivos" institucionales no se encuentren vinculados al número de casos en que se haya obtenido sentencia condenatoria, menos aun tratándose de un ministerio público limitado por el principio de objetividad, pues la correcta aplicación de la ley exige también investigar y alegar los hechos que acrediten la inocencia del imputado o disminuyan su responsabilidad penal (art. 80 A CPR, art. 3º LOCMP).

¹⁰¹ La existencia de una secular cultura "secretista" y poco transparente en el ejercicio del *ius puniendi* estatal nos advierten sobre los importantes obstáculos que deberán enfrentarse para producir la transformación que propone la ley.

¹⁰² Vid. artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, de 5 de diciembre de 1986, modificado por el art. 1º N° 2 de la Ley 19.653, de 14 de diciembre de 1999.

¹⁰³ Vid. art. 1º inciso 2º de la mencionada Ley N° 18.575, modificado por el artículo 1º N° 1 de la Ley 19.653, de 14 de diciembre de 1999.

regional (arts. 21 y 36 LOCMP). Es importante destacar que el Fiscal Nacional debe dar a conocer, en esta oportunidad, los criterios de actuación del ministerio público que se aplicarán durante el período siguiente. Un importante criterio de actuación dice relación con el ejercicio del principio de oportunidad (art. 170 CPP), es decir, con la decisión de no perseguir penalmente determinados delitos. Esta norma permite, en consecuencia, efectuar un control público de los criterios y fundamentos de esta decisión.

En segundo lugar, se impone a los fiscales y funcionarios del ministerio público el principio de transparencia de la función pública y sus actuaciones, con algunas limitaciones (art. 8 LOCMP). El objetivo es permitir y promover el conocimiento de los procedimientos contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten y, en consecuencia, se establece el deber de adoptar las medidas administrativas para garantizar el adecuado acceso a los fiscales *por parte de cualquier interesado*. Las limitaciones a la publicidad de los actos administrativos del ministerio público y de los antecedentes que le sirven de sustento se basan, en general, en el secreto o reserva legal, el entorpecimiento de la función, la afectación de intereses de terceros, de la nación o la seguridad nacional.¹⁰⁴ En tanto excepciones al principio general de transparencia deben ser interpretadas de modo rigurosamente restrictivo.

2.2.2. *Los principios organizacionales del ministerio público: unidad, jerarquía e independencia funcional*

El ministerio público se organiza unitaria y jerárquicamente. En consecuencia, cada fiscal representa al ministerio público en las actuaciones procesales que realice con sujeción a la ley (art. 2 inciso 1º LOCMP) y cada uno de los eslabones inferiores de la institución debe obediencia a los superiores hasta llegar al Fiscal Nacional, jefe máximo del servicio. Esta es la forma en que, desde sus orígenes, se ha organizado el ministerio público¹⁰⁵ y es en-

¹⁰⁴ Vid. infra, III.A.2.3.2.4.

¹⁰⁵ DIEZ-PICAZO, cit., pp. 110-111.

tendida como el único modo de emprender la persecución penal de los delitos de un modo uniforme, objetivo y eficiente. La uniformidad y la objetividad se quieren obtener a través del sistema de instrucciones, y la eficiencia a través de mecanismos que confieran flexibilidad y racionalidad a la actividad de los fiscales, tales como los que se contemplan en el artículo 40 LOCMP.¹⁰⁶

La forma en que paradigmáticamente las autoridades superiores del ministerio público ejercen el principio jerárquico es a través de la dictación de normas generales relativas al funcionamiento administrativo y operativo de la institución. En este sentido, el Fiscal Nacional puede dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, el ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos (art. 17 a) inciso 2º LOCMP), o dictar los reglamentos que correspondan en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica que le confiere la Constitución Política (art. 17 d) LOCMP). Por su parte, los fiscales regionales pueden dictar, conforme a las instrucciones generales del Fiscal Nacional, las normas e instrucciones necesarias para la organización y funcionamiento de la Fiscalía Regional y para el adecuado desempeño de los fiscales adjuntos en los casos en que debieren intervenir (art. 32 a) LOCMP).

Sin embargo, la subordinación jerárquica de los fiscales no es absoluta. Así, el art. 2º inciso 2º LOCMP establece que los fiscales, en los casos que tengan a su cargo, dirigirán la investigación y ejercerán la acción penal pública con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece la ley. En consecuencia, la ley establece un ámbito de independencia funcional de los fiscales que se encuentra garantizado a través de un sistema de objeciones. El Fiscal Nacional no puede dar instrucciones particulares, ni ordenar realizar u omitir la realización de determinadas actuaciones, con la sola excepción de la hipótesis prevista en el artículo 18 LOCMP (art. 17 a) inciso 2º LOCMP). Pero ella no es, en rigor, una excepción pues sólo se

¹⁰⁶ La norma se refiere a los criterios de distribución interna del trabajo y a la posibilidad de que cualquier fiscal adjunto, no obstante su pertenencia a una fiscalía local, pueda realizar actuaciones o diligencias en cualquier parte del territorio nacional.

planteará cuando el propio Fiscal Nacional asuma personalmente la persecución penal de determinados delitos en que “la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas” haga necesaria tal medida “para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía”.

Por su parte, los fiscales regionales sí pueden dirigir instrucciones particulares a los fiscales adjuntos con respecto a un caso que les hubiere sido asignado, sin perjuicio de su facultad para objetarlas cuando estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional (art. 44 inciso 2º LOCMP). Cuando los fiscales regionales o los fiscales adjuntos se enfrenten a una instrucción prohibida por la ley podrán representarla a través de los procedimientos de objeción previstos en los artículos 35 y 44 LOCMP.

La cuestión planteada dice, pues, relación con los límites de la vinculación por instrucciones del ministerio público. En los sistemas en que éste depende del Poder Ejecutivo tiene relevancia para medir tanto el grado de independencia respecto de las instrucciones del Ministro de Justicia o quien haga sus veces como el derecho de instruir de carácter interno que corresponda al funcionario superior en jerarquía del ministerio público. Para ROXIN, toda facultad de instruir halla su límite en el principio de legalidad, máxime si el ministerio público se halla informado por el principio de objetividad, como “custodio de las leyes”, en la acepción original del principio.¹⁰⁷ Claramente se encuentra excluida cualquier instrucción que signifique la comisión de un hecho punible o cualquier otro acto ilícito, o un atentado contra la ética profesional.

Menos evidente es el supuesto en que surgen discrepancias interpretativas, esto es, sobre la valoración fáctica o jurídica de un caso entre un fiscal y su superior jerárquico. Así, claramente, en el caso que el fiscal adjunto haya solicitado el sobreseimiento del caso y se plantee el forzamiento de la acusación por parte del querellante. En esta hipótesis, la ley resuelve el *impasse* producido; en efecto, es el fiscal regional quien decide no sólo si se formula acusación o se sobresee sino también si continúa

¹⁰⁷ “Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público”, en ROXIN y otros, *El ministerio público en el proceso penal*, cit., pp. 42 y ss.

o no el fiscal adjunto a cargo del caso. Sin embargo, existen numerosos casos en que las diferencias deberán ser resueltas de otro modo pues la ley no estipula la solución. Así, por ejemplo, cuando el fiscal, contrariamente a la opinión del fiscal regional, considere que en un determinado caso no se reúnen los presupuestos fácticos o jurídicos para una medida cautelar personal, para una diligencia intrusiva o para formular acusación, etc. No todos estos casos podrán decidirse o resolverse a través de instrucciones generales; y tampoco pareciera adecuado que el superior jerárquico impusiera su decisión en contra de la convicción jurídica del inferior. Servir al valor jurídico excluye, en esencia, la determinación heterónoma del proceso de obtención de la solución jurídica: ella no puede ser objeto de un mandato y, aunque es accesible a la deliberación argumental, no lo es a toda instrucción que elimine la propia convicción.¹⁰⁸ Este es el fundamento, por lo demás, de la solución legal dada al supuesto de forzamiento de la acusación, ya analizado. En efecto, la posibilidad de reemplazar al fiscal adjunto que no formuló acusación se basa en la idea expresada y en la inutilidad de una actuación que se realiza sin una fuerte convicción personal. Se estima, en consecuencia, posible efectuar una interpretación de las normas sobre objeción de instrucciones que respete el legítimo ámbito de la solución jurídica individual del caso, previniéndose en última instancia, la posibilidad de sustitución del afectado por parte del superior jerárquico.

Una vinculación indiscutiblemente legítima de las instrucciones se da en la definición de los criterios materiales de aplicación del principio de oportunidad o de los casos que, en general, son susceptibles de una salida alternativa. Pues en las decisiones de oportunidad, en un sentido amplio, no se trata tanto de la determinación de los presupuestos fácticos y jurídicos para el establecimiento de la responsabilidad penal, proceso que debe sujetarse estrictamente al principio de legalidad, como de la definición de si, en ciertos casos, es *útil* una persecución penal o *necesaria* la imposición de una pena privativa de libertad.¹⁰⁹ Evidentemente, se

¹⁰⁸ ROXIN, "Posición jurídica...", cit., p. 45.

¹⁰⁹ Sea que se imponga efectivamente o se suspenda su ejecución sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, como es el caso de las medidas alternativas previstas en la Ley 18.216.

trata de ámbitos en que la ley admite la aplicación de criterios político-criminales a la persecución penal. El límite está determinado por la propia ley; dentro de dichos límites, el ministerio público se puede mover con cierta amplitud.¹¹⁰

2.3. BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. FUNCIONES Y PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (TÍTULO I LOCMP)

2.3.1. *Funciones del ministerio público*

El art. 80 A CPR y el art. 1 LOCMP establecen las funciones que corresponden al ministerio público. En primer lugar, se encuentra a su cargo la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado; en segundo lugar, el ejercicio, en su caso, de la acción penal pública en la forma prevista por la ley; y tercero, la adopción de medidas de protección de víctimas y testigos.

2.3.1.1. Dirección exclusiva de la investigación de los delitos

Con la atribución de esta función al ministerio público se optó por el diseño de la investigación preparatoria más compatible con el principio acusatorio y con el respeto de las garantías del debido proceso. En consecuencia, se desechó el modelo del juez

¹¹⁰ ROXIN, cit., p. 46. En el caso de la suspensión condicional del procedimiento, la ponderación de utilidad se dará en relación a la situación concreta del imputado, esto es, tomando en cuenta no sólo el desvalor de injusto sino la magnitud específica de culpabilidad comprobada hasta ese momento. Comprobada la concurrencia de los presupuestos anteriores, la oferta del ministerio público al imputado se basará en consideraciones de prevención especial o general. Con respecto a los acuerdos reparatorios, aunque el fiscal no participa en su verificación, no debe subestimarse el poder que tiene para impedirlos a través del criterio (político-criminal) del “interés prevalente en la continuación de la persecución penal” (art. 241 CP). Vid. infra, Capítulo VII 8 y 9.

instructor propuesto en anteriores proyectos de reforma,¹¹¹ el último de los cuales se remonta sólo a 1992.¹¹²

La Constitución y la ley no sólo le atribuyen la investigación de los delitos y de la participación culpable sino también la correspondiente a los hechos y circunstancias que acrediten la inocencia del imputado. En consecuencia, el ministerio público chileno no cumple una función unilateral de persecución sino que está configurado como un funcionario objetivo de instrucción. Sobre este punto volveremos a referirnos particularmente cuando tratemos el principio de objetividad del ministerio público.¹¹³

Una definición de innegable importancia y que puede tener insospechadas repercusiones prácticas es la interpretación que se atribuya a la frase “de los hechos constitutivos de delito”, utilizada por la Constitución y la ley para definir el objeto de esta función exclusiva del ministerio público. Como sabemos, el artículo 1 del Código Penal define el delito, y el artículo 2º, el cuasidelito. El artículo 3º del citado cuerpo legal clasifica los delitos, en atención a su gravedad, en crímenes, simples delitos y faltas “y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21”. Por su parte, el artículo 4º del Código Penal hace aplicable, en su caso, la división de los delitos a los cuasidelitos.

No cabe duda de que el ministerio público tiene a su cargo la investigación de los delitos en un sentido amplio, omnicom-

¹¹¹ Como el Proyecto elaborado por don Enrique Ortúzar Escobar, Ministro de Justicia del Presidente Jorge Alessandri Rodríguez, o el elaborado por don Rubén Galecio Gómez, Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, durante la Presidencia de Eduardo Frei Montalva. Este mismo magistrado fue Presidente de la Comisión que en 1975 redactó un Anteproyecto de reforma del CPP de 1906, el que fue entregado al Ministro de Justicia de la época en abril de 1976 (cfr. FONTECILLA (R.), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 116 y ss.).

¹¹² Vid. Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de ministerio público remitido por el Ejecutivo al Congreso en noviembre de 1992 (Mensaje Nº 160-325), en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL Nº 1 1990-1993, pp. 150 y ss. Un comentario sobre el mismo puede verse en RIVADENEIRA (R.) y otros, “El ministerio público y su contribución a la capacidad de investigación del sistema procesal penal”, en *El ministerio público: para una nueva justicia criminal*, FPC/UDP/CPU, Santiago, 1994, pp. 117 y ss.

¹¹³ Vid. infra, 3.2.2.

prensivo de los cuasidelitos. Y también de las faltas, al menos de las contempladas en el Código Penal, que deben perseguirse con arreglo a las normas del procedimiento simplificado (Título I del Libro IV del CPP). Sin embargo, ¿qué pasa con las infracciones contempladas en leyes especiales? ¿Qué diferencia hay o habría entre estas infracciones y las faltas del Código Penal? Su ubicación en la topografía de la legislación no puede constituir el criterio decisivo, ni tampoco el órgano que las reprime. Así, por ejemplo, el Código Tributario diferencia los delitos de las infracciones tributarias según si la imposición de la sanción es de competencia del Servicio de Impuestos Internos o de la justicia ordinaria (art. 105 CT). Estos criterios son demasiado formales, más si se observa la identidad sustancial entre las faltas previstas en el Código Penal y las infracciones extramuros del mismo. La diferenciación “sustancialista” entre delitos e infracciones administrativas tuvo por finalidad justificar la exclusión de las últimas del conjunto de garantías que rodean la intervención punitiva del Estado, para facilitar su represión por parte de la Administración.¹¹⁴ De allí que hoy en general sólo se admitan distinciones de carácter cuantitativo entre infracciones criminales y administrativas.¹¹⁵ Ni siquiera la clase de pena puede servir de criterio en nuestro ordenamiento jurídico, pues a partir de la vigencia de la Ley 19.501, de 15 de mayo de 1997, sólo se prevé la multa como pena principal de las faltas, derogando con ello tácitamente la pena de prisión prevista para las mismas en la escala general del artículo 21 del Código Penal. Y el artículo 501 del mismo cuerpo legal confirma la distinción únicamente cuantitativa entre ambas clases de infracciones.¹¹⁶ Por ello resulta de extremada importancia ahondar la reflexión sobre este punto para resolver los problemas de constitucionalidad que pudieran presentarse cuando la investigación de dichas

¹¹⁴ Sustentada por James GOLDSCHMIDT y dotada de fundamentación filosófica por Erich WOLF. Al respecto, vid. ROXIN (C.), *Strafrecht. A.T.*, Band I, 2ª ed., Beck, 1994, pp. 12 y ss.; CURY (E.), *Derecho Penal. P.G.*, t. I, 2ª ed., Santiago, 1992, pp. 74 y ss.

¹¹⁵ Así, en la doctrina nacional, CURY (E.), *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (2ª ed. actualizada), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 70 y ss., esp. 76.

¹¹⁶ Se suele citar el artículo 20 del CP para sustentar la tesis de la distinción cualitativa entre ambas clases de infracciones. Una refutación de este argumento se encuentra en CURY, cit., pp. 76-80.

infracciones se encuentre entregada a un órgano distinto del ministerio público.¹¹⁷

Finalmente, es necesario recordar que el ministerio público tiene a su cargo la *dirección* de la investigación de los delitos, cuya ejecución material corresponderá regularmente a la policía. En efecto, la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile son auxiliares del ministerio público y se encuentran subordinados funcionalmente al mismo en las tareas de investigación debiendo cumplir las órdenes directas que aquél les imparta sin poder calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa cuando se trate de actuaciones que afecten derechos asegurados por la Constitución (art. 80 A inciso 3º CPR). El papel de la policía en el nuevo proceso y sus relaciones con el ministerio público serán analizadas detenidamente más adelante.¹¹⁸

2.3.1.2. Función de ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley

El Estado, a través del ministerio público, es quien tiene –en principio– el monopolio del ejercicio de la acción penal pública. Como sabemos, históricamente esto no siempre fue así. En efecto, el proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en la Roma republicana, tuvo una estructura esencialmente acusatoria por el carácter privado o popular de la acusación y la naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio. Esto es, la iniciativa penal estaba entregada a la parte ofendida o a cualquier ciudadano y el tribunal decidía el pleito siempre que existiese previamente el reclamo del acusador y limitándose estrictamente al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine acto-*

¹¹⁷ Evidentemente, resulta inconcebible y a todas luces impracticable conferir a los fiscales del ministerio público la persecución de todas estas infracciones. Este problema ya se ha suscitado en las regiones que han ingresado al nuevo sistema respecto de las infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, consideradas “algo” diferente a las faltas del Código Penal, por lo que se planteó que ellas estaban fuera de la competencia de los jueces de garantía y sometidas al conocimiento de los jueces de letras (cfr. Instructivo N° 7, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, *Reforma Procesal Penal* (Instrucciones Generales N°s 1 a 25), sept.-nov. 2000, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 93 y ss.).

¹¹⁸ Vid. infra, II.B y VII.B.5.4.

re y ne procedat iudex ex officio).¹¹⁹ Pero al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general, la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, primero a través de la atribución a cada ciudadano de la acción civil y popular por los *delicta publica* y, después, con la institución de un acusador o ministerio público.¹²⁰ De aquí surge el principio de la persecución penal a través del Estado o principio de oficialidad,¹²¹ el que tiene sin embargo importantes excepciones en nuestra legislación.¹²²

Ahora bien; ¿cuál es el alcance de la norma constitucional que establece que el ministerio público investigará los delitos “y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”?

Ejercer la acción penal, *strictu sensu*, significa formular la acusación.¹²³ La previa existencia de una acusación, ejercitada y sostenida por sujeto diferente al órgano juzgador constituye, como sabemos, la esencia inexcusable del sistema acusatorio. Sin embargo, entre nosotros suele utilizarse la expresión también en un sentido lato, como sinónimo de promover la persecución penal o de *incoación* del proceso penal, también denominado *ius ut procedatur*.¹²⁴ Sin embargo, la norma contenida en el artículo 80 A inciso 1º CPR, al distinguir entre la función de investiga-

¹¹⁹ MAIER (J.), *Derecho Procesal Penal argentino*, t. Ib, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 205 y ss.; ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 69 y ss.; FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 562 y ss. MAIER afirma el “evidente” paralelo entre el sistema republicano de ejercicio del poder político y el sistema acusatorio de ejercicio de la acción penal; “de allí –agrega– que no sea casualidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto las antiguas (Grecia, Roma) como las modernas (Francia y el movimiento reformador del siglo XIX)”. (*Derecho Procesal Penal...*, cit., p. 207).

¹²⁰ FERRAJOLI, cit., pp. 565-566.

¹²¹ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 69-70. Con más detalle, vid. supra, II.C.1.1.

¹²² Vid. infra, II.5.2.

¹²³ PRIETO CASTRO/GUTIERREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, 4ª ed. Tecnos, 1989, pp. 60-66. VELEZ MARICONDE (A.), *Estudios de derecho procesal penal*, tomo I, Córdoba, 1956, pp. 245 y ss.

¹²⁴ Así, PRIETO/GUTIERREZ, cit., p. 61. Como es fácil apreciar, la distinción tiene poca relevancia en un sistema inquisitivo ortodoxo como el existente en Chile antes de la reforma, en que un mismo sujeto (el juez del crimen) promueve la acción penal, investiga, acusa y juzga. La distinción sólo tiene sentido, en verdad, en un sistema acusatorio. El Código Procesal Penal, sin embargo, identifica ambas expresiones en el artículo 166, artículo que inaugura la etapa de investigación.

ción del ministerio público y el ejercicio, “en su caso”, de la acción penal pública en la forma prevista por la ley, pareciera reafirmar el uso del término en su primera acepción. En efecto, la norma constitucional alude a la facultad que tiene el ministerio público de formular o no acusación en contra de determinada persona, dependiendo de los antecedentes reunidos durante la investigación preparatoria.¹²⁵ Puede ocurrir que los datos y antecedentes de la misma sean insuficientes y, en consecuencia, decida no perseverar en el procedimiento o, derechamente, se configure una causal de sobreseimiento definitivo o temporal. En tales supuestos, el fiscal a cargo del caso no formulará acusación, sin perjuicio de la facultad del querellante particular al forzamiento de la misma.

La norma constitucional se refiere a los delitos de acción penal *pública*, aunque requieran de instancia particular para poder iniciar su persecución. Tratándose de los delitos de acción penal privada, como sabemos, sólo la víctima puede ejercer la misma.

2.3.1.3. Función de dar protección a las víctimas y testigos

Tratándose de las víctimas, esta función del ministerio público se declara, al nivel de principio básico, en el artículo 6 CPP y se extiende a todas las etapas del procedimiento penal. Esta función puede manifestarse en, al menos, tres órdenes de actividades:

- a) Como deber de adoptar por sí mismos o solicitar al tribunal medidas concretas de protección para ella o su familia frente a probables amenazas, hostigamientos o atentados (art. 78 a) CPP);
- b) Como entrega de información sobre sus derechos y sobre el curso del procedimiento (art. 78 a) y c) CPP), y

¹²⁵ Otra interpretación, conforme a la segunda acepción de la frase, es que la norma constitucional autoriza al legislador para contemplar excepciones a la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal pública, como el principio de oportunidad. Así, por ejemplo, DUCE (“El ministerio público...”, cit., p. 395). Sin embargo, la frase “en su caso”, impediría considerar las hipótesis de oportunidad, en sentido estricto o amplio, en que ya se ha promovido la persecución penal y sólo se la interrumpe o termina anticipadamente.

- c) Como facilitación de su intervención en el procedimiento, de modo de evitar o disminuir al mínimo las molestias inherentes al proceso.

En general, estos deberes incumben también a la policía (arts. 6 inciso 2º, 78 inciso 1º, 83 Nº 1 CPP).

Con ellos se busca evitar la denominada “victimización secundaria”, definición que caracteriza la nueva situación de desamparo e inseguridad que sufre la víctima, esta vez ya no producto del delito sino del funcionamiento del sistema de justicia penal.¹²⁶

Esta problemática también es trasladable, en buena medida, a los testigos que no tengan la calidad de víctimas, quienes a menudo sufren vejaciones, carecen de información sobre sus derechos y de asesoramiento jurídico o, incluso, corren serios peligros si cumplen con sus deberes legales. De allí que, en cumplimiento al art. 80 A inciso 1º CPR y art. 1 LOCMP, el art. 308 CPP impone la obligación al tribunal y al ministerio público para disponer o adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad de los testigos.

Estas medidas de protección a víctimas y testigos poseen, también, una dimensión de eficiencia, es decir, la de generar las condiciones necesarias para asegurar la colaboración de víctimas y otros testigos durante todo el procedimiento y su comparecencia al juicio. La necesidad de contar con dicha colaboración en un tiempo relativamente alejado de la comisión del delito –que es cuando tiene lugar la audiencia principal– obligará a los fiscales a ser especialmente cautelosos en el cumplimiento de estos deberes.

2.3.2. *Principios orientadores de la actividad del ministerio público*

Junto a los principios organizacionales, la Constitución y la LOCMP establecen un conjunto de principios que orientan las funciones de este organismo público, algunos de los cuales fueron tratados a propósito de los primeros, como el principio

¹²⁶ BUSTOS/LARRAURI, *Victimología: presente y futuro* (Hacia un sistema penal de alternativas), PPU, Barcelona, 1993, pp. 43 y ss.

de independencia de los fiscales. Algunos principios funcionales indiscutibles del ministerio público, como el principio de legalidad y de oficialidad, no son invocados expresamente por las normas constitucionales ni la LOCMP; no obstante, por su indudable importancia serán tratados aquí sin perjuicio de reiterarse su estudio a propósito de la etapa de investigación preparatoria.

2.3.2.1. Principio de oficialidad y de legalidad¹²⁷

El principio de oficialidad es una consecuencia del monopolio de la coacción por parte del Estado moderno. Conforme a este principio, el Estado tiene la atribución privativa del ejercicio de la acción penal pública para el esclarecimiento y sanción de los delitos, sin necesidad de esperar la excitación de la víctima o de un tercero. La víctima puede denunciar el delito o intervenir en el procedimiento como testigo, pero nada de ello es necesario para que tenga lugar el correspondiente proceso penal. El fundamento de este principio es la existencia de un interés público por que los hechos punibles sean siempre perseguidos penalmente, incluso en ausencia o contra la voluntad de la víctima. Sin embargo, este principio reconoce importantes limitaciones y excepciones en nuestro sistema.

Las limitaciones son las siguientes:

- a) La existencia de delitos de acción penal pública previa instancia particular. En estos casos no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito haya denunciado el hecho a la justicia, el ministerio público o la policía. Ellos se contienen en el artículo 54 CPP. Iniciado el procedimiento penal de la manera señalada, el ministerio público podrá continuarlo como si se tratase de un delito de acción penal pública, y
- b) La existencia de delitos para cuya persecución se exige el cumplimiento de una condición objetiva de procesabilidad, como en el caso de los delitos tributarios (que requieren denuncia del Servicio de Impuestos Internos o del Consejo de

¹²⁷ Vid. supra, II.C.1.1.

Defensa del Estado), los delitos aduaneros, los contenidos en la Ley de Control de Armas, etc.

Las excepciones están constituidas por:

- a) Los delitos de acción penal privada, contenidos en el artículo 55 CPP, respecto de los cuales sólo la víctima puede promover la persecución penal pública, formular la acusación y sostenerla en el juicio oral, y
- b) Los supuestos en que el juez de garantía acceda al forzamiento de la acusación, esto es, aquellos casos en que el ejercicio y sostenimiento de la acción penal pública corresponda al querellante particular.¹²⁸

Por su parte, el principio de legalidad determina que una vez promovida la persecución penal de un hecho que reviste caracteres de delito, el ministerio público está obligado a investigarlo y, si existe fundamento suficiente, debe formular la correspondiente acusación contra la o las personas que aparezcan como responsables del mismo sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso salvo en los casos previstos en la ley (art. 166 CPP). El principio opuesto a éste es el principio de oportunidad, que faculta al ministerio público para no iniciar o interrumpir la persecución penal de un hecho punible en los casos que determine el Fiscal Nacional en sus instrucciones generales y dentro del ámbito que autoriza la ley.

El principio de legalidad de la persecución penal tiene su origen histórico en la necesidad de garantizar que el ministerio público, en cuanto órgano subordinado al Poder Ejecutivo, persiguiera todos los delitos sin atender a la persona del imputado ni su calidad o investidura. Se corresponde con la teoría absoluta sobre los fines de la pena, representada por la idea de retribución, según la cual el Estado debe castigar sin excepciones toda infracción a la ley penal por imperativo de justicia.¹²⁹ Con el decaimiento de esta teoría y el surgimiento de las teorías relativas de la pena, que asocian el castigo a fines de utilidad social, el principio de legalidad perdió en gran medida su fundamento teórico de origen.

¹²⁸ Vid. infra, B.10.4.

¹²⁹ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 74 y ss.

El discurso de su legitimidad se afina hoy en día en otros pilares. En efecto, los principios constitucionales que emanan de la configuración del Estado como uno democrático de derecho, especialmente el de igualdad, imponen que sea principalmente el legislador quien determine los presupuestos de la conminación penal evitando dejar a las autoridades de persecución penal la decisión sobre quién deba ser perseguido y castigado en el caso concreto.¹³⁰ Las mayores objeciones provienen, en consecuencia, de su función ideológica de legitimación, pues la comprobación empírica de la enorme selectividad práctica de los sistemas penales comparados¹³¹ ponen de manifiesto que el principio de legalidad estaría encubriendo la gran desigualdad existente en la aplicación de la ley penal.¹³² Por ello, la tendencia actual es a incorporar progresivamente excepciones regladas y objetivas a dicho principio de modo de transparentar y hacer igualitaria, lo más posible, la selectividad inherente a todo sistema de justicia criminal. En consecuencia, y no obstante su crisis de legitimación, el principio de legalidad sigue manteniendo, al menos teóricamente, su centralidad en los sistemas de justicia penal de raigambre continental-europea, aunque con una notable expansión de sus excepciones.¹³³

2.3.2.2. Principio de objetividad

El artículo 3º LOCMP establece que los fiscales del ministerio público deberán, en el ejercicio de su función, adecuar sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta

¹³⁰ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 76.

¹³¹ ALBRECHT (P.A.), *Kriminologie: ein Studienbuch*, Beck, München, 1999, p. 186.

¹³² Sobre el fenómeno de selectividad y cifra negra de la criminalidad en los sistemas penales y su repercusión en la crisis de los principios liberales del Estado constitucional, vid. BARATTA (A.), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de J. Gutiérrez y E. García Méndez, México, S. XXI, 1985; también SANDOVAL (E.), *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá, 1989.

¹³³ Sobre la situación actual, en general, vid. WEIGEND (T.), "Die reform des Strafverfahrens: europäische und deutsche Tendenzen und Probleme" en *ZStW* (104) 1992, pp. 486 y ss.; SCHÜNEMANN (B.), "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, Nº 8 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 417 y ss.

aplicación de la ley. Reafirma este principio el artículo 77 CPP. Se precisa que, en conformidad a este criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad penal del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen, reconociéndose en forma más amplia este principio que el artículo 80 A CPR. Esta norma, como es sabido, se encuentra recogida en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal de 1906.

En el origen del ministerio público europeo continental está la concepción del mismo como “custodio de la ley”, esto es, su tarea consiste no sólo en establecer el delito y la responsabilidad penal sino también en “velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado”.¹³⁴ En este modelo, el ministerio público fue diseñado más que como parte del procedimiento, como órgano de persecución objetivo e imparcial cuya meta era colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material, a semejanza del rol de los jueces. Este planteamiento ha sido fuertemente criticado por un sector de la doctrina acusándolo, en algún caso, de ser una “ficción típicamente inquisitiva”.¹³⁵ Se le acusa de definir la persecución penal como una tarea neutral, objetiva e imparcial orientada a obtener la recta aplicación del derecho penal y de la ley, en circunstancias que la experiencia histórica del procedimiento inquisitivo ha demostrado, en la figura del juez de instrucción, la imposibilidad de cautelar debidamente intereses tan contrapuestos. Esta situación ha producido, en la práctica de la justicia penal de países de la región, un desmejoramiento de la situación del imputado pues, por un lado, relativiza el deber de control la actividad de persecución penal y, por el otro, enmascara y justifica funciones inquisitivas en el órgano judicial.¹³⁶

A nuestro juicio, y sin desconocer la dificultad práctica de garantizar la vigencia de este principio, estimamos que puede

¹³⁴ ROXIN (C.), “Posición jurídica...”, cit., pp. 40-41. Este autor cita las palabras de SAVIGNY y UHDEN, en su famoso dictamen de 1846, con las que acuñaron la clásica denominación del ministerio público como “custodio de las leyes”.

¹³⁵ BOVINO (A.), “El ministerio público en el proceso de reforma...”, cit., p. 37.

¹³⁶ BOVINO, cit., pp. 37-38. En el mismo sentido, DUCE, “El ministerio público...”, cit., p. 397.

cumplir una importante función en un sistema en que la defensa –no obstante los importantes avances introducidos por la reforma– no se encuentra en pie de igualdad respecto del ministerio público en lo que se refiere a la investigación de los hechos y circunstancias que puedan favorecerle. No hay que olvidar que es el fiscal quien tiene el poder unilateral de decidir qué investigar y en tal sentido, actúa *ex parte*. Para ello cuenta con los servicios dependientes del Estado, la colaboración de las autoridades y órganos estatales (art. 19 CPP) y el auxilio de la policía. Sin embargo, cabe exigir que los fiscales verifiquen la plausibilidad de las alegaciones de inocencia del imputado o de aquellas encaminadas a eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando las mismas se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean verosímiles, pues tal comprobación puede redundar en su propio beneficio o interés. En Estados Unidos, por ejemplo, donde no rige el principio de objetividad, los fiscales suelen chequear la veracidad de los argumentos de la defensa para verificar si su investigación camina o no en la dirección correcta, porque son reacios a llevar a juicio casos en que existe una importante probabilidad de absolución. En fin, el principio de objetividad impone una estricta sujeción de los fiscales a la ley en el desarrollo de sus funciones, de modo que las acciones u omisiones dolosas del mismo que perjudiquen al imputado en el proceso penal podrán ser constitutivos de delito¹³⁷ o de infracción disciplinaria.

¹³⁷ Se encuentra actualmente en trámite legislativo el proyecto de ley sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a los proyectos de Código Procesal Penal y de la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público (Boletín 2.217.07), que en lo tocante a las modificaciones al Código Penal introduce dos nuevos tipos penales referidos al ministerio público. El primero, contenido en un nuevo artículo 247 bis, establece que “el fiscal del ministerio público que, por dádiva o promesa hiciera o dejare de hacer algún acto debido, propio de sus funciones, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados, inhabilitación especial perpetua para el cargo y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada”. El segundo, contenido en el nuevo artículo 269 bis: “El fiscal del ministerio público que a sabiendas ocultare, alterare o destruyere cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o ausencia de un delito, la participación punible en él, o que pueda servir para la determinación de la pena, así como los que configuren circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo”.

2.3.2.3. Principio de eficiencia

El artículo 6 LOCMP impone a los fiscales y funcionarios del ministerio público la obligación de eficiencia en dos ámbitos:

- a) En la administración de los recursos y bienes públicos, y
- b) En el cumplimiento o desempeño de las funciones.

La LOCMP utiliza reiteradamente el concepto de eficiencia en ambos sentidos; así, el artículo 39 LOCMP señala como uno de los criterios a tener en cuenta para la distribución geográfica y organización de las fiscalías locales el de “eficiencia en el uso de los recursos”. Por su parte, el art. 77 LOCMP contempla un sistema de incremento de las remuneraciones basado en el desempeño individual o el cumplimiento de metas por gestión institucional, que a su vez deberán considerar “la eficiencia del desempeño laboral”. Estos factores serán medidos a través de evaluaciones anuales (arts. 78-80 LOCMP).

Junto a la exigencia de eficiencia, y como una manifestación de la misma, se establece la obligación de propender a la unidad y coordinación de las acciones, evitando la duplicación o interferencia de funciones. Estos criterios deben tenerse en cuenta, por ejemplo, en la distribución de los casos (art. 40 inciso 1º LOCMP) y en la ejecución de actuaciones y diligencias fuera de la fiscalía local (art. 40 inciso 2º LOCMP).

Finalmente, el inciso 3º del art. 6º LOCMP establece que “los procedimientos del ministerio público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes”, procurando la “simplificación y rapidez de sus actuaciones”. El Tribunal Constitucional, con ocasión del control de constitucionalidad del proyecto de LOCMP solicitado por la Cámara de Diputados, efectuó una interpretación del contenido de esta norma. En efecto, ella contemplaba la posibilidad que el reglamento determinara, junto a la ley, las formalidades de los procedimientos. Mediante sentencia de 28 de septiembre de 1999, el tribunal declaró inconstitucional la referencia al reglamento “ya que la facultad del ministerio público para dictar normas sobre procedimiento dispuesta en forma genérica y sin reserva alguna, incluye no sólo los de orden administrativo interno sino también alcanza a los procedimientos propios conforme a los cuales el órgano público cumplirá su atribución de dirigir el

proceso de investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado” (considerando 15º). El Tribunal declaró infringidos los artículos 60 Nº 2 y 19 Nº 3 inciso 5º CPR que imponen reserva de ley también al procedimiento que debe observar el ministerio público al realizar una investigación criminal, que por imperativo constitucional debe ser “racional y justa” (considerando 16º). A mayor abundamiento, expresa que el art. 19 Nº 3 inciso 5º CPR fue modificado por el artículo 1º de la Ley de Reforma Constitucional que contempló el nuevo Capítulo VI A, Ministerio Público, por estimarse que “la norma constitucional sobre el debido proceso no sólo debía regir para los órganos que ejercen jurisdicción, sino también para aquellos que, como el ministerio público, no tienen tales facultades, por lo que se estimó indispensable incorporar, también, a las exigencias de que sea el legislador el que fije la racionalidad y justicia de los procedimientos, los relativos a la dirección de la investigación, que se le encomienda al nuevo organismo que se crea” (considerando 17º).

Este planteamiento, sin embargo, desconoce que el ministerio público carece de facultad para decidir de manera autónoma, durante la investigación, diligencias o medidas que puedan afectar derechos fundamentales, cuya práctica requiere siempre consideración judicial. Tampoco puede resolver autónomamente sobre el fondo de la cuestión debatida en el procedimiento penal; en tal sentido, sus atribuciones son esencialmente de “proposición”. En consecuencia, y en una interpretación restrictiva, sólo cabe entender que la ampliación de la garantía del debido proceso y de reserva de ley a la fase de investigación sólo dice relación con aquellos procedimientos y actuaciones del ministerio público que estén directa e inmediatamente orientadas a la solicitud o al cumplimiento de actuaciones que exijan la intervención del órgano jurisdiccional.

Es evidente que no puede abarcar a los demás procedimientos del ministerio público, pues de lo contrario se habría tenido que declarar inconstitucional toda la normativa del proyecto que confiere facultades al Fiscal Nacional para, por ejemplo, dictar reglamentos a fin de determinar el funcionamiento de las fiscalías y demás unidades del ministerio público (art. 17 d) LOCMP) o de dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el

adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles (art. 17 a) inciso 2º LOCMP). Una excesiva formalización de la etapa de instrucción no resulta funcional con su carácter de meramente preparatoria del juicio, torna rígida la investigación de los delitos y las relaciones entre sus diferentes actores y obstaculiza la adecuación constante de los procedimientos a las necesidades del servicio.

2.3.2.4. Principios de transparencia y probidad

El principio de transparencia fue analizado como presupuesto indispensable para el control ciudadano de la actividad del ministerio público.¹³⁸ En efecto, no sólo permite verificar el modo en que se ejerce la persecución penal pública y sus criterios político-criminales de actuación sino que, además, se constituye en elemento central para la protección de la probidad administrativa.

En efecto, el artículo 8º de la LOCMP establece que “los fiscales y los funcionarios del ministerio público deberán observar el principio de probidad administrativa” desarrollando a continuación las bases del principio de transparencia, considerado requisito fundamental para la preservación del primero.¹³⁹ Una regulación específica encaminada a resguardar la probidad administrativa de los fiscales se contiene en el artículo 9º de la LOCMP que introduce el deber del Fiscal Nacional, de los fiscales regionales y de los fiscales adjuntos de efectuar una declaración jurada de intereses ante un notario de la ciudad donde ejerzan sus funciones o ante el oficial del Registro Civil en aquellas comunas en que no haya notario. Tal obligación debe cumplirse dentro del plazo de treinta días contado desde la asunción del cargo. Se plantea, asimismo, un deber de protocolización y de actualización de la declaración cada cuatro años o nombramiento en nuevo cargo. Cualquier persona podrá obtener copia de la declaración protocolizada cuando así lo solicite en la oficina de personal de la Fiscalía Nacional o de la respectiva Fiscalía Regional.

¹³⁸ Vid. supra, III.A.2.2.1.4.d).

¹³⁹ Este artículo guarda cierta identidad con el artículo 11 bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, introducido por el artículo 1º Nº 7 de la Ley Nº 19.653, de 14 de diciembre de 1999.

El principio de transparencia constituye un pilar fundamental del ejercicio de la función pública.¹⁴⁰ La publicidad de las actuaciones del ministerio público es la única manera de ejercer un control democrático sobre una institución que tiene déficit de legitimidad en tal sentido y que no responde directamente ante la ciudadanía.¹⁴¹ Es, pues, el medio de verificar el modo y los criterios con que se ejerce la persecución penal pública, posibilitando así la discusión y revisión crítica de los mismos. Y sus actuaciones han de ser generalmente públicas en todas las fases del procedimiento penal, con la sola excepción de las restricciones impuestas por el Código Procesal Penal o la propia LOCMP.

Los incisos 2º y 3º del artículo 8 de la LOCMP imponen el deber de publicidad de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten por el ministerio público así como la garantía de acceso de cualquier persona a los fiscales, “con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal”. En el inciso 4º del citado precepto legal se establece el principio de publicidad de los actos administrativos del ministerio público y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo. Sin embargo, la ley señala que se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales:

- a) Cuando la reserva o secreto se encuentren establecidos en disposiciones legales o reglamentarias. La alusión al reglamento nos parece excesiva, pues dichas disposiciones no tienen la jerarquía suficiente para oponerse a un principio que es de tal entidad para la función pública que ha sido reiteradamente consagrado por leyes de rango orgánico-constitucional. Incluso, podría entenderse que la reserva puede ser establecida por el propio Fiscal Nacional a través de su potestad reglamentaria, lo que evidentemente haría inoperante el principio;¹⁴²

¹⁴⁰ Vid. artículo 11 bis inciso 2º de la Ley Nº 18.575.

¹⁴¹ Contrariamente a lo que ocurre, por ejemplo, con los “*district attorneys*” norteamericanos, que suelen ser de naturaleza local y electiva. En cuanto cargo público electivo, es políticamente responsable ante los electores, a quienes debe dar cuenta del ejercicio de la persecución penal pública de los delitos.

¹⁴² Una interpretación restrictiva sería aquella que sólo admite como fuente reglamentaria de secreto o reserva los reglamentos a que alude el inciso final del

- b) Cuando la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo fiscal regional o, en su caso, el Fiscal Nacional. En esta situación podrían encontrarse los testigos o personas que, sin tener la calidad de intervinientes del procedimiento, hayan tenido participación en él y se haya dispuesto la reserva de sus datos personales, por existir un peligro concreto para su seguridad, etc.;
- c) Cuando exista oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos. Esta causal supone la comunicación al tercero de la información correspondiente y su facultad para oponerse a su entrega, procedimiento que, sin embargo, no se encuentra expresamente regulado;¹⁴³
- d) Cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo. Esta causal de reserva es extremadamente amplia e imprecisa y no se observa a qué funciones del ministerio público alude. Desde luego, se excluye la posibilidad de que se trate de una norma referida a la divulgación e información de los actos relacionados con la investigación de los delitos, pues el régimen de publicidad y secreto de estas actuaciones se rige por la ley procesal penal (artículos 8º inciso final LOCMP y 182 CPP). Lo mismo ocurre con la función de protección de víctimas y testigos. Pensamos, por ello, que esta causal carece de autonomía y sólo cabe reconducirla a las examinadas en las letras b) y c) anteriores;
- e) Cuando la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional. Esta es una causal que requiere de mayor precisión y en caso alguno debe estar sujeta a la apreciación

artículo 11 bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁴³ A diferencia de lo que ocurre en el artículo 11 bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que contempla una causal idéntica a la contenida en el art. 8º inciso 4º LOCMP.

personal de la autoridad requerida. Por ello, estimamos que sólo cabría considerar dentro de esta hipótesis la información que haya sido declarada como tal por la ley, los reglamentos a que se refiere el artículo 11 bis de la Ley 18.575, por las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 CPP.

2.3.2.5. Principio de responsabilidad

Ya vimos que el principio de responsabilidad está íntimamente relacionado con la idea de control. La responsabilidad de los fiscales se establece en el artículo 2º inciso 2º LOCMP y se regula en el Título III de la LOCMP, que incluye la que suele denominarse responsabilidad “política” (art. 53 LOCMP). En efecto, el artículo 45 de la misma señala que “los fiscales del ministerio público tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley”. El artículo 11 LOCMP consagra la responsabilidad administrativa del personal del ministerio público.

Con anterioridad abordamos la cuestión de los controles sobre el ministerio público y la responsabilidad que dicho control puede originar. A continuación trataremos la responsabilidad que nace de la realización de ilícitos civiles y penales, en este último caso de carácter criminal o administrativo. La denominada responsabilidad “política” y la disciplinaria fueron tratadas a propósito del control político y el control disciplinario.¹⁴⁴

2.3.2.5.a. Responsabilidad penal

Tratándose de esta responsabilidad, cabe distinguir dos situaciones: primero, que nos encontremos frente a la comisión de delitos comunes y, segundo, que se trate de la comisión de delitos en el ejercicio de la función.

En este último caso, el artículo 46, inciso final, de la LOCMP establece que “el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querrela de capítulos” (arts. 424 y ss. CPP).

¹⁴⁴ Vid. supra, III.A.2.2.1.4. a) y c).

El art. 46 LOCMP determina, para ambos supuestos, quién será el fiscal encargado de perseguir la responsabilidad penal de los fiscales del ministerio público, atendiendo a la calidad del mismo. En consecuencia, si el imputado es el Fiscal Nacional, el encargado será el fiscal regional que designe en sesión especial el Consejo General. Si el imputado es un fiscal regional, lo será el fiscal regional que designe el Fiscal Nacional oyendo previamente al Consejo General. En fin, si el imputado es un fiscal adjunto, tendrá a su cargo el caso el fiscal regional que designe el Fiscal Nacional. Estas normas especiales pretenden, como es evidente, asegurar la imparcialidad y la eficacia de la persecución penal e impedir al máximo las presiones internas que suelen producirse en estos casos.

2.3.2.5.b. Responsabilidad administrativa

El artículo 11 LOCMP consagra la responsabilidad administrativa del “personal del ministerio público”. Esta responsabilidad, a diferencia de la disciplinaria que se deriva del principio de jerarquía,¹⁴⁵ se establece directamente por la ley para infracciones específicas. Una buena parte de la doctrina entiende que la responsabilidad disciplinaria es una especie de responsabilidad administrativa. Las sanciones administrativas serían aquellas que la autoridad puede imponer a cualquier ciudadano, mientras que las disciplinarias estarían reservadas para castigar a quienes se encuentran vinculados con la organización administrativa por una relación de subordinación, para el aseguramiento del orden interno del servicio u organismo de que se trate.¹⁴⁶ Sin embargo, suele advertirse que las fronteras entre el derecho penal administrativo y el disciplinario son extremadamente penumbrosas y vagas. Y la delimitación antes anotada se oscurece aun más si se considera que el único caso de responsabilidad administrativa expresamente regulado en la LOCMP es sancionado con pena de

¹⁴⁵ NOVOA (E.), *Derecho Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, pp. 34 y ss. CURY (E.), *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 83 y ss., ETCHEBERRY (A.), *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 21.

¹⁴⁶ CURY, cit., p. 73 y bibliografía citada en nota 318.

multa “impuesta administrativamente por el Fiscal Nacional o el fiscal regional respectivo, en su caso” (art. 47 LOCMP).

En efecto, dicho precepto legal se refiere a la infracción del deber legal de efectuar una declaración jurada de intereses. La ley establece el principio de probidad administrativa que, en este caso particular, impone el deber de individualizar y actualizar periódicamente las actividades profesionales y económicas que desarrolla o en las que participa el respectivo fiscal (art. 9º LOCMP). Asimismo, se establece la responsabilidad administrativa del jefe de la unidad a quien corresponda advertir la omisión de la declaración o su actualización (art. 47 inciso final LOCMP).

2.3.2.5.c. Responsabilidad civil

El art. 45 LOCMP sienta la regla general de responsabilidad civil de los fiscales del ministerio público por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la que se rige por las normas sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil.

Sin embargo, el artículo 5º LOCMP establece la responsabilidad patrimonial del Estado por las conductas “injustificadamente erróneas o arbitrarias” del ministerio público, quedando a salvo su derecho de repetir en contra del fiscal o funcionario que haya actuado con culpa grave o dolo. Se desecha el esquema de responsabilidad extracontractual del Estado sentado en el artículo 4º de la Ley de Bases de Administración del Estado y se opta por el régimen establecido en la Constitución para los casos de error judicial (art. 19 Nº 7 letra i) CPR) a pesar que las actuaciones del ministerio público en caso alguno pueden considerarse jurisdiccionales (art. 80 A inciso 1º CPR). Esta opción, sin embargo, corre el riesgo de ser objeto de la misma interpretación restrictiva que aqueja al modelo escogido, aunque en el caso del ministerio público la declaración de “injustificadamente errónea o arbitraria” deberá efectuarse por el tribunal que corresponda de acuerdo a las reglas generales. En efecto, la interpretación excesivamente restrictiva que la Corte Suprema ha atribuido a la expresión constitucional ha conducido al rechazo de casi todas las acciones intentadas sobre la materia.¹⁴⁷ Así, ha resuelto

¹⁴⁷ Cfr. VERDUGO/PFEFFER, *Derecho Constitucional*, tomo I, cit., pp. 246 y ss., y jurisprudencia citada.

que para que una resolución tenga el carácter de errónea o arbitraria en grado de injustificable es necesario que, además de ser contradictoria con la razón, se haya decretado de manera irregular o caprichosa, carecer rotundamente de motivación y racionalidad.¹⁴⁸ Trasladado este criterio a las actuaciones del ministerio público se observan de inmediato las dificultades que podrían presentarse a la hora de hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado o la del propio funcionario, respecto del cual se exige un estándar más intenso de imputación subjetiva que el exigido por el Código Civil: culpa grave o dolo (art. 5º inciso 3º LOCMP).

Cabe señalar, finalmente, que la acción para perseguir la responsabilidad patrimonial del Estado prescribe en 4 años, contados desde la fecha de la actuación dañina (art. 5º inciso 2º LOCMP).

2.4. ESTRUCTURA GENERAL DEL MINISTERIO PÚBLICO CHILENO

Como hemos visto, el ministerio público se organiza, por su estructura jerárquica, en forma piramidal. En su cúspide está el Fiscal Nacional y en su base los fiscales adjuntos. A continuación examinaremos brevemente la jerarquía y funciones de cada uno de estos órganos del ministerio público.

2.4.1. *La Fiscalía Nacional*

La Fiscalía Nacional está integrada por el Fiscal Nacional, por las unidades especializadas para colaborar con los fiscales en la investigación de determinados delitos, y por seis unidades administrativas a cargo de un jefe administrativo cada una de ellas.¹⁴⁹

Las unidades especializadas a que se hace referencia en el párrafo anterior serán dirigidas por un director designado por

¹⁴⁸ VERDUGO/PFEFFER, cit., p. 248, quienes citan los siguientes fallos de la Corte Suprema: 30.10.87 (RDJ, t. 84, p. 262); 11.8.89 (RGJ 110, p. 54); 16.8.89 (RGJ 110, p. 63).

¹⁴⁹ Vid. infra, III.A.2.4.1.2.

el Fiscal Nacional, previa audiencia del Consejo General (art. 22 LOCMP). Dependen del Fiscal Nacional y tienen por función colaborar y asesorar a los fiscales que tengan a su cargo la dirección de la investigación de determinada categoría de delitos, de acuerdo con las instrucciones que al efecto aquél les dicte.¹⁵⁰

Existen, hasta el momento, dos unidades especializadas:

- a) Sobre delitos tipificados en la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 22 inciso 2º LOCMP), que comprende también la Ley de Alcoholes, y
- b) Sobre delitos funcionarios contra la probidad y delitos económicos.

2.4.1.1. El Fiscal Nacional

El Fiscal Nacional es el jefe superior del ministerio público y ejerce sus atribuciones personalmente o a través de los órganos de la institución. Cuenta con seis unidades administrativas de apoyo a cargo de un Director Ejecutivo Nacional y de los jefes de las respectivas unidades (art. 20 LOCMP). Tiene su sede en la ciudad de Santiago (art. 13 LOCMP).

2.4.1.1.a. Requisitos del cargo

Los requisitos para postular a este cargo son:

- a) Tener a lo menos diez años el título de abogado;
- b) Haber cumplido 40 años de edad;
- c) Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio (art. 80 C inciso 2º CPR).

La LOCMP añade como requisito no encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades que se prevén en el Título V de la citada ley (art. 14 d) LOCMP).

¹⁵⁰ Vid. Reglamento de unidades especializadas del ministerio público, Resolución del Fiscal Nacional N° 153, de 7 de junio de 2000, e Instructivos N° 16 y N° 10, Fiscalía Nacional del ministerio público, *Reforma Procesal Penal*, cit., pp. 133 y ss. (tomo I) y pp. 217 y ss., (tomo I).

2.4.1.1.b. Nombramiento

En su designación intervienen los tres poderes del Estado conforme al procedimiento establecido en el artículo 80 C de la Constitución y artículo 15 LOCMP.¹⁵¹ La Corte Suprema debe llamar a un concurso público y acordar una quina, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, en base al desempeño de los candidatos en una audiencia pública. El Presidente de la República dispone de diez días para proponer al Senado como Fiscal Nacional a uno de los integrantes de la quina. El Senado debe dar su acuerdo por, al menos, los dos tercios de sus miembros en ejercicio o desechar la propuesta presidencial.¹⁵² En este último caso, la LOCMP prevé la repetición parcial del procedimiento hasta obtener la conformidad del Senado. Lograda la aprobación de la Cámara Alta, el Presidente de la República, por intermedio del Ministerio de Justicia, expedirá el decreto supremo de nombramiento del Fiscal Nacional. Así nombrado, el Fiscal Nacional durará diez años en el ejercicio de su cargo y no podrá ser designado para el período siguiente (art. 16 inciso 1º LOCMP).¹⁵³

No rige, respecto del Fiscal Nacional, la norma que establece la cesación del cargo de fiscal regional o fiscal adjunto al cumplirse los 75 años de edad. La excepción es análoga a la prevista para el Presidente de la Corte Suprema (art. 77 inciso 2º CPR) entendiéndose, en consecuencia, que debe continuar en su cargo hasta el término de su período salvo por incapacidad sobreviniente (80 G CPR, art. 60 LOCMP).

¹⁵¹ Se utilizó el mismo mecanismo incorporado recientemente para la designación de los ministros de la Corte Suprema (Ley de Reforma Constitucional N° 19.541, de 22 de diciembre de 1997).

¹⁵² Al quórum tan alto exigido se objetó que de este modo se confería un virtual poder de veto a las minorías, que podía dar lugar a dilaciones inconvenientes del procedimiento de nombramiento, que se sobrevaloraba la significación del acto pues dicho quórum se exige para reformar los capítulos más rígidos de la Constitución y no se ocupa para los demás nombramientos en que debe intervenir el Senado, salvo el de los ministros de la Corte Suprema, en que se plantearon iguales objeciones (cfr. VERDUGO/PFEFFER/NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, t. II, cit., p. 267).

¹⁵³ Sobre el carácter “engorroso” de este procedimiento y los problemas detectados en la designación del primer Fiscal Nacional, vid. DUCE (M.), “El ministerio público...”, cit., p. 403.

2.4.1.1.c. Atribuciones

El Fiscal Nacional tiene la superintendencia directiva, correccional y económica del ministerio público (art. 80 I Constitución). Las atribuciones que le confiere la ley son de carácter funcional, disciplinario y administrativo. Las primeras están estrechamente vinculadas a la persecución penal pública, y en virtud de ellas le corresponde:

- a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del ministerio público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Estos criterios de actuación dicen relación con las funciones de dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la adopción de medidas de protección de víctimas y testigos (art. 80 A, inciso 1º CPR, art. 1º LOCMP). Así, determinará los casos en que se podrá aplicar el principio de oportunidad, los criterios para archivar provisionalmente un caso o la forma en que la policía debe proceder en los casos de actuación sin orden previa, etc. Para tal fin, el Fiscal Nacional deberá impartir instrucciones generales y objetivas; no podrá, en consecuencia, dar instrucciones particulares a los fiscales, salvo cuando él mismo asuma, excepcionalmente, la dirección de la investigación de un caso particular (art. 18 LOCMP). El Fiscal Nacional deberá dar a conocer, en la cuenta anual de su gestión, los criterios de actuación que aplicará en el período siguiente (art. 21 inciso 3º LOCMP);
- b) Crear, previo informe del Consejo General, unidades especializadas para colaborar con los fiscales a cargo de la investigación de determinados delitos;¹⁵⁴
- c) Dictar los reglamentos que correspondan en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica que la Constitución le confiere. En ejercicio de esta facultad, determinará la forma de funcionamiento de las fiscalías y demás unidades del ministerio público y el ejercicio de la potestad disciplinaria correspondiente;

¹⁵⁴ Cfr. supra, III.A. 2.4.1.

- d) Resolver las dificultades que se susciten entre fiscales regionales acerca de la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública o la protección de víctimas o testigos. En ejercicio de esta facultad determinará la fiscalía regional que realizará tales actividades o dispondrá las medidas necesarias de coordinación.

Las atribuciones señaladas se contemplan en el artículo 17 letras a), c), d) y f) LOCMP. Asimismo, cuenta con atribuciones administrativas (art. 17 letras b), g), h) e i) LOCMP) y disciplinarias (art. 17 letras d) y e) LOCMP).

El Fiscal Nacional podrá asumir, de oficio y excepcionalmente, la persecución penal de determinados hechos cuando la investidura de las personas involucradas como imputadas o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía (art. 18 LOCMP). Del mismo modo, podrá disponer, de oficio y de manera excepcional, que un fiscal regional determinado asuma la persecución penal de determinados hechos delictivos que por su gravedad o complejidad hagan necesario operar de este modo. Igualmente, podrá disponer que un fiscal regional distinto de aquel en cuyo territorio se hubieren perpetrado los hechos tome a su cargo la persecución penal pública cuando la necesidad de operar en varias regiones así lo exija (arts. 18 y 19 LOCMP).

2.4.1.2. Las unidades administrativas de la Fiscalía Nacional

Las unidades administrativas se encuentran bajo la supervigilancia y organización de un director ejecutivo nacional quien, al igual que los jefes administrativos de cada una de las unidades, es funcionario de exclusiva confianza del Fiscal Nacional. El director ejecutivo nacional debe actuar sobre la base de las instrucciones generales impartidas por aquel. Tales divisiones son las siguientes:

- a) División de estudios, evaluación, control y desarrollo de la gestión;
- b) División de contraloría interna;
- c) División de recursos humanos;
- d) División de administración y finanzas;

- e) División de informática, y
- f) División de atención a las víctimas y testigos.

2.4.2. *El Consejo General*

Este organismo del ministerio público está integrado por el Fiscal Nacional, que lo preside, y por los fiscales regionales (art. 24 LOCMP).

Sus atribuciones son fundamentalmente de asesoramiento al Fiscal Nacional y demás integrantes del ministerio público y dar a conocer su opinión respecto de los criterios de actuación del ministerio público cuando el Fiscal Nacional así lo requiera. El Consejo debe sesionar ordinariamente al menos cuatro veces al año y extraordinariamente todas las veces que el Fiscal Nacional lo convoque.

2.4.3. *Las fiscalías regionales*

Las fiscalías regionales responden a una estructura descentralizada y desconcentrada de la persecución penal pública, con importantes niveles de autonomía respecto de la Fiscalía Nacional. A la cabeza de las mismas se encuentran los fiscales regionales, quienes cuentan con un aparato administrativo que opera en términos análogos al existente en la fiscalía nacional.¹⁵⁵

2.4.3.1. Los fiscales regionales

A los fiscales regionales corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del ministerio público en la región o extensión geográfica de la región que corresponda a la fiscalía regional a su cargo (art. 27 LOCMP). Esta distinción territorial se realiza porque la Constitución establece que existirá un fiscal regional en cada una de las regiones en que se divida administrativamente el país, a menos que la población o la extensión geográfica de la región hagan necesario nombrar a más de uno (art. 80 D inciso 1º CPR).

¹⁵⁵ Vid. infra, III.

Por ello, a excepción de las demás regiones, que contarán con un fiscal regional cada una, la Región Metropolitana contará con cuatro. En total, serán 16 fiscalías regionales.

2.4.3.1.a. Requisitos del cargo

Para ser nombrado fiscal regional se requiere:

- a) Tener a lo menos 5 años el título de abogado;
- b) Haber cumplido 30 años de edad;
- c) Ser ciudadano con derecho a sufragio, y
- d) No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades previstas en el Título V de la LOCMP.

Estas normas se contemplan en el artículo 80 D inciso 3º LOCMP y en el artículo 31 LOCMP.

2.4.3.1.b. Nombramiento

El artículo 80 D, inciso 2º, de la Constitución señala que los fiscales regionales serán nombrados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva región. En caso que en la región exista más de una Corte de Apelaciones, la terna será formada por un pleno conjunto de todas ellas, especialmente convocado al efecto por el Presidente de la Corte de más antigua creación. Una regulación más detallada del procedimiento de designación de estos fiscales se contiene en el artículo 29 LOCMP.

Se establece que durarán 10 años en el ejercicio de sus funciones y no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del ministerio público (art. 80 D inciso 3º CPR y art. 30 inciso 1º LOCMP). Se señala, además, que los fiscales regionales cesarán en su cargo al cumplir 75 años de edad, sometiéndose en consecuencia a la misma norma prevista en general para los jueces (art. 77 inciso 2º CPR).

2.4.3.1.c. Atribuciones

También corresponden a los fiscales regionales atribuciones disciplinarias, administrativas y las referidas directamente a la per-

secución penal pública de los delitos (art. 32 LOCMP). Entre las más relevantes están las siguientes:

- a) Dictar, conforme a las instrucciones generales del Fiscal Nacional, las normas e instrucciones necesarias para la organización y funcionamiento de la fiscalía regional y para el adecuado desempeño de los fiscales adjuntos en los casos en que debieren intervenir;
- b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formule respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la fiscalía regional a su cargo;¹⁵⁶
- c) Proponer al Fiscal Nacional la ubicación de las fiscalías locales y la distribución en cada una de ellas de los fiscales adjuntos y los funcionarios;
- d) Disponer las medidas que faciliten y aseguren el acceso expedito a la fiscalía regional y a las fiscalías locales, así como la debida atención a las víctimas y demás intervinientes, y
- e) Ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley. Entre ellas está el ejercicio de las facultades disciplinarias respecto de los fiscales adjuntos en los términos señalados en los artículos 48 y siguientes de la LOCMP.

Además, se prevén facultades de supervisión y control administrativo y presupuestario sobre la fiscalía regional y fiscalías locales dependientes (art. 32 c), d) y e) LOCMP).

2.4.3.2. Las unidades administrativas de las fiscalías regionales

Junto a cada fiscal regional opera un director ejecutivo regional, funcionario de la exclusiva confianza del primero, quien está encargado de la organización y supervisión de las unidades administrativas sobre la base de las instrucciones generales que dicte el fiscal regional. Se contemplan cinco unidades administrativas, cuyos jefes también son de la exclusiva confianza del fiscal regional, y que son las siguientes:

¹⁵⁶ Así, por ejemplo, en la hipótesis prevista en el artículo 232 inciso final CPP.

- a) Unidad de evaluación, control y desarrollo de la gestión;
- b) Unidad de recursos humanos;
- c) Unidad de administración y finanzas;
- d) Unidad de informática, y
- e) Unidad de atención a las víctimas y testigos.

2.4.4. *Las fiscalías locales*

Son las unidades operativas de las fiscalías regionales para el cumplimiento de las funciones del ministerio público a nivel local. Cada fiscalía local contará con un fiscal jefe, designado de entre los fiscales adjuntos por el Fiscal Nacional a propuesta del fiscal regional, con un número variable de fiscales adjuntos, profesionales y personal de apoyo. También contará con los medios materiales que determine el Fiscal Nacional, a propuesta del respectivo fiscal regional (art. 38 LOCMP).

La ubicación de las fiscalías locales en el territorio de cada fiscalía regional será determinada por el Fiscal Nacional, a propuesta del respectivo fiscal regional. La ley establece que para la distribución geográfica y la organización interna de las fiscalías locales deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios objetivos: a) carga de trabajo; b) extensión territorial; c) facilidad de comunicaciones, y d) eficiencia en el uso de los recursos (art. 39 LOCMP). Para la distribución de los casos entre los distintos fiscales adjuntos la ley establece que deberán seguirse las instrucciones respectivas del Fiscal Nacional, quien en todo caso deberá consultar criterios objetivos como los de carga de trabajo, especialización y experiencia (art. 40 LOCMP).

2.4.4.1. Los fiscales adjuntos

Los fiscales adjuntos son quienes ejercen directamente las funciones del ministerio público en los casos que el fiscal jefe les asigne. Con dicho fin dirigirán la investigación de los hechos constitutivos de delitos y, cuando proceda, ejercerán las demás atribuciones que la ley les confiere, de conformidad a la misma y a las instrucciones generales que, dentro del ámbito de sus facultades, respectivamente impartan el Fiscal Nacional y el fiscal regional (art. 44 inciso 1º LOCMP).

En efecto, como examinamos en otra parte de este trabajo,¹⁵⁷ los fiscales adjuntos gozan de cierta independencia funcional. Desde luego, no pueden recibir instrucciones particulares por parte del Fiscal Nacional respecto de un caso puesto a su cargo, con la sola excepción del supuesto previsto en el artículo 18 LOCMP. Por su parte, el fiscal regional sí puede impartirles instrucciones particulares con respecto a un caso que les hubiere sido asignado, a menos que estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional. La ley les otorga un derecho de representación de las instrucciones que adolezcan de tales vicios, regulando un procedimiento de objeción ante el fiscal regional en el artículo 44 inciso 3º LOCMP. Sólo tratándose de instrucciones relativas a actuaciones procesales impostergables, el fiscal adjunto deberá darles cumplimiento sin perjuicio de la objeción que formule conforme a las reglas generales.

2.4.4.1.a. Requisitos del cargo

Para ser nombrado fiscal adjunto se requiere:

- a) Ser ciudadano con derecho a sufragio;
- b) Tener título de abogado;
- c) Reunir los requisitos de experiencia y formación especializada adecuados para el cargo, y
- d) No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades previstas en el Título V de la LOCMP (arts. 80 F CPR y 42 LOCMP).

2.4.4.1.b. Nombramiento

Son designados por el Fiscal Nacional a propuesta en terna del fiscal regional respectivo, la que deberá formarse previo concurso público. Los concursos deberán regirse por las reglas generales y bases que al efecto dicte el Fiscal Nacional e incluirán exámenes escritos, orales y una evaluación de los antecedentes académicos y laborales de los postulantes (art. 80 F CPR y art. 41 inciso 1º LOCMP). Durarán en sus funciones mientras no incu-

¹⁵⁷ Vid. supra, III.A.2.2.2.

rran en alguna causal legal de cesación de su cargo o no sean objeto de alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el artículo 49 LOCMP.

2.4.4.1.c. Cesación en el cargo

Los fiscales adjuntos cesarán en sus cargos por:

- a) Cumplir 75 años de edad;
- b) Renuncia;
- c) Muerte;
- d) Salud incompatible con el cargo o enfermedad irrecuperable, de acuerdo a lo establecido en el reglamento, y
- e) Incapacidad o incompatibilidad sobreviniente, cuando corresponda.

B. LA POLICIA

1. INTRODUCCION

La policía es un sujeto procesal no interviniente del procedimiento penal, al tenor de lo que establece el artículo 12 CPP. Aunque tiene el carácter de auxiliar o de órgano colaborador en las tareas de investigación criminal, no cabe duda de que su función es central en la fase de investigación preparatoria de los delitos.

Su posición en los sistemas comparados de justicia criminal es de tal entidad, que se la define como “verdadera gestora de la investigación”,¹⁵⁸ destacando su “dominación fáctica” de la fase preparatoria del proceso penal¹⁵⁹ y su amplia autonomía del ministerio público,¹⁶⁰ a pesar que, en general, los textos legales la subordinan, ya sea orgánica y/o funcionalmente al ministerio público.

¹⁵⁸ JUNG (H.), “Vers un nouveau modèle du procès pénal?”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1991, p. 526.

¹⁵⁹ BOTTKE (W.), “Polizeiliche Ermittlungsarbeit und Legalitätsprinzip”, en *Meyer Gedächtnisschrift*, 1990, p. 131.

¹⁶⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, París, 1992, p. 95.

En efecto, la generalidad de la legislación comparada atribuye a la policía un papel subordinado de ejecutor de las instrucciones de los fiscales, excepto cuando se encuentra autorizada para actuar sin orden previa. Sin embargo, la policía asume en la práctica, bajo el impulso o asentimiento tácito de los fiscales, atribuciones que la ley encomienda al ministerio público.¹⁶¹ Así, por ejemplo, no informa todas las denuncias que recibe al fiscal; informa de una investigación cuando ella se encuentra realizada; ejecuta, por delegación, actuaciones que la ley encomienda exclusiva o principalmente al fiscal; etc.¹⁶²

Un ejemplo paradigmático de amplia discrecionalidad policial en el proceso penal es el caso inglés, en que la policía es la única jurídicamente habilitada para llevar a cabo las diferentes actuaciones que configuran la investigación preparatoria, de ponderar los antecedentes que recoja y decidir la persecución penal del respectivo delito. Hasta la dictación de la *Prosecution of Offences Act* de 1985,¹⁶³ la policía tenía, además, el poder exclusivo sobre el curso del caso con posterioridad a la clausura de la investigación, esto es, el archivo del mismo o el ejercicio de la acción penal. Con la nueva ley, que crea el *Crown Prosecution Service*, los poderes policiales se debilitan si bien continúan siendo exorbitantes en comparación a los que poseen sus homónimos del continente europeo. En efecto, ante la decisión de la policía de ejercer la acción penal el *Crown Prosecutor* puede confirmarla o decidir su archivo, en base a una nueva ponderación de los antecedentes de la investigación o sobre la utilidad de la persecución en relación con el interés público. Es decir, el poder del ministerio público inglés depende de la previa decisión de la policía pero, cumplida esta condición, es el único competente para archivar.¹⁶⁴

La preponderancia fáctica de la policía sobre el ministerio fiscal afecta el fundamento político del rol asignado a cada órgano dentro del proceso penal. En efecto, una de las funciones atribuidas al ministerio público desde su nacimiento fue el con-

¹⁶¹ DELMAS-MARTY (M.), *Procesos penales de Europa*, cit., pp. 471 y ss.

¹⁶² Casos de Francia, Alemania e Italia, fundamentalmente (cfr. DELMAS-MARTY, *Procesos penales de Europa*, cit., pp. 488 y ss.)

¹⁶³ Vid. supra, III.A.1.1.

¹⁶⁴ DELMAS-MARTY (M.), *Procesos penales en Europa*, cit., pp. 484-485.

trol de la legalidad del procedimiento y, especialmente, el abuso y la arbitrariedad policial. Por ello, en general se impone al ministerio público el deber de supervigilar las actuaciones de la policía, sobre todo cuando ellas puedan afectar derechos fundamentales de las personas, por ejemplo, a través de la revisión de la detención por delito flagrante y antes de que el detenido sea puesto a disposición del tribunal. Sin embargo, en muchos casos este control no se ejerce o se ejerce raramente.¹⁶⁵ Por ello se dice que el ministerio público, más que un órgano de control es una instancia de legalización de las actuaciones policiales, situación que ha generado intensos debates y propuestas de reforma.¹⁶⁶

2. FUNCION, ATRIBUCIONES Y DEBERES DE LA POLICIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

2.1. AUXILIAR DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS TAREAS DE INVESTIGACIÓN

Conforme al artículo 79 inciso 1º CPP, la Policía de Investigaciones será auxiliar del ministerio público en las tareas de investigación de los delitos, debiendo llevar a cabo las diligencias necesarias para dar cumplimiento a los fines del proceso penal. Se añade que Carabineros de Chile, con el mismo carácter auxiliar, deberá desempeñar las tareas de investigación cuando el fiscal a cargo del caso así lo disponga.

Esta norma sienta el principio, ya establecido anteriormente en el artículo 74 CdPP y en el artículo 8º de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, de que la investigación de los delitos corresponde, en primer lugar, a la policía civil, y sólo en subsidio a la policía uniformada.

No obstante que Carabineros de Chile fue concebida fundamentalmente como una policía preventiva, desde hace ya unas décadas que resulta familiar su intervención en la tarea de investigar los delitos. Adquirió una creciente participación en este

¹⁶⁵ Vid. caso francés, DELMAS-MARTY (M.), cit., p. 492.

¹⁶⁶ DELMAS-MARTY (M.), cit., pp. 490 y ss.

ámbito durante el régimen militar, circunstancia que provocó constantes conflictos institucionales con la Policía de Investigaciones, llamada a realizar, desde sus orígenes,¹⁶⁷ una función esencialmente investigativa. Esta tendencia ha estado marcada por reformas legales que le han ido confiriendo importantes atribuciones en esta materia.

Primero, la Ley 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que modificó el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal de 1906, estableció que Carabineros debía cumplir las órdenes y resoluciones emanadas de los tribunales de justicia en todos aquellos lugares en que no existiese Policía de Investigaciones, y también en aquellos casos que el tribunal así lo dispusiera. Posteriormente, y durante el gobierno de Aylwin, se dictó la Ley 19.077, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1991, que permitió tanto a Carabineros como a Investigaciones efectuar las diligencias preliminares de toda investigación referida a delitos contra las personas, robo, hurto y tráfico ilícito de estupefacientes, lo que incrementó notablemente las atribuciones de Carabineros en este ámbito.*

Con la dictación de la Ley 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, que entró en vigencia 4 días antes de que Aylwin asumiera la presidencia, se consolidó el estatus de policía investigativa de esta institución al permitir, su artículo 3º, que ella pudiera establecer los servicios policiales que estimase necesarios para el cumplimiento de sus finalidades específicas, “siempre que no interfiera con servicios de otras instituciones

¹⁶⁷ En 1927, Carlos Ibáñez del Campo unificó las diferentes policías fiscales, las municipales y el Cuerpo de Carabineros dependiente del Ejército, que actuaban dispersamente hasta ese momento en todo el país. Investigaciones se constituyó como una rama específica dentro de Carabineros de Chile. Fue durante el gobierno de Arturo Alessandri, a través de una ley publicada en junio de 1933, que se la separó definitivamente de la policía uniformada, pasando a depender del Ministerio del Interior. Se adujo como justificación de la separación institucional, primero, la necesidad de conferir a Investigaciones un carácter eminentemente civil, de modo que el fuero militar no pudiera ser motivo de delitos y abusos; y, en segundo lugar, que la separación promovería la capacitación técnica de Investigaciones, obstaculizada por su subordinación institucional a la policía uniformada (vid. FRÜHLING (H.), “Carabineros y consolidación democrática en Chile”, en *Revista Pena y Estado* (Policía y sociedad democrática), N° 3, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 82-85.

* Vid. el art. 83 del CdPP, modificado posteriormente por el artículo 2º de la Ley N° 19.393, de 22 de junio de 1995.

dependientes del Ministerio de Defensa Nacional (...). También se estableció que la investigación de los delitos podía ser desarrollada “en sus laboratorios y organismos especializados”. De esta manera, la institución creó, en 1994, su propio laboratorio criminológico (Labocar) así como un servicio de investigaciones policiales (SIP) que hoy se enfrenta competitivamente con la policía civil en el ámbito de la investigación criminal.

La importante influencia política de Carabineros, el protagonismo adquirido en la investigación de los delitos, así como la imposibilidad física de la Policía de Investigaciones para hacerse cargo, con su relativamente exigua dotación,¹⁶⁸ de la pesquisa de todos los delitos a nivel nacional serían los factores que obligarían a mantener a ambas policías involucradas en estas tareas en los mismos términos, al menos normativamente, que lo dispusiera la reforma legal de 1989.

Sin embargo, esta solución no se hace cargo de las fuertes críticas surgidas en torno a la dicotomía detectada entre el plano normativo y el de la práctica de las instituciones policiales.

En efecto, junto al artículo 74 CdPP ha existido también la norma contenida en el artículo 8º de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones que, como se dijo, ratifica el principio de subsidiariedad de la actividad investigativa de Carabineros de Chile. Ella establece que esta institución policial tiene el deber de resguardar el sitio del suceso a través de su clausura, si se trata de un lugar cerrado o su aislamiento, si es abierto, “mientras no intervenga un experto de Policía de Investigaciones de Chile...”. Más adelante añade que “cuando por circunstancias especiales, la intervención policial en el sitio del suceso se limite a funcionarios de Carabineros o actúen éstos con anterioridad y siempre que se trate de hechos graves, deberán comunicarlo en la forma más rápida a la Prefectura o Unidad de Investigaciones que corresponda.” Por su parte, el artículo 3º de la Ley Orgánica de Carabineros establece que las labores de esta institución no deben interferir con aquellas de otras instituciones dependientes del Ministerio de Defensa Nacional, situación que ocurre, precisamente, con la Policía de Investigaciones (art. 1º L.O.P.I.).

¹⁶⁸ La dotación total de la Policía de Investigaciones, a 1998, ascendía a 6.126 funcionarios (personal operativo y administrativo), mientras que Carabineros de Chile cuenta con más de 33.000 hombres en todo el territorio nacional.

No obstante, la experiencia policial de las últimas dos décadas desmiente la vigencia de estas normas.¹⁶⁹ La frecuente intervención y control de Carabineros en el sitio del suceso; la enorme cantidad de diligencias que los jueces encargan especialmente a los servicios especializados de Carabineros de Chile porque Investigaciones, con menos personal y recursos no cumple siempre con prontitud los encargos,¹⁷⁰ constituyen evidencias que niegan el carácter subsidiario de la actividad investigativa de la policía uniformada. Más bien afirman el creciente protagonismo adquirido por Carabineros de Chile en este ámbito. Este fenómeno pareciera responder al mayor poderío de la institución uniformada en recursos humanos y materiales, a su acentuada autonomía institucional,¹⁷¹ y al hecho que la prevención policial, tarea principal de Carabineros, no genera el mismo impacto público que la resolución de un caso criminal.

La existencia de dos cuerpos policiales competitivos y subordinados orgánicamente a distintas instituciones puede plantear, en el contexto del nuevo proceso penal, serios problemas para la eficacia de la investigación criminal y para la validez de la prueba que se aporte al juicio. En efecto, cualquier conflicto policial en el procedimiento de recogida de la evidencia o en su análisis pericial puede significar, eventualmente, privar de todo valor probatorio a aquélla. Es posible presumir que la mayor rigurosidad exigida en la incorporación de la evidencia al juicio oral, constituida por la demostración de su indemnidad durante la cadena de custodia, abrirá importantes flancos para desvirtuar la prueba de cargo.

¹⁶⁹ FRÜHLING (H.), cit., con abundante referencia a casos concretos, pp. 103 y ss.

¹⁷⁰ Vid. en tal sentido, encuesta a jueces, en: JIMENEZ, Angélica: "El proceso penal chileno y los derechos humanos" (vol. II Estudios Empíricos), en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 4, Serie Publicaciones Especiales, Escuela de Derecho U. Diego Portales, 1994, pp. 193 y ss.

¹⁷¹ La doble dependencia de Carabineros al Ministerio de Defensa y del Interior incide, paradójicamente, en una virtual ausencia de control y dirección por parte del Poder Ejecutivo. Como señala FRÜHLING, en términos legales Carabineros depende de un Ministro (el de Defensa) que carece de atribuciones en materia de preservación del orden público, mientras que el Ministro del Interior, que sí las posee, no tiene mando sobre esta institución. En la práctica esto significa que Carabineros no depende operativamente del gobierno, porque tiene atribuciones para actuar sin necesidad de esperar instrucciones ("Carabineros y la consolidación democrática en Chile", cit., p. 102).

Además, se plantean problemas de coordinación y de distribución racional de las tareas conforme a ciertos criterios objetivos. Así, podría efectuarse una delimitación previa de competencias, asignándose la investigación de ciertos delitos en base a: número de funcionarios con tareas de investigación criminal, cobertura territorial del mismo, existencia o no de adiestramiento calificado, soporte administrativo y técnico, recursos materiales, etc. Ello permitiría, entre otros fines, desarrollar la capacitación técnica hacia determinados tipos de criminalidad y planificar, en base a estudios previos, la actividad policial en esos ámbitos.

2.2. SUBORDINACIÓN FUNCIONAL AL MINISTERIO PÚBLICO Y ACTUACIONES AUTÓNOMAS

El artículo 80 CPP expresa que los funcionarios policiales ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales del ministerio público, y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartan para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren.

La ley establece la subordinación únicamente funcional de la policía al ministerio público, dejando incólume su dependencia orgánica a la superioridad del respectivo cuerpo policial. Esta situación tiene repercusiones inmediatas en el nivel de la responsabilidad disciplinaria, del control y aplicación de sanciones sobre los funcionarios policiales, como veremos más adelante.¹⁷²

La ausencia de dirección de la investigación ha sido un problema tradicional de los sistemas inquisitivos. El juez instructor, agobiado por la sobrecarga de trabajo jurisdiccional y administrativo y limitado por la rigidez de su función, no tiene capacidad para establecer una estrategia de investigación para cada delito que es denunciado en su tribunal. En muchos casos, la policía recibe las instrucciones del tribunal sin tener contacto con el juez y sin conocer el propósito de las mismas, si es que lo

¹⁷² Vid. infra, III.B.2.5.

tienen, y responde por escrito y ritualmente las órdenes de investigar remitidas.¹⁷³⁻¹⁷⁴

La forma de establecer lineamientos claros de actuación policial y de definir las relaciones entre fiscales y policía es a través de la dictación, por parte del ministerio público, de instrucciones generales.¹⁷⁵ Este mecanismo de coordinación entre ambas instituciones no es novedoso en el derecho comparado. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, las fiscalías tienen la facultad de dar instrucciones al jefe institucional de la respectiva oficina policial, quien se ocupa de que las mismas sean internamente cumplidas y acatadas.¹⁷⁶

Una de cuestiones más delicadas y debatidas por la doctrina dice relación con la delimitación del ámbito razonable de actuación autónoma de la policía, es decir, sin necesidad de instrucción previa de los fiscales, que asegure un control efectivo pero no paralizante de la actuación policial. En Alemania, a pesar que se establece legalmente la subordinación funcional de la policía al ministerio público,¹⁷⁷ gran parte de las actuaciones de investi-

¹⁷³ Vid. infra, III.B.2.4.

¹⁷⁴ En un planteamiento extremo, que refleja un problema especialmente crítico en los sistemas de justicia criminal latinoamericanos, BINDER se pregunta: "¿Quién investiga?" Y la respuesta es: "Nadie". Hay una especie de rito, una especie de liturgia de la investigación. Pero tenemos que sincerarnos en este espacio: *nadie está investigando*. Muchos dicen: "En nuestros países hay una gran impunidad". Yo me pregunto: "¿Cómo no va a haber impunidad si nadie está investigando? La impunidad no nace por generación espontánea sino por una crisis profunda del modelo de juez de instrucción", BINDER (A.), "Justicia penal: de la tradición inquisitiva al ideal republicano", cit. p. 222.

¹⁷⁵ La Fiscalía Nacional del ministerio público ha publicado el Instructivo N° 19, respecto de las funciones de las policías, previstas en los artículos 83 y 90 del CPP, el N° 31, sobre instrucciones complementarias a las policías, de acuerdo al artículo 90 CPP; y N° 41 sobre instrucciones a las policías sobre procedimiento de Ley de Alcoholes, menores de edad y órdenes de arresto y/o detención de los jueces de garantía (cfr. *Reforma procesal penal*, Instrucciones Generales N° 1-50), septiembre-noviembre 2000, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

¹⁷⁶ LÖSING (N.), "Seguridad interna y policía en Alemania" en *Justicia en la calle* (Ensayos sobre la policía en América Latina), Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996, p. 262. En Dresden, Estado de Sajonia, existen instrucciones generales que delimitan precisamente la competencia para investigar los delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales entre la policía uniformada, básicamente preventiva (*Schutzpolizei*) y la policía técnica (*Kriminalpolizei*).

¹⁷⁷ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., Beck, München, 1993, p. 51. Orgánicamente, la policía depende del Ministerio del Interior de cada estado alemán.

gación son llevadas autónomamente por la policía, informando al fiscal sólo cuando aquéllas se encuentran concluidas o avanzadas en forma relevante. Esta situación es considerada por la doctrina como “bordeando la legalidad”¹⁷⁸ aunque admitida en la medida que ella se limita fundamentalmente a delitos rutinarios de pequeña y mediana gravedad. Se dice que ningún fiscal entendería que, para cada hurto o robo, tuviera que impartir instrucciones a la policía sobre cómo llevar a cabo el procedimiento pues ésta conoce, tan bien o mejor que los fiscales, qué debe hacerse en tales casos. Es más, las especiales destrezas técnicas de la policía en el ámbito de la investigación criminalística y la falta de competencia especial y escasa idoneidad para la conducción de hombres por parte de los fiscales justificaría esta situación *de facto*.¹⁷⁹

Por ello, el fiscal suele recibir el expediente del caso cuando la investigación policial se encuentra agotada y sólo imparte instrucciones cuando considera omitida o mal realizada alguna diligencia de investigación; en los demás casos, archiva provisional o definitivamente, o deduce su acusación. Sin embargo, tratándose de delitos graves o complejos, suele existir una mayor conducción del fiscal en la investigación policial. La policía, en tales casos, debe requerir instrucciones del fiscal, aun en mitad de la noche,¹⁸⁰ si fuere necesario. Así, en los delitos de homicidio o muertes ocasionadas en accidentes de tránsito, el fiscal suele constituirse en el sitio del suceso y conducir por sí mismo aspectos relevantes del procedimiento.

Un caso extremo de autonomía y discrecionalidad policial es el caso norteamericano. Un interesante trabajo de investigación llevado a cabo, en 1955, por la *American Bar Foundation*¹⁸¹

¹⁷⁸ WEILAND (B.), *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, Jus Schriftenreihe, 2ª. Ed., Beck, München, 1996, pp. 14 y ss. Debe observarse, sin embargo, que en este país los funcionarios policiales están facultados, en casos urgentes, para realizar directamente ciertas actuaciones que pueden afectar derechos fundamentales, esto es, sin necesidad de autorización judicial previa. Tales actuaciones sólo son controladas *ex post facto* por los tribunales (cfr. ROXIN, cit., pp. 51 y ss.).

¹⁷⁹ KUHLMANN, citado por GÖSSEL, cit., pp. 650-651. Del mismo pensamiento, pero para Italia, FABRI, cit., p. 88.

¹⁸⁰ Por ello, existen fiscalías de turno (el turno suele ser semanal) a las cuales puede accederse por teléfono u otros sistemas más expeditos.

¹⁸¹ GOLDSTEIN (H.), “Confronting the complexity of the policing function”, en OHLIN/REMINGTON (eds.), *Discretion in Criminal Justice (The tension between individualization and uniformity)*, New York, 1993, pp. 23 y ss.

trató de retratar, por primera vez en la historia de este país, el mundo de la policía. Los investigadores del programa se dedicaron durante meses a acompañar a agentes de la policía en sus actividades diarias –en patrullas, calles, casas y en sus oficinas de trabajo– haciendo visibles las numerosas tareas que aquéllos desempeñaban rutinariamente. Dicha investigación arrojó como resultado, entre muchos otros, que la policía actúa no sólo con una fuerte autonomía del fiscal sino con una enorme discrecionalidad. En oposición con una imagen muy difundida que la propia policía se encargaba de proyectar, la investigación mostraba que hasta los agentes en el nivel más bajo de la organización policial estaban tomando decisiones de enorme importancia con poco o ningún control y supervigilancia. Los policías decidían regularmente, por ejemplo, si iniciar o no una investigación criminal, si utilizar o no métodos encubiertos, si detener e interrogar o no a una persona y, si era detenida, qué cargos debían ser incluidos en el expediente policial. Estos resultados produjeron una importante conmoción en los círculos jurídicos y legales llegándose a plantear que la ley había sido reemplazada por las preferencias de los policías y que importantes decisiones, reservadas a los legisladores, jueces o fiscales elegidos –para ser tomadas en el parlamento, los tribunales o las fiscalías– se estaban efectuando en las calles por los agentes de la policía.¹⁸²

En un sistema jurídico donde no rige el principio de legalidad en la persecución penal de los delitos, la tarea consistía en restituir el poder de decisión a los fiscales o a los jueces. Por ello, y como consecuencia de esta investigación, se produjo una importante actividad legislativa y administrativa orientada a controlar y delimitar esta amplia discrecionalidad de la policía, sin eliminarla por completo, pues se consideró que ello era prácticamente imposible, por la enorme variedad de situaciones impredecibles que debe enfrentar.¹⁸³

Pareciera, en todo caso, que la peor de las soluciones es establecer un control absoluto o minucioso de la policía, que estrangule su capacidad de actuación inmediata o entorpezca

¹⁸² GOLDSTEIN, cit., p. 36.

¹⁸³ GOLDSTEIN, cit., p. 55. Vid., además del trabajo de GOLDSTEIN, REMINGTON (F.), *Contributions to criminal justice*, University of Wisconsin Law School, Madison, 1994, pp. 51 y ss.

seriamente sus labores habituales. Esta situación sólo podría conducirla a una burocratización ineficiente de sus tareas o a la infracción cotidiana de las reglas con el asentimiento tácito de todos los demás operadores del sistema penal.

El Código Procesal Penal optó, sin embargo, por una solución restrictiva de sus facultades de actuación autónoma, limitándolas fundamentalmente al ámbito de los delitos flagrantes, a la protección de las víctimas y recepción de denuncias, a las actuaciones voluntarias de testigos e imputado, y al sitio del suceso (art. 83 CPP). En este último caso, la policía tendrá la facultad para resguardar el sitio del suceso y para llevar a cabo la recogida, identificación y conservación bajo sello de la evidencia.

2.3. LEVANTAMIENTO, RECOGIDA, MANEJO Y CUSTODIA DE LA EVIDENCIA HASTA SU PRESENTACIÓN EN EL JUICIO ORAL. CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA

Esta problemática dice relación con la responsabilidad que cabe a las autoridades de persecución penal de garantizar la indemnidad de la evidencia hasta el momento de realización del juicio oral pues sólo allí, y en la medida que sea introducida válidamente, adquirirá el estatus de prueba.

La indemnidad de la evidencia se pone en peligro cuando las instituciones policiales se plantean de manera enfrentada, y no coordinadamente, en la investigación de los delitos. En efecto, hoy en día es posible, por ejemplo, que un cuerpo policial concorra primero al sitio del suceso, recoja o maneje indebidamente una determinada evidencia y, con posterioridad, se decida su remisión al otro cuerpo policial para efectuar nuevas pericias. Con frecuencia esta última rechazará el encargo por haberse destruido la evidencia o haberse hecho imposible su análisis pericial conforme al procedimiento técnico prescrito para el caso. Sin embargo, la primera pericia podrá tener el correspondiente valor probatorio desde que se acompañe al expediente sumarial y aunque no exista ya la especie periciada, todo ello sin posibilidad de control, en la mayoría de los casos, por la parte afectada respecto de las circunstancias de la recogida, conservación y pericia de la misma.

El nuevo procedimiento implica no sólo la conservación de las especies que constituyen la evidencia hasta su presentación en el juicio, sino también la introducción de reglas claras y objetivas que garanticen la corrección de los procedimientos de su levantamiento, sellado, manejo y conservación hasta la etapa del juicio, y que consideren el factor responsabilidad de los funcionarios policiales que intervengan en ellos. No debe olvidarse que en todos los casos que deba tener lugar el juicio oral, la comparecencia del funcionario policial que intervino en cualquier fase de estos procedimientos será indispensable para dar cuenta de la validez del respectivo medio probatorio. Los procedimientos indebidos debieran acarrear como consecuencia la exclusión de esa evidencia del procedimiento o la privación de su valor probatorio, por la falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma.¹⁸⁴

La problemática antes tratada ha de ser distinguida de aquella referida al control sobre la licitud de la prueba, esto es, so-

¹⁸⁴ Esta cuestión ya ha sido un tema de preocupación del ministerio público. La Fiscalía Nacional, en su Instructivo N° 19, instruye a la policía sobre la recogida, identificación y destino de las especies que se incauten con ocasión de la investigación de un delito a fin de asegurar la cadena de custodia. Se señala que “se adoptarán en todo caso las medidas necesarias para que los objetos recogidos no pierdan su potencial valor probatorio”. El funcionario que los recoja “evitará la inadecuada manipulación de la superficie de los objetos y los sellará inmediatamente o apenas le sea posible para evitar su contaminación”. Se entregarán los objetos al jefe de unidad policial, “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”. Para asegurar la cadena de custodia, el Instructivo establece que el principio general en esta materia es que se deje “constancia ininterrumpida de todos quienes han accedido a los objetos y muestras recogidos, principalmente de quienes han asumido la responsabilidad de la custodia”, añadiendo que ella se extiende al “transporte y remisión de los objetos, así como para su depósito permanente o transitorio”. A continuación se señala el procedimiento para cumplir con este deber.

Sin embargo, cabe reiterar aquí un problema ya advertido antes. El Instructivo N° 19 establece que, “a menos que medie instrucción general en sentido contrario del respectivo fiscal regional, el funcionario policial que primero llegue al lugar (sitio del suceso) procederá directamente a recoger los objetos que puedan constituir evidencia. En consecuencia, podrá ocurrir que lleguen, primero, funcionarios de una policía, quienes deberán recoger la evidencia hallada en el sitio del suceso y, después, el fiscal a cargo del caso decida que la examine personal experto de la otra policía. Sólo en la medida que ambas policías actúen coordinadamente y con procedimientos técnicos uniformes se evitará que dicha evidencia pierda parcial o totalmente su valor probatorio (*Reforma procesal penal*, cit., pp. 334-335).

bre la falta de observancia de los derechos constitucionales del afectado en la obtención de la evidencia.¹⁸⁵ En la práctica comparada, el principal control para desincentivar la obtención ilícita de la prueba por parte de los organismos policiales consiste en la actitud de los fiscales y de los jueces frente a la misma. El rechazo precoz de dicha evidencia tiende a alejar a la policía de tales comportamientos que, en nuestro sistema, enraizan con prácticas culturales fuertemente inquisitivas. De allí que esta cuestión deba relacionarse con la introducción de elementos contraculturales que eliminen o, al menos, mitiguen las concepciones más arraigadas en las instituciones policiales sobre el modo de ser “eficientes”, y, especialmente, sobre la función de la declaración del imputado, que hasta hoy es vista como la mejor instancia para obtener, de cualquier modo, una confesión.¹⁸⁶

Los temas planteados sobre la prueba constituyen ejemplos significativos de los desafíos que deberán enfrentar fiscales y policías para adecuarse a los exigentes estándares que impone la reforma y conciliar máxima eficiencia con máximo respeto a los derechos de las personas. Ello supone, necesariamente, la superación y erradicación de prácticas inquisitivas que ponen gravemente en peligro la lógica del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, como lo muestra la experiencia comparada.¹⁸⁷ Dicha

¹⁸⁵ Vid. JAEN (M.), *La prueba en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 58 y ss.

¹⁸⁶ GÖSSEL señala: “El ejemplo fecundo de la tortura muestra hasta qué punto se pervirtió de esta manera la correcta idea de un proceso penal racional: por razones de utilidad preponderantes fue arrancada la ‘verdad’ a los inquiridos en forma de ‘confesión’. Por ello (en el sistema inquisitivo), la confesión se erige en la ‘reina’ de las pruebas, y la declaración del imputado, como un medio de prueba” (“Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía”, en *Doctrina Penal* N° 16, p. 624). Esta circunstancia se ve agravada, actualmente, por el hecho que la confesión tiene valor probatorio ya en el sumario, aunque sea prestada ante la policía y no ratificada ante el juez.

¹⁸⁷ En España, todavía es posible encontrar sentencias en las que el Tribunal Supremo admite que una condena se base en declaraciones policiales o sumariales no reproducidas en el juicio oral, utilizando diversos pretextos, v. gr. STS 8.5.89, “porque la identificación testifical practicada en sede policial y ratificada ante el instructor, no habiendo comparecido el testigo en el juicio, se produjo en términos muy contundentes”; STS 5.2.90, “porque, en casos de flagrancia, las declaraciones sumariales están dotadas de una ‘presunción de veracidad’ que las convierte en valorables sin necesidad de reproducción en el juicio”, etc. (Vid. VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 245).

tarea abarca dos dimensiones que dicen relación con las necesidades de dos etapas muy diferentes del procedimiento.

Primero, para una adecuada instrucción preparatoria se requiere un constante y mejor adiestramiento en nuevas técnicas policiales de investigación, especialmente para la delincuencia no convencional; la configuración de estrategias de investigación a largo plazo; la conformación de equipos interdisciplinarios de trabajo; la incorporación de medios tecnológicos avanzados de investigación y pericia; la existencia de una eficiente y oportuna red de información, con mecanismos de recolección y recuperación de datos; y una fluida coordinación con todos los organismos y servicios involucrados en la persecución penal de los delitos.¹⁸⁸

Junto a lo anterior es necesario que toda esa información acumulada durante la investigación ingrese válidamente al proceso a través de los medios de prueba legal, para lo cual será determinante la declaración de los policías que intervinieron en los procedimientos investigativos. La coordinación entre fiscales y policía durante el juicio será esencial. Los jueces, por su parte, deberán aprender a adquirir convicción, las más de las veces, sólo a través de prueba indiciaria.¹⁸⁹

2.4. PELIGRO DE BUROCRATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD POLICIAL

La ineficacia de los sistemas de investigación se vuelve endémica allí donde no existe juicio propiamente tal pues no existe un adecuado control de admisibilidad de la evidencia acumulada,

También FABRI (M.) advierte sobre las "perversiones" que pueden producirse con el cambio de un sistema inquisitivo a uno acusatorio cuando la implementación es deficiente, aludiendo a la reforma procesal penal italiana de 1989, en que la Corte Constitucional ha reconocido valor probatorio a diligencias de la instrucción mediante el solo expediente de ser "alegada en forma escrita" (vid. FABRI (M.), "El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989", en *La implementación de la reforma penal*, CDJ/CPU-NCSC, Santiago, 1996, pp. 79 y ss.).

¹⁸⁸ BINDER (A.), "Funciones y disfunciones del ministerio público penal", en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, cit., p. 177.

¹⁸⁹ Sobre la importancia de la prueba indiciaria en los procedimientos de tipo acusatorio y su necesaria ponderación por los jueces del juicio, vid. JAEN (M.), *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 99 y ss.

ni por el tribunal ni por las partes. En efecto, sin juicio oral la investigación se torna menos rigurosa y más formal. La ritualización del proceso vuelve crítica la investigación de delitos complejos, especialmente de carácter socio-económico. Esta situación, como ya analizamos en el punto anterior, obliga a los agentes de la persecución penal a obtener la información necesaria a través de la violación de garantías procesales para poder mostrar eficiencia.¹⁹⁰

En efecto, la lógica del sistema inquisitivo no admite el pleno goce de las garantías procesales desde el primer acto del procedimiento penal pues dejaría en evidencia su gran incapacidad para esclarecer los delitos. Con todo, el enorme porcentaje de causas que anualmente culminan en un sobreseimiento temporal cuestionan con fuerza la legitimidad del sistema de justicia criminal hoy vigente en Chile, ya no sólo desde la perspectiva del debido proceso sino también de su eficacia.¹⁹¹

Superar la cultura inquisitiva en el subsistema policial significa enfrentar, entre otros, el fuerte ritualismo y burocratización en el cumplimiento de sus tareas, la excesiva formalización de las relaciones con el órgano instructor, el predominio de las funciones administrativas u otras institucionales sobre las propiamente de investigación, la ausencia de incentivos para obtener resultados favorables en la investigación, etc.

La excesiva burocratización de las tareas policiales de investigación criminal, rasgo común de todo el sistema de justicia criminal, ha generado una subcultura policial caracterizada por rutinas de trabajo mecánicas, rígidas y uniformes, que se realizan —en muchos casos— para cumplir sólo formalmente con las exigencias del sistema. Así, por ejemplo, en la actualidad gran parte de las órdenes de investigar que cumple la policía son realizadas repitiendo sin necesidad antecedentes allegados previa-

¹⁹⁰ BINDER (A.), "Justicia penal: de la tradición inquisitiva al ideal republicano", en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 217 y ss.

¹⁹¹ En 1992, del total de causas ingresadas a los tribunales del crimen en la Región Metropolitana (129.818), un total de 69.826 terminaron por sobreseimiento temporal. El porcentaje de sobreseimientos temporales aumenta según la clase de delitos: contra la propiedad (42.215 sobreseídas temporalmente de un total de 52.163), contra el orden y seguridad públicos (4.624 sobreseimientos temporales de un total de 5.540), etc. Fuente INE, 1992.

mente al proceso para “abultar” el informe, o son devueltas sin aportar antecedentes nuevos. Por otra parte, un 60% de las órdenes de investigar son cumplidas en un lapso de entre 15 días y dos meses, mientras que un 26% de ellas son despachadas entre 2 y 4 meses después de ordenadas.¹⁹²

De otro lado, una gran cantidad de funcionarios policiales desarrolla predominantemente tareas de carácter administrativo o que no guardan directa relación con la investigación de los delitos (guardias, patrullajes, atención de público y autoridades, escoltas, citaciones judiciales, corrección de decretos judiciales, etc.). Esta situación comporta una enorme irracionalidad en la utilización de recurso humano calificado, en el que se ha realizado una prolongada y costosa inversión pública de capacitación y adiestramiento.

Finalmente, la ausencia de contacto con el juez, que impide diseñar una estrategia de investigación o, al menos, una colaboración más eficiente; la frecuente mediación del actuario; la realización de actuaciones parciales de investigación que impiden al policía conocer su incidencia en el resultado de aquélla y sentirse comprometido con su éxito, constituyen un modelo de relaciones que debe ser completamente modificado.

El Código Procesal Penal establece normas que se orientan hacia una desformalización de las relaciones entre fiscales y policías, como presupuesto de una investigación más rápida, racional y eficiente. La más importante es la que ordena que las comunicaciones entre los funcionarios de ambas instituciones deba realizarse en la forma y por los medios más expeditos posibles (art. 81 CPP). Ante la preocupación de la policía de conciliar su deber de registro con las instrucciones verbales de los fiscales, se dejó constancia en el Senado que tal precepto legal tenía por propósito ratificar la informalidad de la investigación y, por otra, respaldar a la policía en el sentido que las órdenes verbales de los fiscales son válidas, asumiendo la responsabilidad el funcionario que las emite.¹⁹³

Especialmente significativa fue la supresión de una norma contenida en el Proyecto que contemplaba la posibilidad de im-

¹⁹² Vid. JIMENEZ, María Angélica, cit., pp. 214 y ss.

¹⁹³ PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 101.

partir órdenes de investigar a la policía.¹⁹⁴ En el fundamento de su eliminación estuvo la necesidad de producir un cambio radical en las formas de interacción tradicional de la policía con el órgano investigador, y evitar que se constituyera en el eje del tipo de relaciones entre fiscales y policías.

2.5. NECESIDAD DE CONTROL SOBRE LA ACTIVIDAD POLICIAL

Resulta innegable, desde la perspectiva de un estado de derecho moderno, la necesidad de organizar sistemas de control eficientes sobre los órganos estatales a fin de minimizar riesgos de abusos y violaciones a los derechos individuales de los ciudadanos.¹⁹⁵ Es, pues, en el ámbito del subsistema policial donde se plantean los mayores desafíos en el complejo equilibrio que ha de buscarse entre eficiencia y garantía, esto es, en la definición de los límites razonables al poder penal del Estado. Y esto simplemente porque la policía –por definición– actúa en aquel ámbito donde más se pueden vulnerar esos derechos y garantías.

El nacimiento de la institución del ministerio público está estrechamente vinculado a la necesidad de constituir una instancia de control entre la policía y el juez (inquisitivo) para verificar la juridicidad de la investigación.¹⁹⁶ Es más, incluso en países con democracias avanzadas la práctica policial muestra que ella, en cumplimiento de sus tareas de investigación, realiza frecuentemente comportamientos reñidos con las exigencias del estado de derecho, situación que se agrava allí donde no existen suficientes controles.¹⁹⁷ Por ello, autores alemanes conside-

¹⁹⁴ El texto de dicha norma puede verse en PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., pp. 516-517.

¹⁹⁵ Montesquieu declaraba: “Una experiencia de siglos enseña que cada hombre que posee el poder está impulsado a abusar de él. Seguirá siempre adelante hasta encontrarse con límites. ¡Quién lo hubiera pensado: hasta la virtud necesita de límites! Para que no se pueda abusar del poder, es preciso establecer mediante el ordenamiento de las cosas que el poder frene al poder”, citado por GÖSSEL, cit., p. 627.

¹⁹⁶ WEILAND, cit., p. 16.

¹⁹⁷ FERRAJOLI hace alusión a una actual “triple crisis del derecho”, entre las cuales se encuentra la creciente “crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley”, lo que –entre otros factores– se debería a la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los

ran que el fiscal, concebido como una autoridad “neutral” y sometida al principio de objetividad, suma a sus obligaciones el deber de controlar y frenar los eventuales excesos de la policía y conducir, conforme a parámetros jurídicos, la investigación. Este punto puede cobrar especial importancia si se considera que, en el nuevo procedimiento penal, la policía tendrá la facultad para interrogar autónomamente al imputado, bajo la responsabilidad y con la autorización del ministerio público.¹⁹⁸

Hay factores estructurales de riesgo que dificultan los controles inmediatos y efectivos, determinando necesariamente la existencia de ámbitos de discrecionalidad operativa. Así, por ejemplo, la necesidad de una reacción inmediata contra el ilícito cometido o por cometerse,¹⁹⁹ la reunión en el organismo policial de funciones preventivas y de investigación, lo que en Chile ocurre con Carabineros,²⁰⁰ y la imposibilidad de regular exhaus-

poderes públicos (cfr. *Derechos y garantías* (La ley del más débil), Trotta, Madrid, 1999, p. 17).

¹⁹⁸ Conforme al artículo 91 CPP, el imputado sólo puede ser interrogado por la policía si se allana “voluntariamente” a hacerlo, y siempre tendrá el derecho a no declarar, o a hacerlo con la asistencia de su defensor. Que esta facultad constituye un fuerte factor de riesgo para la conservación de prácticas inquisitivas, no hace falta destacarlo, no obstante carecer dicha declaración de todo valor probatorio. La cuestión radica más bien en los efectos de la norma de atribución de responsabilidad, esto es, si ante las infracciones se hará efectivamente responsable al ministerio público o ellas serán otra práctica tolerada por el sistema.

¹⁹⁹ La amplitud con que puede entenderse este concepto se aprecia en la regulación de las hipótesis de flagrancia que autorizan detención en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal, en que la Cámara de Diputados introdujo la siguiente hipótesis: “g) el que inequívocamente se aprestare a dar comienzo a la ejecución de un delito” que se añade a la hipótesis a) que establece: “el que actualmente se encontrare cometiendo el delito, aun cuando sea en estado de tentativa”, única hipótesis legítima y admisible, regulada objetivamente, y no desde la perspectiva subjetiva del sujeto que detiene, lo que sólo se puede prestar para abusos.

²⁰⁰ RUSCONI, refiriéndose al caso argentino, denuncia la “promiscuidad funcional” de la policía sobre la base de que ella genera una tendencia autoritaria —proveniente de la función preventiva— que a menudo invade las tareas de investigación procesal. Y, por otro lado, “las actividades preventivas arrastran a las funciones investigativas aumentando el nivel de autonomía en relación con el control del ministerio público y de la función jurisdiccional”. En efecto, la posibilidad de una reacción inmediata y discrecional de la policía, consustancial a sus funciones preventivas, es aprovechada de manera ilegítima en el ámbito de las funciones propiamente investigativas, lo que, por cierto, dificulta un efectivo control sobre su actuación. (“Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones”, en *Pena y Estado* N° 3, cit., p. 194.

tivamente la actividad policial, so pena de generar una asfixia institucional o su burocratización, constituyen elementos a considerar al momento de diseñar una política de control razonable y eficiente.²⁰¹

Lo que está claro es que, hoy en día, existe un notable vacío de control sobre la actividad policial, situación que resulta intolerable cuando se trata de la afeción de garantías y derechos fundamentales. En un estudio empírico elaborado en 1994 se determinó que de la población detenida por la policía, un 40% no era puesta a disposición de los tribunales, es decir, no ingresaba al circuito jurisdiccional.²⁰² Por otro lado, un 60% de los jueces del crimen encuestados afirmaron la inexistencia de un control jurisdiccional sobre la actividad policial, aduciendo la ausencia de mecanismos de control eficientes (25%) o el entramamiento que ello supondría para las actuaciones policiales (17%). La encuesta arroja, asimismo, que según los jueces un 40 a 50% de los funcionarios policiales no se ajusta a las normas legales para realizar las detenciones,²⁰³ argumentando detención por hechos no autorizados (25%), detención por hechos que no son situaciones de flagrancia (25%), porque se exceden en sus atribuciones (13%), falta de profesionalismo o preparación (13%), etc. Sin embargo, no se comprobó, en la mayoría de los casos, una reacción a dichas actuaciones ilícitas o arbitrarias, las que resultaron ser prácticas ampliamente toleradas por los mismos operadores del sistema penal.

El Código Procesal Penal no establece normas específicas sobre control y poder disciplinario sobre la policía. Como sabemos, el artículo 80 CPP confiere al ministerio público la dirección funcional de los efectivos policiales que cumplan tareas de investigación criminal "sin perjuicio de su dependencia de las

²⁰¹ Importante resulta la consideración de la experiencia italiana, en que la obligación de la policía de esperar instrucciones particulares de investigación para todos los casos motivó la pasividad absoluta de la policía, produciendo la pérdida de importantes antecedentes de investigación (Vid. FABRI, cit., p. 88).

²⁰² JIMENEZ, cit., pp. 19-20. Sin embargo, debe observarse que estas cifras corresponden a los años inmediatamente anteriores a 1994, cuando aun no se dictaba la Ley 19.567, publicada en el Diario Oficial el 1º de julio de 1998 que eliminó, al menos formalmente, la denominada detención "por sospecha" (artículo 260 N° 4 del CPP).

²⁰³ La diferencia de porcentaje varía según el cuerpo policial de que se trate: así, Carabineros tuvo una mejor valoración (40%) que Investigaciones (50%).

autoridades de la institución a la que pertenecieren”. Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto se suprimieron diversas normas que se referían a la superintendencia del ministerio público sobre la policía, consistente en “la supervigilancia del cumplimiento de las actuaciones ordenadas por este organismo”, eliminándose el antiguo artículo 106 del Proyecto, referido al poder disciplinario del ministerio público sobre la policía, y que facultaba al primero a “recabar informes, hacer inspecciones, prescribir órdenes para que las actuaciones pendientes sean legal y oportunamente realizadas, practicar indagaciones y recibir declaraciones sin juramento con el objeto de hacer efectiva la responsabilidad funcionaria o penal de los infractores”. La misma disposición facultaba al fiscal correspondiente a practicar amonestaciones o recomendar a las autoridades administrativas de la policía aplicar sanciones disciplinarias o iniciar un procedimiento penal, según el caso, cuando se infringieren disposiciones relativas al desempeño de las funciones policiales que señala el Código.²⁰⁴

Como se ha dicho, estas disposiciones fueron eliminadas dejando, en consecuencia, sólo a las autoridades superiores del respectivo servicio policial la facultad de aplicación de sanciones de carácter disciplinario. Esta situación debilita severamente las funciones de dirección y control del ministerio público y priva de fundamento a las disposiciones del Código que atribuyen responsabilidad a los fiscales por las actuaciones de la policía, como las contenidas en los arts. 80 inciso 1º, 91 inciso 2º o 131 inciso 2º CPP.²⁰⁵ Desde esta perspectiva, cabría objetar incluso aque-

²⁰⁴ El texto de estas normas, puede consultarse en PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., p. 501.

²⁰⁵ Este último precepto legal faculta a los fiscales del ministerio público *para dejar sin efecto* la detención practicada por cualquier persona o la policía en situaciones de flagrancia, facultad que constituye un control de la misma previo al que realizan los jueces. Su fundamento es evidente: el ministerio público dirige y es responsable de la investigación de los delitos y, en consecuencia, ha de tener la facultad de revisar las actuaciones de sus auxiliares, especialmente si ellas han sido equivocadas o ilegales. Por ello, estamos en desacuerdo con el planteamiento del Instructivo N° 61 de la Fiscalía Nacional que, adhiriendo en gran medida a un informe en derecho emitido por don José Luis Cea, plantea que dicha facultad sería inconstitucional por tratarse de una actuación privativa de la jurisdicción. Se invoca, principalmente, la norma del artículo 19 N° 7 letra c) inciso 2º de la Constitución cuando señala que “podrá ser detenido el que fuere sorprendido

llos delitos funcionarios propuestos para ser introducidos al Código Penal que limitan el círculo de sujetos activos del hecho punible a los fiscales del ministerio público sobre la base de que sólo estos tienen la dirección y el control de la investigación y de que la policía actúa subordinadamente en este ámbito.²⁰⁶ Sin embargo, sin poder disciplinario sobre la misma es evidente que la dirección y control sobre sus actuaciones tiende a difuminarse y volverse una ficción.

en delito flagrante, *con el solo objeto* de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”. Sin embargo, esta norma comenzó a regir cuando sólo existía el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal, que no contemplaba la figura del ministerio público ni las importantes funciones que la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997, le atribuyó en el ámbito de la investigación de los delitos. Por otra parte, el fundamento de la intervención del juez y, en consecuencia, de la actividad jurisdiccional durante la etapa de investigación es controlar las actuaciones de persecución penal que amenacen, perturben o lesionen derechos fundamentales del imputado o de terceros. Tal control puede significar ya la liberación inmediata del detenido o ya la decisión de la legalidad de la detención, con posibles consecuencias para el afectado, como la prolongación de la detención y/o la imposición de otra medida cautelar una vez formalizada la investigación. El control jurisdiccional es el que legitima nuevas y sucesivas actuaciones sobre el imputado que afectan o pueden afectar sus derechos. La actuación del fiscal sólo tiene por finalidad impedir o hacer cesar una actuación antijurídica o sin fundamento que sólo podrá determinar la terminación anticipada del procedimiento. Constituye, por tanto, un control adicional cuyo único fin es reforzar la protección de las garantías y derechos de las personas y evitar la realización de actuaciones inútiles del procedimiento (vid. supra III. A.3.2.1.4.c). Por otro lado, y ante una detención arbitraria que estuviera en conocimiento del fiscal correspondiente, cabría plantear la responsabilidad penal del mismo por el delito contemplado en el artículo 149 N° 5 del Código Penal, si no la hace cesar haciendo uso de la facultad que le confiere el citado artículo 131 inciso 2° CPP.

²⁰⁶ Así, el proyecto de ley sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno al Código Procesal Penal y Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Boletín 2.217.07) contiene el siguiente tipo penal en un nuevo artículo 269 bis: “El Fiscal del ministerio público que ocultare, alterare o intencionalmente destruyere cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o ausencia de un delito, la participación punible en él, o que pueda servir para la determinación de la pena, así como los que configuren circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo”. La configuración de este delito especial determina, por mandato del principio de legalidad, la impunidad del sujeto no cualificado que realice la conducta típica.

Una debida coordinación y delimitación de responsabilidades entre ministerio público y policía exige la dictación de instrucciones comunes para determinar la forma en que se fiscalizará la actuación de la policía y las vías que los fiscales tendrán para solicitar a las autoridades superiores de ambos cuerpos policiales la investigación de las faltas y la aplicación de las correspondientes sanciones. Habida cuenta de las dificultades que este modelo plantea para una solución adecuada y expedita a los conflictos que se susciten entre ambas instituciones y los peligros que pueda entrañar para la eficacia de la investigación, pareciera indispensable la existencia de un órgano permanente, integrado por representantes de las instituciones policiales y del ministerio público, cuya función exclusiva sea resolver o, al menos, canalizar eficientemente todos los conflictos y cuestiones de carácter disciplinario que se originen en las relaciones entre fiscales y policías.

Existen disposiciones del CPP orientadas a fortalecer el control de los fiscales sobre la actuación de la policía a través del establecimiento de deberes de información. En esta dirección se encuadra la norma que obliga a la policía a informar al ministerio público la recepción de denuncias y la realización de cualquier actuación sin orden previa de los fiscales, a los efectos que correspondan (art. 84 CPP). Especialmente relevante es el deber de informar al ministerio público, dentro de un plazo máximo de doce horas, la detención de una persona en situación de flagrancia (art. 131 inciso 2º CPP). Por otro lado y en caso que un policía se encuentre imposibilitado, por cualquier causa, de cumplir con una orden del fiscal, la ley le impone el deber de comunicar de inmediato tal circunstancia a éste y al superior jerárquico de la institución a que perteneciere. En tales casos, el fiscal podrá sugerir o disponer las modificaciones que estimare convenientes para su debido cumplimiento, o reiterar la orden, si en su concepto no existiere imposibilidad (art. 82 CPP). Finalmente, se faculta al ministerio público para requerir, en cualquier momento, los registros o constancias de las actuaciones de la policía (art. 88 CPP).²⁰⁷

²⁰⁷ Una forma general de garantizar, en el derecho comparado, la efectividad de la dirección de las investigaciones por parte del ministerio público ha sido imponiendo a la policía la obligación de informar sin demora a aquél las infracciones

Una importante fuente de información externa de las actuaciones de la policía estará constituida por los reclamos que terceros planteen al ministerio público en torno a la actividad policial. El mayor control ciudadano sobre la actuación de los órganos relacionados con la persecución penal determinará, necesariamente, un mayor control interno recíproco. La participación activa de la comunidad se constituye así en una herramienta fundamental para asegurar que cada sujeto procesal cumpla con las funciones que la Constitución y la ley les asigna.²⁰⁸

C. LOS TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN LO PENAL

1. INTRODUCCION

En el origen de la reforma procesal penal chilena estuvo particularmente presente la discusión sobre el ámbito y límites del papel del juez en el nuevo sistema de justicia criminal. Aunque la decisión de la separación estricta entre las funciones de in-

penales de que tuviere conocimiento (CPP belga, francés e italiano). En el derecho alemán, el deber de información surge respecto de los resultados de la investigación policial preliminar. Sin embargo, la práctica de dichos países muestra que tales prescripciones distan de ser observadas. Según un estudio realizado recientemente, “desde el inicio hasta la finalización de la fase preparatoria, la policía domina la escena. Esta primacía procede de la combinación de dos factores: la relajación de la policía en sus deberes de informar al ministerio fiscal y la pasividad de éste en el desarrollo de las investigaciones”, DELMAS-MARTY (M.) (dir.). *Procesos penales de Europa*, Edijus, Zaragoza, 2000, pp. 488 y ss. En Francia, por ejemplo, la policía suele abstenerse de informar las denuncias de ciertos delitos leves, cuyas posibilidades de investigación considera nulas o escasas, y decide su archivo (*classements sans suite*) no obstante que tal facultad corresponde por ley a los fiscales. Esta práctica es aceptada por los operadores del sistema. Pero, además, cuando la policía cumple con su deber de informar suele presentar una investigación ya afinada. La ausencia de información al ministerio público determina, en la práctica, un importante espacio de autonomía de la policía que no tiene, generalmente, fundamento legal. El ministerio público ha asumido, consecuentemente, una actitud pasiva frente a la investigación, convirtiéndose en mero receptor del *dossier* de la policía.

²⁰⁸ DUCE/GONZALEZ, “Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización”, en *Pena y Estado* N° 3, cit., p. 57.

vestigar y juzgar, por un lado, y acusar y juzgar, por el otro, fue considerada el presupuesto básico para el diseño de la estructura del nuevo proceso, no siempre fue pacífica la determinación de su atribución a órganos diferentes.²⁰⁹ Y tal determinación no sólo tenía que ver con la adopción del modelo más acorde con el ideal republicano de administración de justicia criminal, sino también con producir los cambios culturales necesarios para hacer viable dicho modelo. En este contexto, el desafío mayor consistía en emancipar a los jueces y demás operadores del sistema, de prácticas inquisitivas fuertemente arraigadas que podían poner en peligro el diseño y la lógica del nuevo sistema.

En efecto, la naturaleza burocrática y ritual del sistema inquisitivo fue centrando el quehacer judicial en actividades caracterizadas más por la gestión del procedimiento que por su oportuna resolución o redefinición, es decir, potenció su “poder administrativo” en detrimento de su “poder judicial”.²¹⁰ Más aun, el procedimiento escrito posibilitó una amplia delegación de funciones judiciales en empleados subalternos, de modo que el juez se constituyó en un supervisor de las actuaciones de aquéllos, quienes incluso interrogaban al imputado y a los testigos o preparaban los borradores de las decisiones.²¹¹ Esta situación puso severamente en tela de juicio la independencia judicial pues si ésta se entiende, sustancialmente, como la garantía de que los casos sometidos al conocimiento de una persona determinada (juez) serán resueltos en forma individual sólo con base en la Constitución y la ley, las prácticas burocráticas y la consiguiente delegación de funciones terminan imponiendo rutinas de trabajo en que los casos particulares son tratados de modo genérico. En efecto, “el reclamo o el drama real y concreto de personas vivas” es reemplazado “por un conjunto de papeles

²⁰⁹ Solo recientemente, en 1992, se presentó un Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Mensaje 160-325), en que se proponía el modelo francés de enjuiciamiento criminal, esto es, el de juez instructor y ministerio público acusador (vid. Revista de Ciencias Penales, tomo XL, 1990-1993; Conosur, Santiago, pp. 151 y ss.).

²¹⁰ BINDER (A.), “Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal”, en *La implementación de la reforma procesal penal*, Santiago, CDJ/CPU, p. 57.

²¹¹ Vid. JIMENEZ (M. A.), *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, vol. II, *Estudios empíricos*, U. Diego Portales, Santiago, 1994, pp. 184-188.

(más o menos ordenados) sometidos a patrones fijos, que genera su propia lógica y termina por reemplazar a la vida misma”.²¹²

Las relaciones del juez con la policía han constituido otra forma de interacción mediatizada y burocrática que ha hecho altamente ineficiente la investigación de los delitos.²¹³ Además, ha determinado una ausencia de control efectivo sobre las actuaciones policiales, situación que resulta intolerable cuando se trata de la afcción de garantías y derechos fundamentales cuya tutela corresponde en primer lugar a los jueces.²¹⁴ Sin embargo, no ha habido, en la mayoría de los casos, una reacción a dichas actuaciones ilícitas o arbitrarias, las que resultan ser prácticas toleradas por los mismos operadores del sistema penal. La ausencia de control sobre la actividad policial no ha significado, por otro lado, una mayor eficiencia en el esclarecimiento de los delitos. El enorme porcentaje de causas que anualmente culminan en un sobreseimiento temporal cuestiona fuertemente la pretendida eficacia del sistema de justicia criminal todavía vigente en Chile.²¹⁵ Encontrándose a la cabeza de la persecución penal pública, no ha sido extraño que la comunidad haya atribuido al Poder Judicial toda la responsabilidad del fracaso en la “lucha contra la criminalidad” sin que éste, por sus propias limitaciones, pudiera responder a tales críticas.

De allí que en el diseño del nuevo proceso penal se haya optado por un modelo de rol judicial más propio de los sistemas adversariales.

²¹² BINDER (A.), “Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jeckill y Mr. Hyde”, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 77 y ss.

²¹³ Vid. supra, III.B.2.5.4.

²¹⁴ Vid. supra, III.B.2.5. Esta es, justamente, una de las consecuencias de la tensión eficiencia-garantía cuando la tutela de ambas funciones es conferida a una misma persona. La necesidad de esclarecimiento de los delitos termina por sacrificar la protección de las garantías.

²¹⁵ En 1992, del total de causas ingresadas a los tribunales del crimen en la Región Metropolitana (129.818), un total de 69.826 terminaron por sobreseimiento temporal. El porcentaje de sobreseimientos temporales aumenta según la clase de delitos: contra la propiedad (42.215 sobreseídas temporalmente de un total de 52.163), contra el orden y seguridad públicos (4.624 sobreseimientos temporales de un total de 5.540), etc. Fuente: INE, 1992.

En el ámbito de la instrucción, se libera al juez de la investigación de los delitos para que pueda desempeñar cabalmente la función que le es propia, la jurisdiccional.²¹⁶ En el diseño de las Constituciones republicanas, el concepto de jurisdicción se encuentra íntimamente vinculado a la idea de control de ciertos actos que, por experiencia histórica, se sabe que ponen en peligro la seguridad de los derechos de los ciudadanos. Por ello, la función principal del juez de la instrucción es controlar la legalidad de la investigación que desarrolla el ministerio público, tanto respecto de aquellas actuaciones que impliquen o puedan significar la afectación de derechos fundamentales del imputado o de terceros como en la resolución de solicitudes o decisiones que puedan determinar una terminación anticipada del procedimiento. Excepcionalmente, se le atribuye competencia para resolver con o sin resolución del conflicto, sobre la culpabilidad o inocencia del acusado y, en su caso, la pena aplicable. Se desecha, en consecuencia, el modelo francés de juez instructor o a cargo de la investigación y se opta por aquel que encuentra cada vez más adeptos en la legislación comparada.²¹⁷

Esté tribunal unipersonal que hemos descrito recibe, en nuestro sistema, la designación de *juez de garantía*.²¹⁸ Este tribunal extiende su competencia desde el inicio del procedimiento hasta la dictación del auto de apertura del juicio oral, resolución que pone fin a la etapa intermedia. En algún momento del proceso de reforma se planteó la necesidad de contemplar jueces a cargo de la etapa intermedia, distintos del competente durante la instrucción. Ello, no sólo para garantizar la imparcialidad del tribunal en aquellas incidencias con origen en la instrucción y de suma relevancia para el curso del juicio (v. gr. exclusión de prueba ilícita) sino, especialmente, porque se quería atribuir a

²¹⁶ Liberándose, además, “del lastre imposible de sobrellevar que conlleva la obligación de vigilarse y limitarse a sí mismo” (cfr. SOTO (M.), “Ministerio público y política criminal”, en AA.VV., *El ministerio público: para una nueva justicia criminal*, CPU/FPC/UDP, Santiago, 1993, p. 148.

²¹⁷ Para consultar las atribuciones del *Ermittlungsrichter*, en el sistema alemán, o del *giudice per l'indagine preliminare*, vid. DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Procesos penales de Europa*, Edijus, Zaragoza, 2000. En estos sistemas, la investigación se encuentra a cargo del ministerio público; el juez de instrucción sólo se encuentra a cargo del control de legalidad de las actuaciones de los fiscales.

²¹⁸ Sobre los orígenes de esta denominación, vid. supra, II.C.2.2.1.2.

este juez la resolución del caso en el procedimiento abreviado, cuando ello fuera aceptado voluntariamente por el acusado. Como veremos, este procedimiento importa, en términos muy generales, la aceptación negociada de la acusación del fiscal por parte del imputado y la resolución del caso en base únicamente a los antecedentes de la instrucción. La decisión, por razones fundamentalmente económicas, de prescindir de este tercer juez y de atribuir al juez de garantía la competencia sobre esta etapa del procedimiento no ha hecho sino ahondar las críticas dirigidas, en general, contra las soluciones negociadas del conflicto jurídico-penal.²¹⁹

Junto a los jueces de garantía se establecen los *tribunales de juicio oral en lo penal*, cuya atribución central será, en general, la de conocer y juzgar en única instancia las causas por crimen o simple delito. Se trata de tribunales colegiados, compuestos a lo menos por tres jueces letrados, ninguno de los cuales ha debido tener intervención en etapas previas del procedimiento que le competará enjuiciar. De este modo se trata de asegurar la imparcialidad del tribunal del juicio, esto es, que el juzgamiento del acusado se realice sólo en base a la información y las pruebas que se produzcan en el curso del juicio y no de la obtenida durante la investigación preparatoria.

En el diseño del juicio oral, la posición de los jueces es fundamentalmente pasiva y adquieren su convicción sobre la base de la prueba aportada por las partes, sin perjuicio de su facultad de preguntar para aclarar dudas o contradicciones. En consecuencia, carecen de toda atribución, como ocurre en algunos sistemas inquisitivos mixtos, para interrogar a testigos, peritos o al imputado fundados en la búsqueda unilateral de la verdad.²²⁰ Entre las funciones del tribunal de juicio oral están la dirección del debate, el control sobre la legalidad de las actuaciones de las partes y de los procedimientos de introducción de la prueba en el juicio.

Una cuestión discutida en los procesos de reforma latino-

²¹⁹ Vid. infra, VII.B.1.2.

²²⁰ Así, por ejemplo, en el sistema alemán, en el francés e, incluso, en el italiano, en que se faculta al tribunal del juicio no sólo para hacer sus propias preguntas a los testigos y a los peritos después del interrogatorio de las partes sino también para decretar de oficio pruebas suplementarias (cfr. DELMAS-MARTY (M.), *Procesos penales de Europa*, cit., pp. 644 y ss.).

americanos ha sido la incorporación del jurado al proceso penal, ya en su versión americana o en la más moderada del tribunal escabinado europeo, plasmando en algunos casos en su introducción al respectivo ordenamiento jurídico.²²¹ En Chile, aunque existía el interés de fomentar una mayor participación de la ciudadanía en el sistema de justicia criminal, la idea del jurado nunca se planteó seriamente. A lo más se discutió la conveniencia o inconveniencia de configurar el tribunal del juicio como tribunal mixto del sistema de escabinado, es decir, dirigido por un juez profesional e integrado, además, por dos ciudadanos legos. Dicha posibilidad se descartó pronto, no sólo por considerarse dicho modelo culturalmente extraño a las prácticas sociales criollas, con las consiguientes dificultades de implementación, sino también por los altos costos de organización y administración que el mismo requiere.²²²

Las normas sobre organización y atribuciones de los tribunales del nuevo sistema fueron introducidas por la Leyes Nº 19.665, de 9 de marzo de 2000 y Nº 19.708, de 5 de enero de 2001, que modificaron el Código Orgánico de Tribunales. Tales disposiciones no sólo significan un nuevo modo de concebir las funciones de los tribunales con competencia criminal dentro del procedimiento penal sino una concepción completamente innovadora sobre la organización y gestión interna de los mismos, que implica una significativa colaboración entre el estamento judicial y el administrativo a fin de mejorar sustancialmente el servicio de justicia que se proporciona a los usuarios del sistema.

2. REGLAS PROCESALES Y ORGANICAS DE LOS NUEVOS TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN LO CRIMINAL

2.1. LOS JUZGADOS DE GARANTÍA

Como sabemos, el juez de garantía es el órgano jurisdiccional, unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribu-

²²¹ Sobre la institución del jurado y su fundamentación política, vid., MAIER y otros, *Juicio por jurados*, Ad-Hoc, 2000.

²²² VARGAS (J.E.), "Organización y funcionamiento de los tribunales", en CAROCCA y otros, *Nuevo proceso penal*, cit., p. 341.

ciones que la ley le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación preparatoria hasta la dictación del auto de apertura de juicio oral que da término al procedimiento intermedio.

2.1.1. *Número y clases*

Conforme lo establecido en el artículo 16 COT se crean 93 juzgados de garantía con 355 jueces que cumplirán tal función en forma exclusiva. 58 jueces de letras del antiguo sistema realizarán, además de sus funciones propias, las funciones que corresponden al juez de garantía (Juzgados de Garantía Mixtos) de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley N° 19.665, que modificó el Código Orgánico de Tribunales, en relación al artículo 46 COT. De este modo, serán 413 los jueces de garantía en todo el país cuando se encuentre en plena vigencia la reforma.²²³

La justificación para conferir a 58 jueces de letras la función de jueces de garantía, manteniendo su competencia en las demás materias que la ley les encomienda, radicó en la comprobación local del exiguo porcentaje de causas criminales de su competencia que hacía costosa la creación de un juzgado de garantía especializado pero que, al mismo tiempo, hacía necesario el cumplimiento de la función por algún tribunal. La ley establece que estos juzgados no serán alterados en su organización ni en su funcionamiento, salvo en cuanto sea necesario para ejercer las nuevas atribuciones encomendadas al juez. Esta determinación implicará, sin duda, un enorme desafío administrativo para dichos juzgados.

2.1.2. *Conformación y funcionamiento*

Si bien se establece que estos tribunales resolverán unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento, cada juzgado agrupa a uno o más jueces con competencia en un mismo terri-

²²³ Cfr. gráficos explicativos en VARGAS (J.E.), "Organización y funcionamiento de los tribunales", cit., p. 365.

torio jurisdiccional, previéndose la existencia de juzgados de garantía integrados por hasta 17 jueces (art. 14 inciso 1º COT).

La distribución de las causas entre los jueces de los juzgados de garantía se realizará de acuerdo a un procedimiento objetivo y general, que deberá ser anualmente aprobado por el comité de jueces del juzgado a propuesta del juez presidente, o sólo por este último, según corresponda (art. 15 COT).

En los juzgados de garantía en los que sirvan tres o más jueces, habrá un Comité de Jueces que tendrá funciones de gestión y administración del juzgado. En los juzgados con menos de tres jueces, tales atribuciones corresponderán al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva o al juez presidente del tribunal (art. 23 COT). Dentro del Comité de Jueces la función sin duda más relevante la cumplirá el juez presidente del Comité, a quien corresponde velar por el adecuado funcionamiento del respectivo juzgado.²²⁴ Es quien, en definitiva, cumple la función de “bisagra” entre sus pares y los funcionarios administrativos del tribunal para obtener la mejor gestión del tribunal.

Además, se contempla la figura del administrador de juzgado de garantía, del subadministrador, y de cuatro unidades administrativas,²²⁵ con sus respectivos jefes de unidad y personal de apoyo.

2.1.3. Competencia

En este apartado examinaremos la competencia *material* y *territorial* de los jueces de garantía.

2.1.3.1. Competencia material

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 COT, a los jueces de garantía corresponde:

a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal.

²²⁴ Sobre las funciones de este órgano administrativo, vid. infra, III.C.3.2.3.

²²⁵ Sobre estas unidades administrativas, vid. infra, III.C.3.3. y 3.4.

En este sentido, el artículo 70 del CPP, siguiendo lo dispuesto en el artículo 80 A inciso 3º de la CPE, establece que el juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicite el ministerio público para realizar actuaciones que priven, restrinjan o perturben el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución. Esta norma es la repetición de otra similar que se consagra a nivel de principio básico del nuevo proceso penal, en el artículo 9º CPP. En ella se añade que, “cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía”.

La ley prevé la situación de que estas actuaciones deban efectuarse fuera del territorio jurisdiccional del respectivo juzgado de garantía y se trate de diligencias urgentes e impostergables. En este caso, el ministerio público también podrá pedir la autorización directamente al juez del juzgado de garantía del lugar. Una vez realizada la diligencia de que se trate, deberá darse cuenta a la brevedad al juez de garantía del procedimiento.

b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de acuerdo a la ley procesal penal. Para ello, se confieren al juez de garantía las mismas facultades que se entregan, durante las audiencias, al presidente de la sala o al tribunal de juicio oral en lo penal y que se contienen en el párrafo 3º del Título III del Libro Segundo del CPP (art. 71 CPP).

Tales audiencias son las siguientes:

- Audiencia de control de la detención (art. 132 CPP);
- Audiencia de declaración judicial del imputado (art. 98 CPP);
- Audiencia para decretar o decidir la modificación o revocación de la prisión preventiva (arts. 142, 144 y 145 inciso 2º CPP);
- Audiencia de formalización de la investigación (art. 232 CPP);
- Audiencia de resolución sobre solicitud de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios (art. 245 CPP);
- Audiencia de resolución sobre solicitud de sobreseimiento definitivo, temporal o de comunicación del fiscal de no perseverar en el procedimiento (art. 249 CPP);
- Audiencia de preparación del juicio oral;
- Audiencia de juicio en procedimiento simplificado, y

– Audiencia de juicio en procedimiento por delito de acción penal privada.

c) Dictar la sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal (Título III del Libro IV del CPP).

d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal.

La ley se refiere al procedimiento simplificado o monitorio, según corresponda (Título I del Libro IV CPP).

e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne.

Se somete la represión de los ilícitos contenidos en esta ley especial a los procedimientos simplificado y monitorio, no obstante que por la pena asignada a los mismos corresponda la aplicación del procedimiento ordinario por crimen o simple delito.

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.

A falta de un juez de ejecución penitenciaria, la ley atribuye a los jueces de garantía el deber de hacer ejecutar todas las condenas criminales y las medidas de seguridad aplicadas en las sentencias, incluidas las dictadas por los tribunales de juicio oral en lo penal. Asimismo, les da competencia para resolver las solicitudes y reclamos de los reos o penados y de las personas a quienes se haya aplicado una medida de seguridad que se planteen durante el tiempo de ejecución de la condena o de la medida.

g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código y la ley procesal penal les encomienden.

2.1.3.2. Competencia territorial

La competencia territorial de los jueces de garantía especializados se señala en el artículo 16 COT. Será competente para co-

nocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio, entendiéndose por tal “el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución”. 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, esto es, la etapa preparatoria e intermedia (art. 157 incisos 1º, 2º y 3º COT).

El COT repite, pero esta vez con un carácter más amplio, la norma contenida en el art. 70 inciso 2º CPP. Señala que cuando las gestiones deban efectuarse fuera del territorio jurisdiccional del respectivo juzgado de garantía y se trate de diligencias urgentes, la autorización judicial previa podrá ser solicitada directamente al juez del juzgado de garantía del lugar donde deban realizarse (art. 157 inciso 4º COT).

Si se suscita un conflicto de competencia entre jueces de distintos juzgados de garantía en relación con el conocimiento de una misma causa criminal, mientras no se dirima la competencia cada uno de ellos tendrá facultad para realizar las actuaciones urgentes y otorgar las autorizaciones que, con el mismo carácter, les solicite el ministerio público (art. 72 inciso 1º CPP y art. 157 inciso 4º COT). Se establece, además, que resolverá sobre la libertad de los imputados, el juez en cuyo territorio jurisdiccional aquéllos se encuentren (art. 72 inciso 2º CPP).

Promovido un conflicto de competencia durante la audiencia de preparación del juicio oral como excepción de previo y especial pronunciamiento (art. 264 a) CPP), última oportunidad para plantear esta incidencia ante un juez de garantía, no se suspenderá la tramitación de la misma pero no podrá pronunciarse el auto de apertura del juicio oral mientras no se haya resuelto el conflicto (art. 74 inciso 2º CPP).

Las contiendas de competencia entre jueces de garantía serán resueltas por el tribunal que corresponda conforme a las reglas de los artículos 190 y siguientes COT.

Dirimido el conflicto de competencia, la ley establece que las personas que se encuentren privadas de libertad deben ser puestas inmediatamente a disposición del juez competente, así como los antecedentes que obren en poder de los demás jueces que hubieren intervenido. Se afirma que las actuaciones practicadas ante un juez incompetente serán válidas sin necesidad de ratificación por el juez que sea declarado competente (art. 73 CPP).

2.1.4. *Agrupación y separación de investigaciones*

La ley se pone en la situación que el ministerio público, haciendo uso de la facultad que le reconoce el artículo 185 CPP, decida investigar en forma conjunta hechos constitutivos de delito en los cuales, conforme a las reglas de competencia, corresponda intervenir a más de un juez de garantía. Establece que, en estos casos, corresponderá continuar conociendo de las gestiones relativas a dichos procedimientos al juez de garantía del lugar de comisión del primero de los hechos investigados (art. 159 inciso 1º COT).

El ministerio público deberá comunicar su decisión en cada uno de los procedimientos cuya prosecución se hará 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 deberán remitir copia de los registros que obren en su poder al juez de garantía competente conforme las reglas anteriores (art. 159 incisos 2º y 3º COT).

El mismo procedimiento se seguirá en caso que el ministerio público decida separar las investigaciones que llevaba conjuntamente, siendo entonces competentes los que correspondan según las reglas del artículo 157 COT.

Un problema interpretativo relevante puede surgir a propósito de la norma contenida en el artículo 274 CPP que autoriza al juez de garantía para disponer, siempre que no se perjudique el derecho a defensa, la unión de diversas acusaciones vinculadas por referirse a un mismo hecho, a un mismo imputado o porque deban examinarse unas mismas pruebas. El COT no prevé una norma similar a la ya revisada para este supuesto.

¿Cabría la aplicación de las reglas del artículo 159 COT en el caso de acusaciones formuladas ante jueces de diferentes juzgados de garantía referidas, por ejemplo, a un mismo imputado? ¿Podría el juez instar por la unión de las acusaciones solicitando la remisión de los antecedentes al tribunal respectivo?

Pareciera que la disposición contenida en el artículo 274 inciso 1º CPP se refiere sólo al caso en que las diferentes acusaciones se formulen ante el mismo juez de garantía, aunque nada impediría, a nuestro juicio, hacerla extensiva a la hipótesis de diferentes acusaciones vinculadas presentadas ante diferentes jueces pero que pertenecen al mismo juzgado de garantía, esto

es, al mismo tribunal. En efecto, una de la ventajas de haber concentrado la jurisdicción de garantía es que permite centralizar la información y coordinar la actuación de los jueces con el mínimo de recursos y con mayor eficiencia.²²⁶ El nuevo esquema organizativo de estos tribunales –que no estaba presente al momento de redactarse el Código Procesal Penal– permite la realización de actuaciones que en el modelo anterior, de unidades compartimentadas e independientes, resultaban impensables. Por ello estimamos aplicable la regla de competencia contenida en el artículo 159 COT, pues no debiera producirse un perjuicio para la defensa, al menos por el hecho de la remisión de una o más acusaciones de un juez a otro dentro de un mismo juzgado de garantía.

No ocurre lo mismo en el caso de distintas acusaciones formuladas ante jueces pertenecientes a diferentes juzgados de garantía ¿Cabría hacer aplicación del artículo 159 COT? A nuestro juicio, la respuesta a esta interrogante pasa en todo caso por efectuar una ponderación de los intereses en juego. En la decisión de agrupar acusaciones diferentes la actuación del juez se orienta a posibilitar una mejor valoración en el juicio de hechos que se encuentran relacionados entre sí. En cambio, la unión de investigaciones está concebida más bien como un recurso del órgano oficial para dotar de mayor eficacia a la persecución penal de delitos vinculados entre sí. En el primer caso, debe efectuarse una ponderación rigurosa de los perjuicios que puede ocasionar el retraso del juicio por la solicitud de remisión de antecedentes de un juzgado a otro, especialmente si hay acusados privados de libertad. La agrupación de investigaciones sobre hechos vinculados y cometidos en diferentes lugares puede, en cambio, constituir el único modo de obtener éxito en el esclarecimiento de los mismos.

2.1.5. Causales de inhabilitación

Además de las causales generales de implicancia previstas en el artículo 195 COT, la ley considera tres causales especiales respec-

²²⁶ VARGAS (J.E.), cit., pp. 350 y ss.

to de los jueces con competencia criminal, dos de las cuales son aplicables a los jueces de garantía:

- a) Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor, y
- b) Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado.

Se mantienen las causales generales de recusación de los jueces contenidas en el artículo 196 COT.

Además, se establece que planteada la inhabilitación del juez de garantía, quien deba subrogarlo conforme a la ley continuará conociendo de todos los trámites anteriores a la audiencia de preparación del juicio oral, la que no se realizará hasta que se resolviere la inhabilitación (art. 75 CPP).

Las normas sobre subrogación de los jueces de garantía se contienen en los artículos 206 a 209 COT.

2.2. LOS TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

El tribunal de juicio oral en lo penal es el órgano jurisdiccional, colegiado y letrado, que tiene competencia para ejercer las atribuciones que le confiere la ley desde el momento de la dictación del auto de apertura del juicio oral hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

2.2.1. *Número de tribunales de juicio oral en lo penal*

Se establecen 44 tribunales de juicio oral en lo penal con asiento en cada una de las comunas del territorio nacional que se indican en el artículo 21 COT. En total serán 396 jueces, previéndose la existencia de tribunales integrados por hasta 27 jueces.

2.2.2. *Integración y funcionamiento (art. 17 COT)*

La regla general es que estos tribunales, en tanto colegiados, funcionen en salas integradas por tres miembros, uno de los cuales dirigirá la audiencia en calidad de juez presidente.

Excepcionalmente podrán integrar dichas salas otros jueces en calidad de *alternos* con el solo propósito de subrogar, si fuere necesario, a los miembros que pudieren verse impedidos de continuar participando en el desarrollo del juicio oral. En efecto, antes del inicio del juicio oral, el juez presidente de la sala que corresponda podrá convocar a un número de jueces mayor de tres para que la integre, cuando existan circunstancias que permitan presumir que con el número ordinario no se podrá asegurar la presencia ininterrumpida de los miembros del tribunal durante el juicio oral (art. 281 inciso 5º CPP). El tribunal debe precaver esta eventualidad, pues de producirse la ausencia o exclusión de algún juez durante el juicio se producirá la nulidad del mismo y de la sentencia que se dicte en él, excepto en el caso previsto en el artículo 76 inciso 4º CPP, disposición que examinaremos a propósito de la inhabilitación de los jueces del tribunal de juicio oral (art. 284 CPP).²²⁷

La integración de las salas de estos tribunales, incluyendo los jueces alternos en cada una, se determinará mediante sorteo anual que se efectuará durante el mes de enero de cada año.

La distribución de las causas entre las diversas salas se hará de acuerdo a un procedimiento objetivo y general que deberá ser anualmente aprobado por el comité de jueces del tribunal, a propuesta del juez presidente.

Al igual que en los juzgados de garantía, en cada tribunal de juicio oral hay un comité de jueces, presidido por un juez presidente. Asimismo, existe un administrador del tribunal, un subadministrador, y las siguientes unidades administrativas, con sus respectivos jefes de unidad y personal de apoyo.²²⁸

2.2.2.1. Reglas sobre los acuerdos

En general, las decisiones de estos tribunales se regirán por las reglas sobre acuerdos en las Cortes de Apelaciones contenidas en los artículos 72, 81, 83, 84 y 89 COT.

²²⁷ Vid. infra, III.C.2.2.4.

²²⁸ Vid. infra, 3.2.4.1.

Se plantean las siguientes reglas especiales (arts. 19 y 20 COT):

- Sólo podrán concurrir a las decisiones del tribunal los jueces que hubieren asistido a la totalidad de la audiencia del juicio oral. En este punto deben tenerse presentes las disposiciones contenidas en los artículos 76, 281 y 284 CPP;
- La decisión deberá ser adoptada por la mayoría de los miembros de la sala. En el caso que la sala hubiere funcionado con dos jueces,²²⁹ éstos deberán alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva (art. 76 inciso final CPP);
- Cuando existiere dispersión de votos en relación con una decisión, la sentencia o la determinación de la pena si aquélla fuere condenatoria, el juez que sostenga la opinión más desfavorable al condenado deberá optar por alguna de las otras. Si se produce desacuerdo acerca de cuál es la opinión que favorece más al imputado, prevalecerá la que cuente con el voto del juez presidente de la sala.

También se contienen normas sobre acuerdo en caso de imposición de la pena de muerte. Sin embargo, atendida la circunstancia que dicha pena fue abolida de nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 19.734 (D.O. 05.06 2001) y reemplazada por el denominado presidio perpetuo calificado, dichas normas deben entenderse tácitamente derogadas.

2.2.2.2. Caso de diversas sentencias condenatorias en contra del mismo acusado

Existe una norma especial que regula la hipótesis de que se dicten sentencias condenatorias sucesivas en contra de un mismo imputado. En efecto, el artículo 164 COT establece que cuando se dicten distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dicten los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Asimismo, estarán obligados a regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de

²²⁹ Vid. *infra*, 2.2.5.

aquella que hubiese correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos. En estos casos, el tribunal que dicte el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo antes expuesto.

2.2.3. Competencia

A continuación examinaremos las normas sobre competencia *material y territorial* de los tribunales de juicio oral en lo penal.

2.2.3.1. Competencia material (art. 18 COT)

Los tribunales de juicio oral en lo penal tendrán competencia para conocer y resolver los siguientes asuntos:

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.

La excepción corresponde a aquellos casos en que se solicite la aplicación del procedimiento abreviado, del procedimiento simplificado o del monitorio, y

b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición.

El artículo 281 inciso 2º CPP establece el deber del juez de garantía de, entre otras actuaciones, poner a disposición del tribunal de juicio oral en lo penal a las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del auto de apertura del juicio oral.²³⁰

²³⁰ Antes de la modificación de esta disposición del Código, producida por la Ley 19.708, de 5 de enero de 2001, existía controversia sobre cuál era el tribunal competente para pronunciarse sobre las solicitudes referidas a medidas cautelares personales entre la dictación del auto de apertura del juicio oral y el inicio del juicio. La inquietud era razonable pues se fundamentaba en la necesidad de garantizar la imparcialidad del tribunal del juicio oral frente a solicitudes que lo obligaban a informarse sobre los antecedentes de la investigación. No obstante que en algún momento primó la interpretación de que los jueces de garantía debían resolver dichas solicitudes, el legislador zanjó la discusión del modo señalado.

c) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral, y

d) Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende.

2.2.3.2. Competencia territorial

Los tribunales de juicio oral en lo penal tendrán competencia para conocer de los delitos que se cometan en la agrupación de comunas que constituyen su territorio jurisdiccional de conformidad con el artículo 21 COT (art. 157 inciso 1º COT). La ley señala en qué comuna de esa agrupación de comunas de una Región del país tendrá su asiento el respectivo tribunal. Así, por ejemplo, se señala que el tribunal de juicio oral en lo penal de Arica, compuesto por seis jueces, tendrá su asiento en dicha comuna y competencia territorial sobre las comunas de General Lagos, Putre, Arica y Camarones.

2.2.3.2.a. Cuestiones de incompetencia

Se establece un plazo sumamente estricto para promover la incompetencia territorial de un tribunal de juicio oral en lo penal transcurrido el cual se produce la preclusión de esta incidencia. En efecto, los intervinientes poseen el plazo de tres días desde la notificación de la resolución que fija fecha para la realización del juicio oral para solicitar la incompetencia de dicho tribunal. Transcurrido este plazo ella no podrá ser declarada de oficio ni promovida por las partes (art. 74 inciso 1º CPP).

2.2.3.2.b. Posibilidad de desplazamiento del tribunal

Como otra forma de flexibilizar la actuación de los tribunales en aras de una mejor y más oportuna administración de justicia, el Código Orgánico de Tribunales contempla la posibilidad que los tribunales de juicio oral en lo penal se desplacen hacia localidades situadas fuera de su lugar de asiento, constituyéndose así en “itinerantes”.

En efecto, el artículo 21 A COT establece que cuando sea necesario para facilitar la aplicación oportuna de la justicia penal,

de conformidad a criterios de distancia, acceso físico y dificultades de traslado de quienes intervienen en el proceso, los tribunales de juicio oral en lo penal se constituirán y funcionarán en localidades situadas fuera de su lugar de asiento. Será la Corte de Apelaciones respectiva quien determinará, anualmente, la periodicidad y forma en que ello se llevará a cabo, sin perjuicio que pueda disponer, en cualquier momento, la constitución y funcionamiento de un tribunal de juicio oral en una localidad fuera de su asiento, cuando la mejor atención de uno o más casos así lo aconseje. Esta medida, sin embargo, deberá adoptarse previo informe de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y de los jueces presidentes de los comités de jueces de los tribunales de juicio oral en lo penal correspondientes.

2.2.4. *Causales de inhabilitación de los jueces*

Además de las causales generales de implicancia previstas en el artículo 195 COT, la ley considera tres causales especiales respecto de los jueces con competencia criminal, todas aplicables a los jueces de tribunal de juicio oral en lo penal:

- a) Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor;
- b) Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado, y
- c) Haber actuado como juez de garantía en el mismo procedimiento. Esta norma tiene especial importancia pues se admite que a falta de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal lo subrogue un juez de juzgado de garantía de la misma comuna o agrupación de comunas, siempre que no hubiere intervenido en la fase de investigación (art. 210 inciso 2º COT).

Se mantienen las causales generales de recusación para los jueces, contenidas en el artículo 196 COT.

El Código se pone en diferentes hipótesis para determinar la oportunidad en que deben plantearse los incidentes de implicancia o recusación de los jueces miembros del tribunal de juicio oral (art. 76 CPP):

1º Por regla general, la solicitud de inhabilitación deberá plantearse, a más tardar, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fije fecha para el juicio oral. Dicha solicitud deberá resolverse con anterioridad al inicio de la respectiva audiencia.

2º Si los hechos que constituyen la causal de implicancia o recusación llegan a conocimiento de la parte con posterioridad al vencimiento del plazo antes señalado y con anterioridad al inicio del juicio oral, el incidente respectivo deberá ser promovido al iniciarse la audiencia del juicio oral.

3º Con posterioridad al inicio de la audiencia del juicio oral, no podrán deducirse incidentes de inhabilitación de sus miembros. Sólo se otorga la facultad al tribunal para declararla de oficio, cuando alguno de sus jueces advierta un hecho nuevo constitutivo de causal de inhabilitación.

Declarada la inhabilitación, el tribunal continuará funcionando con exclusión del o de los miembros inhabilitados, si éstos pudieren ser reemplazados de inmediato de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 281,²³¹ o si continuare integrado por, a lo menos, dos jueces que hubieren concurrido a toda la audiencia. Se señala que en este último caso, los jueces deberán alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva. Se establece que si no se cumple alguna de las condiciones antes señaladas deberá anularse todo lo obrado en el juicio oral (cfr. art. 374 a) CPP).

2.3. LAS CORTES DE APELACIONES

Como consecuencia de la reforma procesal penal, las Cortes de Apelaciones tendrán competencia para conocer de las siguientes materias criminales, algunas de las cuales poseían ya con anterioridad a la misma:

1º En única instancia:

- Los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competen-

²³¹ Vid. supra, III.C.2.2.2.

cia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal (art. 63.1. b) COT y 376 CPP);

- La extradición activa (art. 63.1. d) COT y arts. 431 y ss. CPP), y
- Las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal penal para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información, siempre que la razón invocada no fuere que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional (art. 63.1. e) COT y art. 19 CPP).

2º En primera instancia:

- Los desafueros de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 58 de la Constitución Política (art. 63.2.a) COT y arts. 416 y ss. CPP);
- Los recursos de amparo (arts. 21 CPE, 95 inciso 3º CPP y 63.2. b) COT), y
- Las querellas de capítulos (art. 63.2.d) COT y arts. 424 y ss. CPP).

3º En segunda instancia:

- Las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía (art. 63.3 b) COT). El recurso de apelación se regula en el Título III del Libro III del CPP, cuyo artículo 370 señala qué resoluciones del juez de garantía son apelables. Es importante destacar que respecto de la sentencia definitiva recaída en un procedimiento abreviado sólo procede el recurso de apelación (art. 414 CPP).

2.4. LA CORTE SUPREMA

En materia criminal, la Sala Penal de la Corte Suprema tendrá la siguiente competencia:

- Los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal (art. 98.3º COT y art. 376 CPP);

- Las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en los recursos de amparo (art. 21 CPE, arts. 98.4º COT y 95 inciso 3º CPP);
- La revisión de las sentencias condenatorias firmes (art. 98.5º COT y arts. 473 y ss. CPP);
- Las apelaciones deducidas contra las resoluciones que recaigan sobre las querellas de capítulos (art. 98.8º COT y arts. 424 y ss. CPP);
- Las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal penal para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información o para oponerse a la entrada y registro de lugares religiosos, edificios en que funcione una autoridad pública o recintos militares o policiales (art. 98.9º COT y arts. 19 y 209 CPP), y
- Los recursos de apelación y nulidad interpuestos en contra de las sentencias dictadas en causas de extradición pasiva (art. 98.10 COT y art. 450 CPP).

3. LA NUEVA ORGANIZACION Y GESTION ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN LO CRIMINAL

3.1. BASES DE LA REFORMA ORGANIZACIONAL

La reforma ha significado, además, importantes innovaciones en el modelo organizacional y de gestión de los nuevos tribunales. En efecto, una primera decisión elocuente en este sentido fue la reducción del número total de tribunales con competencia en lo criminal y el aumento del número de jueces de manera que el mejor servicio de justicia estuviera centrado en una gestión más eficiente de los recursos sin afectar las plazas de trabajo existentes sino, por el contrario, aumentando las mismas. En efecto, de los 245 tribunales con competencia penal existentes a 1998 (64 especializados y 181 de competencia común), la reforma los ha reducido a 195 (137 especializados –de garantía u orales en lo penal– y 58 con competencia común, de garantía),

en circunstancias que la cantidad de jueces aumentó, de los 245 anteriores a la cifra de 809 (751 especializados y 58 con competencia común).

Un mecanismo para mejorar la eficiencia en la gestión del trabajo interno de los tribunales es a través de su agrupamiento, incluso tratándose de tribunales unipersonales como son los juzgados de garantía. Ello conlleva una importante economía en recursos humanos y materiales, al no tener que reproducir en cada tribunal todas las unidades que prestan servicios internos o al público. En efecto, cada tribunal, con una cantidad variable de jueces, compartirá, por ejemplo, una misma infraestructura, una misma cantidad de empleados técnicos y administrativos, una secretaría común, un mismo archivo, de modo de permitir, entre otras ventajas, una distribución más racional de las tareas y, en general, una utilización más flexible y eficiente de los recursos conforme a criterios uniformes y predefinidos.

En la misma línea de mejoramiento de la gestión se amplía el horario de trabajo de los tribunales, tanto de garantía como orales en lo penal. El artículo 312 bis COT establece que los jueces deberán asistir a sus despachos 44 horas semanales. Los juzgados de garantía deberán, además, implementar sistemas de turnos a fin de que siempre existan jueces disponibles fuera del horario normal de funcionamiento. El sistema de turnos resulta imprescindible para cumplir con los estrictos plazos que establece el CPP en orden a que los detenidos sean conducidos a presencia judicial o, también, para resolver sobre las solicitudes de diligencia urgentes que les planteé el fiscal y que requieran autorización judicial previa.

Para promover la colaboración entre jueces y administradores o, dicho de otro modo, el involucramiento activo de los profesionales de un estamento en las tareas del otro, a fin de que aprehendan materialmente la importancia de ambas dimensiones en el mejoramiento de la gestión de los tribunales, se crean dos instancias de coordinación entre los mismos: el Comité de Jueces y el Juez Presidente de este Comité. El comité de jueces es la máxima instancia administrativa del tribunal, quien resolverá generalmente sobre la base de propuestas efectuadas por el juez presidente o el administrador del tribunal. El juez presidente es el nexo entre el tribunal y la Corporación Administra-

tiva del Poder Judicial y tiene importantes facultades de decisión frente a propuestas de gestión general, calificación y distribución del personal que le realice el administrador. Este último es quien tendrá a su cargo las tareas de organizar, hacer ejecutar y controlar toda la labor administrativa del tribunal, bajo la supervisión del juez presidente o del comité de jueces. Bajo su dirección estarán las diversas unidades administrativas del tribunal, que desempeñarán funciones exclusivas y estarán a cargo de un jefe de unidad.

Con este nuevo modelo de gestión y estructura organizacional se quiere liberar a los jueces con competencia en lo criminal del cumplimiento individual de las tareas administrativas de su respectivo tribunal, que ocupan gran parte de su agenda laboral y lo distraen de su función jurisdiccional.

3.2. COMITÉ DE JUECES

Como hemos visto, tanto en los juzgados de garantía como en los tribunales de juicio oral en lo penal existirá un comité de jueces y un juez presidente del comité, cuyas funciones están relacionadas con la gestión y administración del tribunal.

3.2.1. *Integración*

Los comités de jueces estarán integrados de la siguiente forma:

- a) En los juzgados o tribunales compuestos por cinco jueces o menos, el comité de jueces se conformará por todos ellos, y
- b) En los juzgados o tribunales conformados por más de cinco jueces, el comité lo compondrán los cinco jueces que sean elegidos por la mayoría del tribunal, cada dos años.

Los acuerdos del comité se adoptarán por mayoría de votos; en caso de empate decidirá el voto del juez presidente. La ley señala la forma en que se procederá a la integración del comité en caso de ausencia, vacancia o impedimento de alguno de sus miembros (art. 22 COT).

3.2.2. *Funciones*

Las atribuciones del comité de jueces son, fundamentalmente, de gestión y administración de los tribunales. El artículo 23 COT señala cuáles son ellas:

- a) Aprobar el procedimiento objetivo y general de distribución de causas a que se refieren los artículos 15 y 17 COT, según se trate de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal;
- b) Designar, de la terna que le presente el juez presidente, al administrador del tribunal;
- c) Calificar anualmente al administrador del tribunal;
- d) Resolver acerca de la remoción del administrador;
- e) Designar al personal del juzgado o tribunal, a propuesta en terna del administrador;
- f) Conocer de la apelación que se interpusiere en contra de la resolución del administrador que remueva al subadministrador, a los jefes de unidades o a los empleados del juzgado o tribunal;
- g) Decidir el proyecto de plan presupuestario anual que le presente el juez presidente para ser propuesto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y
- h) Conocer de todas las demás materias que señale la ley.

En los juzgados de garantía en que se desempeñen uno o dos jueces, las atribuciones indicadas en las letras b), c), d) y f) corresponderán al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva. Por su parte, las atribuciones previstas en los literales a), e), g) y h) quedarán radicadas en el juez que cumpla la función de juez presidente.

3.2.3. *El juez presidente*

De entre los miembros del comité de jueces se elegirá al juez presidente, quien durará dos años en el cargo y podrá ser reelegido hasta por un nuevo período (art. 23 inciso 4º COT).

Le corresponden las siguientes funciones:

- a) Presidir el comité de jueces;

- b) Relacionarse con la Corporación Administrativa del Poder Judicial en todas las materias de competencia de ésta;
- c) Proponer al comité de jueces el procedimiento objetivo y general de distribución de las causas a que se refieren los artículos 15 y 17 COT;
- d) Elaborar anualmente una cuenta de la gestión jurisdiccional del juzgado o tribunal;
- e) Aprobar los criterios de gestión administrativa que le proponga el administrador del tribunal y supervisar su ejecución;
- f) Aprobar la distribución del personal que le presente el administrador del tribunal;
- g) Calificar al personal, teniendo a la vista la evaluación que le presente el administrador del tribunal;
- h) Presentar al comité de jueces una terna para la designación del administrador del tribunal;
- i) Evaluar anualmente la gestión del administrador, y
- j) Proponer al comité de jueces la remoción del administrador del tribunal.

En los juzgados de garantía en que exista un solo juez, éste tendrá generalmente las atribuciones del juez presidente. En consecuencia, las atribuciones contenidas en las letras h) y j) las ejercerá ante el presidente de la Corte de Apelaciones respectiva. Por su parte, cuando haya dos jueces de garantía, las atribuciones del juez presidente se rotarán anualmente, comenzando por el más antiguo (art. 24 COT).²³²

Consecuente con la mayor carga que significará esta función administrativa para el juez presidente, la ley dispone que el desempeño de la misma podrá significar una reducción proporcional de su trabajo jurisdiccional, según lo determine el comité de jueces.

3.3. EL ADMINISTRADOR DEL TRIBUNAL

Es un funcionario auxiliar, profesional o técnico, de la administración de justicia, encargado de organizar y controlar la gestión

²³² Críticamente sobre este punto, VARGAS, cit., p. 358.

administrativa del respectivo juzgado de garantía o tribunal de juicio oral en lo penal (art. 389 A COT). No están previstos, por tanto, para los restantes tribunales.

A este funcionario corresponde (art. 389 B COT):

- a) Dirigir las labores administrativas propias del funcionamiento del juzgado, bajo la supervisión del juez presidente del comité de jueces;
- b) Proponer al comité de jueces la designación del subadministrador, de los jefes de unidades y de los empleados del tribunal;
- c) Proponer al juez presidente la distribución del personal;
- d) Evaluar al personal a su cargo;
- e) Distribuir las causas conforme con el procedimiento objetivo y general aprobado;
- f) Remover al subadministrador, a los jefes de unidades y al personal de empleados conforme al artículo 389 F COT;
- g) Llevar la contabilidad y administrar la cuenta corriente del tribunal de acuerdo a las instrucciones del juez presidente;
- h) Dar cuenta al juez presidente acerca de la gestión administrativa del juzgado;
- i) Elaborar el presupuesto anual, que deberá ser presentado al juez presidente a más tardar en el mes de mayo del año anterior al ejercicio correspondiente. Este presupuesto deberá contener una propuesta detallada de la inversión de los recursos que requerirá el tribunal en el ejercicio siguiente;
- j) Adquirir y abastecer de materiales de trabajo al tribunal en conformidad con el plan presupuestario aprobado para el año respectivo, y
- k) Ejercer las demás tareas que le sean encomendadas por el comité de jueces o el juez presidente o que determinen las leyes.

La ley establece que los administradores de tribunal deberán sujetarse a las políticas generales que dicte el Consejo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial en las materias que sean de su atribución (art. 389 B inciso final COT).

Las normas sobre requisitos, forma de designación y remoción de este funcionario se contemplan en los artículos 389 C, 389 D, y 389 F inciso final del COT.

3.4. LAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS

Cada una de ellas es dirigida por un jefe de unidad, quien es un profesional o técnico en la materia, y está integrada por un conjunto variable de funcionarios técnicos o administrativos.

Las unidades son las siguientes (art. 25 COT):

a) *Sala*, que tendrá por función la organización y asistencia a la realización de las audiencias;

b) *Atención de público*, encargada de otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado o tribunal, especialmente a la víctima, al defensor y al imputado, recibir la información que éstos entreguen y manejar la correspondencia del juzgado;

c) *Servicios*, que reúne las labores de soporte técnico de la red computacional del juzgado o tribunal, de contabilidad y de apoyo a la actividad administrativa del tribunal, y la coordinación y abastecimiento de todas las necesidades físicas y materiales para la realización de las audiencias;

d) *Administración de causas*, cuya función será desarrollar toda la labor relativa al:

- Manejo de causas y registros del proceso penal en el juzgado, incluidas las relativas a las notificaciones;
- Al manejo de las fechas y salas para las audiencias;
- Al archivo judicial básico, al ingreso y al número de rol de las causas nuevas;
- A la primera audiencia judicial de los detenidos;
- A la actualización diaria de la base de datos que contenga las causas del juzgado o tribunal, y
- A las estadísticas básicas del juzgado o tribunal.²³³

²³³ Una descripción resumida del funcionamiento de dichas unidades en los juzgados puede verse en VARGAS, cit., pp. 373 y ss.

En los tribunales de juicio oral en lo penal existirá, además, una unidad de:

e) *Apoyo a testigos y peritos*, destinada a brindar adecuada y rápida atención, información y orientación a los testigos y peritos citados a declarar en el transcurso de un juicio oral.

La determinación de las unidades administrativas con que contará cada juzgado o tribunal corresponderá a la Corporación Administrativa del Poder Judicial (art. 26 COT), lo que implicará que los tribunales más pequeños podrán fundir las funciones señaladas en menos unidades.

D. EL IMPUTADO Y EL DEFENSOR

1. CALIDAD DE IMPUTADO

El imputado es aquel interviniente²³⁴ contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado. Conforme al inciso 1º del artículo 7º del Código Procesal Penal, una persona adquiere la calidad de tal desde “la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. La ley quiso asentar precisamente el momento a partir del cual debe reconocérsele tal calidad a fin de poder ejercer plenamente los derechos que ella le garantiza. De este modo, el inciso 2º del citado precepto legal establece que “se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

Esta interpretación legal desformaliza el concepto de procedimiento penal y deja atrás ciertas posiciones de la doctrina nacional que asociaron, en el antiguo régimen procesal penal, el surgimiento de los derechos y facultades procesales del imputa-

²³⁴ Vid. artículo 12 CPP.

do a la adquisición de la calidad de parte o “procesado” del mismo derivada de la dictación del auto de procesamiento.²³⁵⁻²³⁶

El propósito del legislador fue ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito, desvinculándola de cualquier actuación formalizada de los órganos de persecución penal que pudiera obstaculizarla o impedirle. En efecto, la ley no ha exigido que se formalice la investigación para que una persona adquiera la calidad de imputado, pues tal opción habría significado hacer dependiente el pleno ejercicio de los derechos del imputado a una actuación unilateral y potestativa del órgano de persecución penal.

²³⁵ La Ley 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que modificó el antiguo Código de Procedimiento Penal, introdujo un nuevo artículo 67 consagrando los “derechos del inculpado” y garantizando, desde las primeras actuaciones del procedimiento, la defensa del inculpado con su facultad para designar abogado y apoderado (art. 67 N° 1 CdPP). Con ello se pone término a la interpretación doctrinal y jurisprudencial predominante hasta ese momento que distinguía entre inculpado y procesado, negándole al primero derechos en el proceso y otorgándose los al segundo desde la dictación del auto de procesamiento (QUEZADA (J.), *El nuevo proceso penal chileno*, Conosur, 1991, pp. 49 y ss.)

²³⁶ Por ello, contraría el tenor literal y el espíritu del artículo 7° CPP la instrucción N° 4 del Fiscal Nacional que no reconoce como imputado a una persona “respecto de la cual no se ha formalizado la investigación ni se han formulado cargos, es decir no se ha desarrollado ninguna actividad investigatoria en su contra respecto de delitos determinados”. Más adelante el Fiscal Nacional reflexiona sobre “cuál es la situación de una persona que puede estar afectada por una investigación, pero respecto de la cual no se han formulado cargos ni se ha formalizado la investigación”. Y conviene que para ello “es indispensable distinguir entre los afectados por una investigación en que no se le imputan cargos o por el fiscal o por la policía y los imputados respecto de los cuales se ha formalizado o concretado la investigación en su contra”. Concluye sus reflexiones señalando que “esta Fiscalía estima que antes de formalizada la investigación sólo estamos en presencia de posibles ‘afectados’ por una investigación preliminar pero no de ‘imputados’”. Para sustentar su posición invoca el artículo 186 CPP, sobre control judicial anterior a la formalización de la investigación, y el artículo 236 del mismo cuerpo legal que autoriza la solicitud de diligencias de investigación que requieren autorización judicial “sin conocimiento del afectado”. Las consecuencias perjudiciales de esta interpretación para el imputado se manifiestan en la siguiente conclusión del Fiscal Nacional: “cuando el fiscal decide tomar la decisión de formalizar la investigación, está claramente limitando sus potestades por cuanto deberá permitir la defensa obligatoria del imputado y permitirle el acceso a los registros de la investigación, por regla general”. Con ello, se infringe lo dispuesto expresamente por los artículos 7° y 8° del CPP, sobre ámbito de la defensa del imputado, y el artículo 182 CPP que confiere la facultad al imputado de conocer los registros y los documentos de la investigación del fiscal y de la policía desde la primera actuación del procedimiento.

En primer plano está la atribución de responsabilidad penal a una persona que debe presumirse inocente a través de cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía. Así, por ejemplo, la persona adquiere la calidad de imputado desde la detención por delito flagrante o desde que se requiera autorización judicial para llevar a cabo una diligencia de investigación sin su conocimiento o desde que se solicite información a alguna autoridad o institución sobre su persona con relación a la investigación de un hecho punible. En estos casos, el afectado tiene derecho a hacer valer todas las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen al imputado desde el momento de la detención o desde que tomó conocimiento de las diligencias de investigación, aunque no haya sido formalizada la investigación en su contra.

2. POSICION DEL IMPUTADO DENTRO DEL PROCESO

El Código establece como principio básico del nuevo proceso penal el derecho que tiene el imputado para hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya participación en un hecho punible. En consecuencia, a partir de entonces el imputado es sujeto de derechos dentro del proceso penal y esta posición proviene de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad.²³⁷

Con ello se supera aquella concepción inquisitiva que tendió a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, esto es, como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material.²³⁸ Fue, justamente, en este último contexto que la confesión se convirtió en la “reina de las pruebas” y sirvió para todo tipo de excesos y abusos.²³⁹ Hoy, en cambio, el imputado tiene derecho

²³⁷ Vid. supra, II.C.2.2.4.

²³⁸ LESCH (H.), *Strafprozessrecht*, J.A. Studienskript 5, Luchterhand, Berlin, 1999, pp. 112 y ss.

²³⁹ MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, 1b, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 595.

a guardar silencio (art. 93 letra g) CPP) y a que, en el evento que consienta en declarar, ella sólo sea entendida como un medio de defensa (art. 98 CPP). Esto no quiere decir, sin embargo, que el imputado no pueda constituirse en objeto de la investigación²⁴⁰ y, eventualmente, en medio de prueba²⁴¹ como cualquier ciudadano que está sujeto al deber de tolerar la pretensión *fundada* del Estado al esclarecimiento y sanción de las infracciones a las normas jurídicas.²⁴² En efecto, el imputado está sujeto a la coacción estatal en la medida que debe tolerar el procedimiento penal y, eventualmente, las afecciones masivas en su libertad personal o en su integridad corporal, como la prisión preventiva o tomas de sangre.²⁴³ No obstante, su consideración como "objeto del proceso" sólo cabe efectuarla desde una perspectiva fáctico-externa, nunca normativa, pues el Estado se encuentra limitado constitucionalmente por las garantías fundamentales.²⁴⁴

3. DERECHO DE DEFENSA

Consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.²⁴⁵

²⁴⁰ Piénsese, por ejemplo, en los exámenes corporales o en el reconocimiento en rueda de presos, etc. Sobre los problemas de constitucionalidad que ofrecen las intervenciones corporales en la doctrina y el derecho comparado, vid. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO (N.), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 285 y ss. También, infra, capítulo VII, 6.1.

²⁴¹ Así, cuando la sentencia se funda, en primera línea, en la confesión o en las declaraciones del acusado durante el juicio (LESCH (H.), *Strafprozessrecht*, cit., p. 112. Vid. también, ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, 23. Auflage, Beck, München, 1993, pp. 166 y ss.

²⁴² SUNDELIN, citado por LESCH, *Strafprozessrecht*, cit., p. 112.

²⁴³ Así, ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 101.

²⁴⁴ LESCH, cit., p. 113. Con ello se supera, a nuestro juicio, la objeción de BINDER cuando afirma que el imputado puede ser "objeto de prueba", pero nunca "objeto del proceso penal" (*Introducción...*, cit., p. 332).

²⁴⁵ VASQUEZ ROSSI (J.), *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 49.

El derecho a defensa comprende genéricamente los siguientes derechos:

- a) El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;
- b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;
- c) El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;
- d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable,²⁴⁶ y
- e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista.²⁴⁷

Estas garantías se contemplan en los artículos 14 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8° N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), tratados ratificados y vigentes en Chile; en consecuencia, incorporados al ordenamiento jurídico interno a través del artículo 5° inciso 2° de la CPE, con rango constitucional.²⁴⁸ El no respeto de estas garantías puede conllevar la nulidad de actuaciones del procedimiento o, incluso, la nulidad del juicio y de la sentencia.²⁴⁹

El derecho de defensa del imputado comprende, en consecuencia, tanto la defensa material como la defensa técnica.

La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado. El Código admite la posibilidad de autodefensa, esto es, que

²⁴⁶ Así, por ejemplo, alegar porque se declare total o parcialmente ilegítimo el proceso o algunas pruebas rendidas por el acusador, a que se absuelva a su representado o se le reconozcan circunstancias favorables que impliquen una pena más benigna que la solicitada por el fiscal, etc.

²⁴⁷ VELEZ MARICONDE (A.), *Estudios de derecho procesal penal*, II, Córdoba, 1956, pp. 93-94; MAIER (J.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 311.

²⁴⁸ MEDINA (C.), *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 39 y ss.

²⁴⁹ Vid. Título IV Libro III CPP.

el imputado asuma personalmente su defensa, excepto cuando la misma sea perjudicial para el propio interesado (art. 102 inciso 4º CPP). En caso contrario, deberá designar libremente a un defensor de su confianza y, si carece de él, tendrá derecho a uno proporcionado por el Estado (defensor penal público).²⁵⁰

La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal. Aunque igualar el poder de la organización estatal puesta al servicio de la persecución penal puede resultar imposible, la ley prevé una serie de mecanismos para mejorar la posición del imputado y garantizar una cierta *igualdad de armas*. El más importante de ellos es la defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada.²⁵¹

3.1. EL DERECHO DE DEFENSA MATERIAL

El Código establece como principio básico del nuevo proceso penal el derecho del imputado 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 (art. 8º inciso 2º CPP). Asimismo, establece deberes e impone ciertos límites a la actividad de los órganos estatales que intervienen en la persecución penal y el enjuiciamiento, a fin de garantizar la intangibilidad del derecho de defensa del imputado, su dignidad y autonomía personal.²⁵²

²⁵⁰ Vid. art. 19 N° 3 inciso 3º CPE; art. 8º N° 2 letra d) Convención Americana de DD.HH.; art. 14 N° 3 letra e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁵¹ VASQUEZ ROSSI, *El proceso penal*, cit., pp. 53 y ss.

²⁵² ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 104.

En efecto, los artículos 93 y 94 del CPP contemplan un catálogo de derechos y garantías que el imputado puede hacer valer desde el inicio hasta la terminación del procedimiento, derechos que guardan estrecha relación con los contenidos en el artículo 14 N° 3 del PIDCP y el artículo 8° N° 2 de la CADH y que, fundamentalmente, constituyen una expresión concreta del derecho de defensa del imputado.²⁵³ Ellos pueden reconducirse, sistemáticamente, a los siguientes grupos de derechos: A) derechos de información, B) derechos de intervención en el procedimiento, y C) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal, esto es, un deber de garantizar la intangibilidad del ejercicio del derecho de defensa del imputado.

3.1.1. *Derechos de información*

Constituyen el presupuesto necesario para que el imputado pueda ser oído (derecho de audiencia) y defenderse de los cargos que se le imputan o, derechamente, inhibir la persecución penal. La CADH establece que el inculcado tiene derecho a que se le comuniquen previa y detalladamente los cargos formulados (art. 8° 2.b)). El PIDCP, en la misma línea, consagra el derecho del imputado a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra (art. 14.3.a)).

La recepción de esta garantía en el CPP se traduce en:

a) El derecho a ser informado de forma específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y sobre los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. Encontrándose el imputado en libertad, corresponde cumplir con este deber cuando se allane a prestar declaración voluntaria ante el fiscal (art. 194 inciso 1° CPP) o al momento de procederse a la formalización de la investigación (art. 229 CPP). No basta con el *nomen iuris* de la

²⁵³ Los demás se derivan directamente del principio de presunción de inocencia. Así, los contenidos en el art. 94 letras f), g) y h). En este sentido, resultan particularmente ilustrativos los derechos que tiene el imputado sometido a encarcelamiento preventivo, los que se regulan en el artículo 150 CPP.

infracción imputada sino que debe tratarse de la atribución clara y precisa de un hecho concreto con sus circunstancias de modo, tiempo y espacio,²⁵⁴ y

b) El imputado privado de libertad tiene derecho, además, a que se le informe 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 dispone. El funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión deberá informarle de los derechos establecidos en los artículos 93 letras a), b) y g) y 94 letras f) y g) del CPP.²⁵⁵ Tiene, asimismo, derecho a que el encargado de guardia del recinto policial al que hubiere sido conducido informe, en su presencia, al familiar o persona que indique, la circunstancia de hallarse detenido o en prisión y el lugar donde se encuentra. Por último, posee derecho a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención.

La ley regula detalladamente todos los aspectos de los derechos de información que asisten al imputado y los mecanismos para asegurar su cumplimiento.

Si por las circunstancias que rodean la detención no es posible cumplir con el deber de información, ella será proporcionada por el encargado de la unidad policial a la que sea conducido. Debe dejarse constancia en el libro de guardia del recinto policial del hecho de haberse entregado la información, de la forma en que ello se realizó, del funcionario que efectuó la diligencia y de las personas que lo hubieren presenciado. La información puede ser realizada verbalmente o por escrito, si el imputado manifiesta saber leer y se encuentra en condiciones de hacerlo. En este caso, debe entregársele un documento que contenga una descripción clara de sus derechos (art. 135 CPP). La ley establece que en todo recinto de detención policial y casa de detención deberá existir, en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de los detenidos (art. 137 CPP). Cuando el detenido cumpla la detención en su residencia, la información deberá ser entregada al afectado en la misma, sin perjuicio de la constan-

²⁵⁴ Así, MAIER, *Derecho penal procesal...*, cit., p. 318.

²⁵⁵ Así lo establecen los artículos 94 a) y b) y 135 del CPP.

cia respectiva en el libro de guardia (art. 135 inciso final y art. 138 CPP).

3.1.2. *Derechos de intervención en el procedimiento*

Una manifestación activa del derecho a ser oído está constituida por las variadas posibilidades de intervención en el procedimiento de que dispone el imputado, ya sea para ser excluido tempranamente de la persecución penal o ya para influir sobre la decisión jurisdiccional del tribunal del juicio a través de la producción, confrontación y valoración de la prueba.²⁵⁶ El CPP establece genéricamente los siguientes derechos:

- a) Solicitar a los fiscales diligencias de investigación que desvirtúen los cargos formulados (art. 93 c) CPP). Si con ocasión de la declaración judicial, el imputado o su defensor solicitan la práctica de diligencias, el juez podrá recomendar al ministerio público la realización de las mismas, cuando lo considere necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad (art. 98 inciso 4º CPP);
- b) Solicitar al juez la citación a una audiencia, para concurrir solo o con su abogado, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación (art. 93 d) CPP);
- c) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que ella haya sido declarada secreta y por el tiempo en que se prolongue dicha declaración (art. 93 e) CPP), y
- d) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechace (art. 93 f) CPP).

La CADH y el PIDCP establecen como garantía mínima del debido proceso el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (art. 14.3 e) PIDCP y art. 8.2 f) CADH). Este derecho se ejerce, primordialmente, en el curso

²⁵⁶ MAIER (J.), *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 354-355.

del juicio oral,²⁵⁷ etapa en la que se asegura y exige la presencia ininterrumpida (principio de inmediación) de todos los sujetos procesales, incluidos el acusado y su defensor, a fin de que intervengan como medios de control efectivo de la prueba que sirva de base a la sentencia definitiva. Asimismo, comprende el derecho a ofrecer prueba de descargo que sólo por excepción puede ser excluida en la etapa intermedia,²⁵⁸ y producirla durante el debate. Por último, el imputado tiene derecho a la valoración de la prueba y a la valoración jurídica de los hechos que considere acreditados (alegato y réplica de clausura).

Con estas posibilidades, el defensor y el propio imputado tienen la oportunidad de influir en todos los aspectos que debe abarcar la sentencia definitiva y, también, de controvertir los argumentos, afirmaciones y valoraciones del acusador.²⁵⁹ Estos derechos son consecuencia inmediata de los principios de inmediación y contradicción del juicio, presupuestos legitimantes de la decisión jurisdiccional en cuanto aseguran que los intervinientes han tenido una oportunidad real de influir sobre el resultado de la decisión a través de un proceso dinámico de afirmación y refutación de sus respectivas hipótesis litigiosas.

Finalmente, cabe hacer referencia al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley (art. 14.5 PIDCP) o el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2. h) CADH). Se consagra, pues, el derecho del imputado de recurrir del fallo condenatorio ante un tribunal superior (“derecho al recurso”). En el nuevo proceso penal el medio de impugnación por excelencia es el recurso de nulidad, esto es, un recurso de derecho. La garantía prevista para hacer frente a posibles errores en la apreciación de los hechos se materializa en la exigencia de la presencia ininterrumpida de los jueces que

²⁵⁷ En el Código Procesal Penal se admite excepcionalmente la denominada “prueba anticipada”, esto es, como su nombre lo indica, prueba que se produce en etapas previas al juicio oral pero con todas las garantías y formalidades del mismo (arts. 191, 192, 280 CPP). Vid. infra, VII.B.7.4.4.

²⁵⁸ Fundamentalmente, se trata de prueba “manifiestamente impertinente” o que tenga por objeto acreditar “hechos públicos y notorios” o que produce efectos puramente dilatorios en el juicio oral (cfr. art. 276 CPP).

²⁵⁹ Vid. MAIER (J.), *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 354 y ss.

integran el tribunal colegiado del juicio (art. 284 CPP). Se elimina, en consecuencia, la doble instancia en los delitos sobre los que recaiga una sentencia dictada por un tribunal de juicio oral en lo penal (art. 364 CPP), y la invalidación del juicio oral o de la sentencia por haberse acogido un recurso de nulidad exige, por regla general, la realización de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

En general, aunque con discrepancias, la doctrina y jurisprudencia comparadas admiten que la sola contemplación de un recurso de derecho garantiza adecuadamente el derecho al recurso del imputado, siempre que no se trate de un medio de impugnación excesivamente formalizado que dificulte su interposición y/o admisibilidad y las causales de procedencia sean más o menos amplias.²⁶⁰

3.1.3. *Derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución penal y el enjuiciamiento*

Se trata de que tales órganos se abstengan de afectar los derechos del imputado, ya porque se encuentran teleológicamente conectados con su derecho de defensa o ya porque emanan del principio de la dignidad humana.²⁶¹ Estos derechos del imputado son:

- a) A guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;²⁶²
- b) A no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes;²⁶³
- c) A no ser juzgado en ausencia;²⁶⁴

²⁶⁰ CAROCCA (A.), "Recursos en el nuevo sistema procesal penal", en CAROCCA y otros, *Nuevo proceso penal*, cit., pp. 311-312.

²⁶¹ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 104.

²⁶² Véanse art. 19 N° 7 letra f) CPE, art. 93 letra g) CPP.

²⁶³ Art. 93 letra h) CPP. Aunque este derecho puede entenderse sustancialmente, esto es, respecto de cualquier persona, su inclusión en este precepto está referida a la incoercibilidad del imputado como órgano de prueba y al tratamiento como no culpable durante todo el procedimiento (art. 4 CPP). Al respecto, vid. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 367 y ss. Estudiaremos aquí la mencionada garantía sólo a propósito de la incoercibilidad del imputado.

²⁶⁴ Art. 93 i) CPP.

- d) Prohibición de exceder, en la sentencia, del contenido de la imputación (principio de congruencia), y
- e) Prohibición de *reformatio in peius*.

3.1.3.1. Incoercibilidad del imputado

El derecho del imputado a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento. De aquí surge la garantía del imputado “a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable” (art. 14.3. g) PIDCP y art. 8.2 g) CADH), expresado en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*. Esta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como los del ministerio público, sea durante la investigación preliminar, sea durante el desarrollo del juicio. En consecuencia, la ley establece regularmente el deber de instruir al imputado sobre su derecho a guardar silencio (arts. 97, 135, 136, 137, 138, entre otros).

La incolumidad de este derecho impone la prohibición de todo método de interrogatorio que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar o afecte su voluntariedad. Por ello, el Código establece que el imputado no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, exceptuada la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal (art. 195 inciso 1º CPP). Quedan incluidos en esta prohibición, en consecuencia, la tortura o tormento, cualquier forma de maltrato, la violencia corporal o psíquica, las amenazas,²⁶⁵ el juramento, el engaño (preguntas capciosas o sugestivas)²⁶⁶ o incluso el cansancio. En este último caso, la ley dispone que si el examen del imputado se prolonga por mucho tiempo o el número de preguntas es tan considerable que han provocado su agotamiento, deberá concederse al imputado el descanso prudente y necesario para su recuperación (art. 196 CPP).

²⁶⁵ Resulta discutible la inclusión de la amenaza cuando el mal amenazado se encuentra previsto en la ley; por ejemplo, una solicitud de prisión preventiva (en el sentido de excluirla, MAIER (J.), *Derecho procesal penal...*, cit., p. 436), aunque no cabe duda de que tal amenaza puede resultar altamente coercitiva.

²⁶⁶ Cfr. artículo 330 CPP.

Asimismo, la ley prohíbe todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, tales como la administración de psicofármacos o la hipnosis (art. 195 inciso 2º CPP). Se incluyen en esta categoría los “sueños de la verdad” y los instrumentos que registran reacciones inconscientes o reflejos incondicionados de las personas, como los “detectores de mentiras”.

El Código establece que el consentimiento del imputado no juega ningún papel como excluyente de los vicios que afectan a su declaración por la utilización de los métodos vedados (art. 195 inciso final CPP). Este es un principio generalmente aceptado en el derecho europeo continental.²⁶⁷

3.1.3.2. Prohibición de juzgamiento en ausencia

La inadmisibilidad del juzgamiento en ausencia o del procedimiento contumacial responde al derecho de audiencia y de defensa efectiva del imputado, esto es, a la necesidad de garantizar que sea él mismo, personalmente, quien ejerza las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico cuando sea objeto de una acusación penal. Sin embargo, este derecho se garantiza únicamente en la etapa de juicio oral y se regula a través de la institución de la “rebeldía”. En efecto, el Código Procesal Penal establece como causales de rebeldía las siguientes:

- a) Cuando, decretada judicialmente la detención o prisión preventiva del imputado, éste no fuere habido, o
- b) Cuando, habiéndose formalizado la investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición (art. 99 CPP).

La rebeldía del imputado será declarada por el tribunal ante el que debiere comparecer (art. 100 CPP). Para el examen de

²⁶⁷ MAIER (J.), *La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Depalma, Buenos Aires, p. 109. Este autor estima, sin embargo, que excepto la utilización de medios coercitivos graves podrían usarse medios científicos o técnicos que no comprometen la dignidad humana siempre y cuando el imputado consintiera en ellos como medio de defensa o como único modo de acreditar su inocencia (vid. MAIER (J.), *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 331 y ss.).

sus efectos es necesario distinguir la etapa procesal en la que se pronuncia tal declaración.

Si ella se declara durante la investigación preparatoria “el procedimiento continuará hasta la audiencia de preparación del juicio oral”, oportunidad procesal en que podrá decretarse el sobreseimiento temporal (art. 252 b) CPP). Si, en cambio, la rebeldía se produce durante la etapa del juicio oral, se sobreseerá temporalmente hasta que el imputado comparezca o sea habido (art. 101 inciso 2º CPP).

Declarada la rebeldía, las resoluciones que se dicten en el procedimiento se tendrán por notificadas personalmente al rebelde en la misma fecha en que se pronuncien. El sobreseimiento afectará sólo al rebelde y el procedimiento continuará con respecto a los imputados presentes. El imputado que fuere habido deberá pagar las costas causadas con su rebeldía, a menos que justifique debidamente su ausencia (art. 101 incisos 1º, 3º y 4º CPP).

3.1.3.3. Correlación entre imputación y fallo

La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación; en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella (art. 341 CPP). Su infracción da origen a un motivo absoluto de nulidad del juicio y la sentencia (art. 374 f) CPP). El fundamento de esta prohibición radica en el derecho del acusado de ser oído y defenderse respecto de todos los hechos y circunstancias que se le imputan.

En el Código, la exigencia de congruencia fáctica se extiende también a la acusación y la formalización de la investigación. En efecto, el artículo 259 inciso final CPP establece que “la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”. La inobservancia de esta norma no acarrea, como en el caso anterior, la nulidad de la actuación viciada sino que da origen a la necesidad de subsanar la acusación en los términos señalados en el artículo 270 CPP.

La regla de correlación o congruencia no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. En efecto, el sentenciador puede otorgar a los hechos y cir-

cunstances contenidos en la acusación una calificación jurídica distinta a la conferida por el o los acusadores o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que se hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia (art. 341 inciso 2º CPP). Si esta situación ocurre durante la deliberación que sucede a la clausura del debate, deberá reabrirse la audiencia, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella (art. 341 inciso 3º CPP). La variación sorpresiva de la calificación jurídica de los hechos en la sentencia puede afectar el derecho de defensa del imputado, en especial si ella estuvo absolutamente fuera de las previsiones del defensor y perjudica en forma sensible a su parte. De allí que se imponga el deber al tribunal del juicio de advertir de tal posibilidad durante la audiencia, a fin de permitir que se efectúen las alegaciones que correspondan.

3.1.3.4. Prohibición de *reformatio in peius*

Esta garantía consiste en la prohibición que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición de un recurso de modificarla en perjuicio del imputado, cuando ella sólo hubiese sido recurrida por él o por otra persona autorizada por la ley, en su favor.²⁶⁸ Con ello se busca impedir que el imputado sea perjudicado sorpresivamente por una resolución sin que haya podido defenderse de aquellos extremos de la misma que lo afectan.

No obstante, la ley procesal penal chilena recepciona en términos más amplios esta prohibición. En efecto, el artículo 360 inciso 3º CPP, contenido entre las disposiciones generales de los recursos (Título I Libro III CPP), establece que “si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente”. Esta norma pareciera establecer una regla que emana del principio acusatorio, esto es, que las atribuciones del tribunal que decide se encuentran limitadas a los puntos que constituyen los agravios invocados por el impugnante. En efecto, el inciso 1º del precepto legal recién invocado señala que “el tribunal que conociere de

²⁶⁸ MAIER (J.), *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 361-362.

un recurso sólo podrá 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...”, excepto en dos casos:

- a) Cuando sólo uno de varios imputados por el mismo delito entable el recurso contra la resolución, la decisión favorable que se dicte aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal declararlo así expresamente (art. 360 inciso 2º CPP), y
- b) Tratándose del recurso de nulidad, la regla general es que una vez interpuesto no pueden invocarse nuevas causales. Sin embargo, se admite que la Corte, de oficio, pueda acoger el recurso que se hubiere deducido a favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374 CPP (art. 379 inciso 2º CPP).

De todo lo dicho se desprende que la prohibición de *reformatio in peius* no está planteada, en la regulación positiva, como una expresión particular del derecho de defensa del imputado, pues admite expresamente que beneficie también a las partes acusadoras. Sin embargo, es importante destacar que, en cuanto garantía, sólo puede jugar a favor del imputado y, en consecuencia, los recursos interpuestos por el acusador debieran permitir modificar o revocar la decisión que resulte favorable al imputado si ello es lo que corresponde conforme a los principios de legalidad y culpabilidad. El Estado, en cuanto órgano de persecución penal pública, no tiene derecho a que se mantenga, como mínimo, la condena impuesta al acusado por el tribunal del juicio o la primera instancia, menos aun cuando su actuación está regida por el principio de legalidad y objetividad. Como señala MAIER, “el imputado no puede disponer íntegramente de su condena ni aun en vía recursiva, motivo por el cual el derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado.”²⁶⁹

²⁶⁹ *Derecho procesal penal*, cit., p. 366.

3.2. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

La Constitución establece el derecho a la defensa jurídica y la prohibición de que alguna autoridad o individuo impida, restrinja o perturbe la debida intervención del letrado si ella hubiere sido requerida. Asimismo, establece un mandato al legislador en orden a arbitrar los medios “para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos” (art. 19 N° 3 incisos 2° y 3° CPE).²⁷⁰ Por su lado, la Convención Americana de DD.HH. y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen el deber, para los Estados partes de dichos tratados, de proporcionar un defensor de oficio al imputado que no se defienda por sí mismo ni designe defensor dentro del plazo legal.²⁷¹ Finalmente, diversas disposiciones del CPP consagran el derecho del imputado a la defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (arts. 8° inciso 1°, 93 b) y 102 inciso 1° CPP). Si el imputado se encuentra privado de libertad, se consagra su derecho a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención (art. 94 letra f) CPP).

3.2.1. *La autodefensa técnica*

El Código autoriza la denominada autodefensa técnica, esto es, la posibilidad de que el imputado pueda defenderse personalmente, aunque con una importante limitación sobre cuya existencia

²⁷⁰ Sobre la discusión en torno a estas disposiciones constitucionales y, especialmente, las razones que se tuvieron presentes para desechar la propuesta original del comisionado Silva Bascuñán que establecía el deber para el Estado de otorgar defensa jurídica a quienes no pudieran procurársela, vid. Sesiones N°s 100 y 101, en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, celebradas el 6 y 9 de enero de 1975. De la discusión habida se desprende que la preocupación gira en torno a la defensa técnica más que a la consagración del derecho material de defensa y no se refiere exclusivamente al ámbito penal; al contrario, la fórmula es amplia y comprende también al procedimiento civil, laboral o administrativo. Evidentemente, el derecho de defensa en el procedimiento penal conlleva más exigencias que las requeridas en los demás órdenes jurídicos, por la mayor importancia política del proceso penal y por la supremacía de los bienes jurídicos en juego.

²⁷¹ Art. 8° N° 2 letra e) CADH; art. 14 N° 3 letra d) PIDCP.

debe pronunciarse el juez de garantía: que ella no perjudique la eficacia de la defensa (art. 102 inciso final CPP). VELEZ MARICONDE entiende que ella se perjudica cuando las condiciones intelectuales y psíquicas del imputado hagan presumir que no sabrá hacer valer sus derechos “con serenidad y valentía”, teniendo en cuenta el hecho que se le atribuye.²⁷² A nuestro juicio, será necesario comprobar, además, que la persona conoce adecuadamente sus derechos y cómo hacerlos valer durante el procedimiento. Una defensa técnica que asegure el mejor equilibrio de posiciones de las partes constituye, por consiguiente, una cuestión de interés público en un Estado de Derecho.

Si el juez decide que el imputado no es capaz de defenderse personalmente deberá designarle un defensor letrado, sin perjuicio de su derecho a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8º (art. 102 inciso 4º CPP). Esta norma no es sino la ratificación del concepto que al imputado corresponde, en primer lugar, el ejercicio de sus facultades defensivas y, *a su lado*, no *en su lugar*, actúa el defensor. La norma que concede la facultad al imputado para efectuar alegaciones y declaraciones durante todo el procedimiento se repite en diversas ocasiones a lo largo del Código. De modo general se reconoce que la declaración del imputado constituye el primer acto defensivo y, así, se establece que “durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere” (art. 98 inciso 1º CPP). En la audiencia de formalización de la investigación, y tras la formulación de los cargos, “el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente” (art. 232 inciso 1º CPP). En el juicio oral, se ordena al tribunal del juicio instruir al acusado sobre la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad al artículo 8º y, en el caso de que decida declarar, se le “permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas” pudiendo “en cualquier

²⁷² *Estudios de derecho procesal penal*, t. II cit., pp. 171-172. A mi juicio, la “valentía” no juega papel alguno, aspecto, por lo demás, que resultaría altamente discutible que fuera valorado *ex ante* por un tribunal. Lo que sí resulta relevante es la idoneidad profesional del imputado para defenderse *penalmente* a sí mismo en forma adecuada y su compromiso emocional con el caso.

estado del juicio (...) solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos” (art. 326 CPP). Por último, tras los alegatos de clausura y réplicas de los abogados, se otorgará al acusado la palabra para que manifieste lo que estime conveniente a su defensa (art. 338 inciso 3º CPP). Todas estas facultades son personales del imputado; por tanto al mismo, y no a su defensor, corresponde su ejercicio (art. 104 CPP).

3.2.2. *Designación y sustitución del defensor*

El derecho comprende la posibilidad que el imputado designe un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se solicite por el ministerio público o se decrete de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público en los términos de la ley respectiva.

Si el imputado se encuentra privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado o bien solicitar se le designe uno. De esta petición deberá conocer el juez de garantía competente o aquel correspondiente al lugar en que el imputado se encuentre. En todo caso, el juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia con el objeto de que acepte la designación del defensor (art. 102 incisos 2º y 3º CPP).

La Ley 19.718, de 10 de marzo de 2001, crea la Defensoría Penal Pública (en adelante, LDPP). Sin perjuicio que después nos referiremos con más detalle sobre el contenido de esta ley, podemos decir que la designación de los defensores penales públicos está regulada en el Párrafo 4º del Título V de la misma (arts. 51-54), estableciéndose como mecanismo general la selección, por parte del propio imputado, del abogado que aparezca individualizado en una nómina elaborada por la Defensoría Regional respectiva y que se encuentre disponible.²⁷³ El artículo 52 inciso final LDPP señala que “el abogado disponible que hubiere sido elegido queda designado como defensor del imputado o acusado”. Por su parte, el artículo 54 del mismo cuerpo legal establece que deberá entenderse que el abogado así

²⁷³ Sobre el concepto de “disponibilidad” en la ley, vid. infra, III.D.4.5.6.

designado tiene, por el solo ministerio de la ley, patrocinio y poder suficiente para actuar a favor del beneficiario en los términos que señala el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, debiendo comparecer inmediatamente para entrevistarse con él e iniciar su labor de defensa.

La ley admite la posibilidad del cambio de un defensor penal público por otro, siempre que sea con fundamento plausible (art. 53 LDPP). Asimismo, el imputado a quien se le hubiere designado un defensor penal público podrá elegir posteriormente otro de su elección o confianza. Sólo se establece que la sustitución no producirá efectos hasta que el nuevo defensor designado acepte el mandato y designe domicilio (art. 107 CPP).

Por consiguiente, la ley establece la *obligatoriedad* de la defensa técnica en el procedimiento penal e impone que la designación del letrado tenga lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado (art. 102 inciso 1º *in fine* CPP). El fundamento de la obligatoriedad de la defensa técnica dice relación con la presunción de que el imputado no es capaz de resistir la persecución penal por sí solo, con excepción del caso, muy infrecuente en la práctica, en que se autoriza su autodefensa.

Para asegurarla, la ley erige la defensa técnica en un presupuesto de la validez del procedimiento y de la sentencia. En efecto, la ley penal sanciona con nulidad las actuaciones que se realicen en ausencia del defensor cuando la ley exija expresamente su presencia (art. 103 CPP). Estas hipótesis son:

- a) La audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento (art. 237 inciso 3º CPP);
- b) La audiencia de preparación del juicio oral (art. 269 inciso 1º CPP), sin perjuicio de la facultad del tribunal de declarar el abandono de la defensa y la designación de un defensor de oficio, y
- c) La audiencia del juicio oral (art. 286 inciso 1º CPP), también sin perjuicio de la facultad del tribunal de declarar el abandono de la defensa y la designación de un defensor de oficio.

3.2.3. *Oportunidad procesal en que surge la obligación del Estado de proporcionar un defensor*

Se ha discutido el momento en el que surge para el Estado la obligación de designar al defensor penal público. La confusión se produce porque mientras el artículo 8º CPP establece que “el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”, el artículo 102 establece que “la designación del defensor debe tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado”.²⁷⁴ Incluso, esta norma impone la obligación al ministerio público de instar por dicha designación, si el imputado careciere de defensor, dejando al juez la posibilidad de efectuarla de oficio y en última instancia, conforme a la ley respectiva.

Desde luego, es posible que la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra coincida con la primera audiencia del mismo; pero en muchos casos no será así. Se ha interpretado que el derecho a la designación de un defensor penal público surgiría con la audiencia de formalización de la investigación y/o de control de la detención.²⁷⁵ Sin embargo, este planteamiento ignora que el Código establece reiteradamente el derecho del imputado a ser defendido por un letrado *desde la primera actuación del procedimiento* dirigido en su contra. Cualquier otra interpretación afecta el derecho de igualdad ante la ley, toda vez que es indiscutible que un imputado que cuente con recursos podrá designar un defensor de su elección desde la primera actuación del procedimiento, conforme lo dispuesto en el art. 8º inciso 1º y art. 102 inciso 1º primera parte CPP.

En consecuencia, sostenemos que la colisión de normas debe resolverse afirmando la facultad del imputado a obtener la designación de un defensor penal público desde la primera actuación del procedimiento y la obligatoriedad de la defensa técnica proporcionada por el Estado a partir de la primera audiencia a que sea citado el imputado.

²⁷⁴ Cabe destacar que esta misma disposición repite, en la primera frase de su primer párrafo, la contenida en el artículo 8º inciso 1º CPP.

²⁷⁵ Así, por ejemplo, Instructivo N° 20, Fiscalía Nacional del ministerio público, T. I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 345 y ss.

3.2.4. *Derechos y facultades del defensor*

El defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se hubiere reservado su ejercicio a este último en forma personal.²⁷⁶ El defensor actúa en el procedimiento como representante del imputado; sin embargo, este mandato o representación tiene características *sui generis*, pues la intervención del defensor no excluye la del imputado, ni los actos del primero suplen legalmente los del segundo. La intervención simultánea de ambos es, por regla general, indispensable. La propia ley considera a ambos, para los efectos del CPP, "intervinientes" en el procedimiento, "desde que realicen cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas" (art. 12 CPP).

Sólo en algunos casos es posible que el defensor actúe sin la presencia simultánea del imputado; desde luego, ello ocurrirá cada vez que voluntariamente no asista a alguna actuación del procedimiento y su presencia no sea exigida por la ley. En los demás casos, la ausencia del imputado sólo podrá ser temporal. Así, por ejemplo, es obligatoria la presencia del acusado durante toda la audiencia del juicio oral. La salida o abandono de la sala sólo podrá ocurrir cuando el acusado lo solicite al tribunal, que si accede deberá ordenar su permanencia en una sala próxima, o como consecuencia de las facultades disciplinarias del tribunal, esto es, cuando el comportamiento del acusado perturbe el orden de la audiencia. En ambos casos el tribunal deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la oportuna comparecencia del acusado quien, a su reingreso, deberá ser informado de lo ocurrido en su ausencia (art. 285 CPP).

La existencia del mandato o representación del defensor aparece de manifiesto en el régimen de notificaciones que establece el Código. En efecto, las notificaciones deben efectuarse sólo al defensor o mandatario constituido en el procedimiento, "salvo que la ley o el tribunal dispusiere que también se notifique directamente a aquél" (art. 28 CPP). Así ocurre, por ejemplo, con las notificaciones que deban realizarse al imputado privado de libertad (art. 29 CPP).

²⁷⁶ Sobre este punto vid. *supra*, III.D.3.2.1.

El defensor es un asistente o asesor jurídico del imputado no sólo en cuanto lo informa respecto de los derechos que le corresponden sino también respecto a la significación jurídica de la situación fáctica en la que se encuentra. Por ello, el aseguramiento del acceso a un abogado defensor desde el primer momento del procedimiento es esencial.²⁷⁷ De allí las numerosas cautelas previstas en el Código para garantizar el cumplimiento de los derechos de información que tiene el imputado, en especial cuando se encuentra privado de libertad, así como el derecho a entrevistarse privadamente con su abogado. Es más, todo abogado defensor tendrá derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención o prisión la confirmación de encontrarse privada de libertad una persona determinada en ese o en otro establecimiento del mismo servicio y que se ubique en la comuna. En caso afirmativo, podrá conferenciar privadamente con él y recabar del encargado del establecimiento la información a que se refiere el artículo 94 a) CPP, siempre que el afectado consienta (art. 96 incisos 1º y 2º CPP).

Pero el defensor también cumple la función de aconsejar a su cliente para decidir sobre los pasos siguientes a dar en el procedimiento a partir de un cálculo de probabilidades. En efecto, el abogado deberá atender, primero, a la información que se le suministra sobre los hechos y circunstancias del caso, luego a las normas jurídicas aplicables, tanto las de índole sustantiva como a las procesales, para luego, con tales elementos, prever las alternativas que conforme a su experiencia se producirán y suministrar consejo sobre la más conveniente según la situación en que se encuentre su cliente.²⁷⁸ Por la importancia del encuadre de los hechos en el resultado del caso, la comunicación permanente entre imputado y defensor resulta indispensable. Ella se garantiza expresamente durante el juicio oral, salvo tratándose de la declaración del imputado (art. 327 CPP).

²⁷⁷ Piénsese en las dificultades que presenta pasar de un sistema que jamás reconoció la garantía consistente en el *nemo tenetur* y en que la obtención de la confesión del imputado se convirtió prácticamente en un fin de la investigación a otra en que, para resguardar debidamente la garantía, se impone a las propias autoridades de persecución penal informar al imputado su derecho a guardar silencio.

²⁷⁸ VASQUEZ ROSSI (J.), *El proceso penal...*, cit., pp. 81 y ss.

3.2.5. *Renuncia y abandono de la defensa*

Siguiendo las reglas generales, se admite la renuncia del defensor a la representación del imputado en el procedimiento. Sin embargo, ella no libera al abogado de su deber de realizar todos los actos inmediatos y urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado.

En caso de renuncia formal del defensor o de simple abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procure antes un defensor de su confianza. Tan pronto este defensor hubiere aceptado el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal (art. 106 CPP).

Una situación especial es la que se produce cuando el abandono de la defensa se produce en ciertas audiencias que exigen, como requisito de validez de la misma, la presencia ininterrumpida del defensor. En tales casos, la falta de comparecencia del defensor debe ser subsanada de inmediato por el tribunal, nombrando un defensor de oficio y disponiendo la suspensión de la respectiva audiencia por un plazo prudente²⁷⁹ a fin que el defensor designado se interiorice del caso (arts. 269 y 286 CPP).

Sin perjuicio de lo anterior, la no comparecencia o el abandono injustificado del defensor a una actuación del procedimiento convocada por el tribunal se sancionará con suspensión del ejercicio de la profesión, hasta por dos meses. El tribunal impondrá la sanción después de escuchar al afectado y recibir la prueba que ofreciere, si la estima procedente. El Código establece que no constituirá excusa suficiente la circunstancia de tener el abogado otras actividades profesionales que realizar en la misma oportunidad en que se hubiere producido su inasistencia o abandono (art. 33 inciso 4º con relación al art. 287 CPP).

3.2.6. *Defensa de varios imputados en un mismo proceso*

El Código autoriza que la defensa de varios imputados sea asumida por un defensor común, siempre que las posiciones que

²⁷⁹ En el caso de la audiencia de preparación del juicio oral, ese plazo no podrá exceder de 5 días, y en el caso del juicio, la suspensión o interrupción no podrá exceder de 10 días (arts. 269 inciso 2º y 286 en relación al art. 283 CPP).

cada uno de ellos sustente en el procedimiento no sean incompatibles entre sí. Esta norma es congruente con la prohibición de defender intereses contrapuestos contenida en el tipo penal del artículo 232 del Código Penal.²⁸⁰

La incompatibilidad de la defensa surge de la colisión o conflicto de intereses de los imputados entre sí, es decir, cuando los intereses de uno son opuestos a los del otro de tal modo que al excluir o disminuir la responsabilidad penal de uno se establece o agrava la del otro; en este caso, si la “defensa eficaz de uno conduce inevitablemente a la traición de los otros” necesariamente se da una asistencia infiel que equivale a falta de defensa.²⁸¹

Por ello, se establece que si el tribunal advierte una situación de incompatibilidad la hará presente a los afectados y les otorgará un plazo para que la resuelvan o designen los defensores que se requieran, a fin de evitar la incompatibilidad. 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 correspondan (art. 105 CPP).

3.2.7. Sanciones

Además de las previstas para el caso de incomparecencia o abandono injustificados a las actuaciones del procedimiento, ya examinadas, también podrán imponerse sanciones al defensor por infracción a las normas sobre publicidad del juicio oral que establece el artículo 289 CPP o a los deberes que se imponen a los asistentes a la audiencia principal, previstos en el artículo 293 CPP. En tales casos, los infractores podrán ser sancionados de conformidad con los artículos 530 ó 532 del Código Orgánico de Tribunales. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá expulsar al defensor de la sala de audiencia debiendo proceder a la designación de un defensor de oficio conforme a las reglas estudiadas.

²⁸⁰ En el mismo sentido, invocando el tipo penal de prevaricato del Código Penal argentino (art. 271 CP), VASQUEZ ROSSI (J.), *El proceso penal...*, cit., p. 71.

²⁸¹ MANZINI (V.), *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 455.

Un importante control de los defensores penales públicos se establece en la posibilidad de reclamaciones que los beneficiarios de la defensa penal pueden presentar en la Defensoría Nacional, Regional o Local, indistintamente. Como consecuencia del procedimiento de reclamación podrán imponerse las sanciones administrativas que correspondan (arts. 66 y 67 LDPP). Tratándose de las personas naturales o jurídicas que prestan servicio de defensa penal pública, sea en virtud de un contrato a que haya dado lugar el proceso de licitación o por convenio directo, las sanciones podrán consistir en el pago de las multas establecidas en los contratos respectivos o la terminación del contrato (arts. 69 y 70 LDPP).

4. LA DEFENSA PENAL PUBLICA

Como hemos puesto de relieve, la necesidad de aproximar la posición de las partes en el proceso penal, asegurar la igualdad de armas y el ejercicio eficaz de los derechos de defensa del imputado, imponen la obligatoriedad de la defensa técnica. Pero, en la medida que la "clientela" del sistema penal está habitualmente constituida por personas de escasos recursos²⁸² resulta indispensable un servicio estatal de defensa técnica gratuita en este ámbito, que sea prestada únicamente por abogados²⁸³ y que esté dotada de suficientes recursos y medios que permitan compensar el desequilibrio institucional que de hecho existe entre acusación y defensa.

No basta con la mera designación *formal* de un defensor, pues ello no asegura una asistencia jurídica eficiente y mínimamente idónea. La calidad de la defensa técnica debe ser una preocupación importante y constante de los sistemas de defensoría pública. Así, por ejemplo, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delin-

²⁸² Sobre la selectividad del sistema penal y los mecanismos formales e informales de control social en una sociedad desigual, vid. BERGALLI/BUSTOS e.a., *El pensamiento criminológico II (Estado y control)*, Temis, Bogotá, 1983.

²⁸³ Esta es una diferencia sustancial con el antiguo sistema, que permite que la asistencia jurídica penal de "pobres" sea prestada por estudiantes o egresados de derecho.

cuente²⁸⁴ disponen, en su numeral 6º, que las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas y que no dispongan de abogado tendrán derecho “a que se les asignen abogados con la *experiencia* y la *competencia* que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios”.

En un sistema acusatorio, el equilibrio entre fiscal y abogado defensor pasa necesariamente por que este último desempeñe un papel más activo a lo largo de todo el procedimiento penal. En este sistema, y sin perjuicio del principio de objetividad que pesa sobre los fiscales²⁸⁵ el abogado defensor tiene la responsabilidad de controlar y controvertir la evidencia de cargo e investigar la exculpatoria, para lo cual requerirá de investigadores profesionales y/o expertos privados, y debe estar preparado para examinar y contrainterrogar testigos y peritos, etc.²⁸⁶ La defensa técnica obligatoria aparece como un aspecto central del debido proceso.

Un pilar básico del sistema de justicia criminal norteamericano es el derecho que tiene la persona acusada de un delito a ser asistida eficazmente por un abogado. La Corte Suprema de Estados Unidos reconoció los problemas que surgen del no-reconocimiento de este derecho, primero en 1935, en la causa *Powell v. Alabama* (287 U.S. 45) y, 28 años después, en el caso *Gideon v. Wainwright* (372 U.S. 335).²⁸⁷ En este último, el juez Black enunció la regla que exige una efectiva asistencia jurídica:

²⁸⁴ Celebrado en La Habana (Cuba) desde el 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (cfr. Comisión Andina de Juristas (ed.) *Los sistemas de defensa pública en Bolivia, Colombia y Perú* (Un análisis comparado), Ciedla, Lima, 1998, pp. 140 y ss.

²⁸⁵ Sobre la función de este principio y sus efectos prácticos, vid. supra, III.A.2.3.2.2.

²⁸⁶ Vid. FABRI (M.), *El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989*, cit., p. 90. Esto no significa que en sistemas mixtos o con componentes inquisitivos, el papel de defensor no tenga una significación equivalente. Al respecto, sobre el caso alemán, vid. ALBRECHT (P.A.), *Kriminologie. Ein Studienbuch*, cit., pp. 219-229; BARTON (S.), *Mindeststandards der Strafverteidigung*, 1994; SESSAR (K.), *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, pp. 178 y ss. Este último destaca, a través del análisis empírico de casos, la importancia de una defensa efectiva en la fase de investigación preparatoria, donde la ausencia de un defensor de oficio o de elección acarrea generalmente como consecuencia la acumulación de evidencia unilateral de cargo que sólo puede ser controvertida *ex-post* en el juicio.

²⁸⁷ Ambas sentencias se pueden encontrar en ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE, *Criminal Procedure and the Constitution*, West Publishing Co., Minnesota, 1994, pp. 232 y ss.

“Aun el hombre lego inteligente y educado tiene a veces insuficiente o ningún conocimiento de la ciencia del derecho. Si se le formulan cargos por un delito, no tiene generalmente capacidad para reconocer por sí mismo si dichos cargos son buenos o malos. No se encuentra familiarizado con las reglas de la prueba. Si no tiene asistencia jurídica puede ser llevado a juicio sin cargos apropiados, o ser condenado en base a prueba ilícita o impertinente...”. Desde entonces los tribunales reconocen que el derecho a ser asistido por un abogado en los procedimientos criminales es un elemento del “debido proceso” que cada Estado debe proveer a sus ciudadanos.

Como destaca BINDER, “el principio de defensa durante el proceso penal cumple una doble función. Por una parte, es una condición de la legitimidad del proceso penal dentro de un Estado de Derecho. Por la otra, es una ‘garantía de apoyo’, ya que permite que las garantías sean controladas y puestas en práctica por el propio interesado”. Y afirma: “No podemos seguir proclamando que queremos sistemas procesales donde el imputado sea un ‘sujeto procesal’ y no un ‘objeto del proceso’ y, al mismo tiempo, desentendernos del hecho crucial de que una altísima proporción —si no la mayoría de los imputados— carecen de la posibilidad de procurarse por cuenta propia un defensor de su confianza”.²⁸⁸

4.1. LOS SISTEMAS DEL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado es posible verificar la existencia de tres sistemas básicos de defensa oficial o pública: el *honorífico*, fundado tan sólo en la regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente a los imputados de escasos recursos, el organizado sobre la base de una *oficina pública* o de funcionarios estatales y el organizado en torno a abogados o asociaciones de abogados privados que reciben auxilio económico estatal o el pago de sus servicios por el Estado como contraprestación a la asistencia técnica de quienes no pueden o no quieren procurarse privadamente la misma (sistema de *pago por prestación* de defensa penal pública).

²⁸⁸ BINDER (A.), “Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica”, en *Reformas procesales en América Latina*, CPU, Santiago, 1993, p. 85.

Cada uno de estos sistemas tiene sus ventajas y desventajas. Sin embargo, tiende a observarse el predominio de un sistema mixto que combina funcionarios estatales dedicados en forma permanente a la función de defensa con abogados de lista que prestan servicios de defensa penal pública a cambio de un estipendio pagado por el Estado conforme a tarifas establecidas previamente. Este sistema presenta la ventaja que permite cubrir las necesidades que se presenten en este ámbito sin dilaciones perjudiciales para el imputado y, al mismo tiempo, favorece la incorporación al procedimiento de profesionales elegidos por el imputado, lo que implica una relación de confianza, y supone además una exigencia profesional, debido al pago de los servicios prestados,²⁸⁹ circunstancia que no ocurre cuando la defensa es gratuita.

El sistema de oficina pública jerarquizada, con estatus similar al del ministerio público, ha sido fuertemente criticado por diferentes razones. Están aquellas que se centran en la tendencia a la burocratización, rigidez y ritualismo que caracteriza a la administración pública. También se aducen como problemáticas la fuerte dependencia al Poder Ejecutivo, las restricciones presupuestarias, la escasez de personal, la enorme carga de trabajo que conduce a una relación impersonal con los beneficiarios del sistema, etc.²⁹⁰ Lo cierto es que en Latinoamérica, donde más surgen estas objeciones, el problema es estructural y difícilmente podrá resolverse en forma óptima.

En Estados Unidos, la existencia de una oficina de defensoría organizada en términos similares a las fiscalías es considerada como indispensable para garantizar la igualdad entre ambas partes y cumple una función de contrapeso “simbólico” frente al enorme poder del ministerio público americano.²⁹¹ La tendencia a la burocratización de las oficinas estatales se combate con

²⁸⁹ En un sentido similar al expresado en el texto, MAIER (J.), “Democracia y administración de justicia en Iberoamérica”, en *Reformas procesales en América Latina*, cit., p. 51.

²⁹⁰ Cfr. Comisión Andina de Juristas (ed.), *Los sistemas de defensa pública en Bolivia, Colombia y Perú*, cit., passim.

²⁹¹ Este planteamiento se observa también en CAROCCA, al describir la importancia del Defensor Nacional y los defensores regionales en el nuevo sistema de defensa penal pública chileno (cfr. “La nueva defensa penal pública”, cit., pp. 428 y 429).

un buen sistema de control de gestión y de evaluación periódica del trabajo de los defensores. En muchos Estados este sistema se complementa con el de listas de abogados privados que asumen, en determinadas circunstancias, las defensas de los beneficiarios de defensa penal pública.²⁹²

²⁹² HORVITZ (M.I.), "La defensa penal pública en tres sistemas del derecho comparado: Estado de Wisconsin (USA), Francia y Costa Rica", consultoría encargada por CDJ/CPU, 1996, trabajo no publicado. Un ejemplo de cómo funciona este sistema es el Estado de Wisconsin. Allí existe una organización piramidal y jerarquizada de funcionarios públicos asimilable en su estructura y funcionamiento a las propias fiscalías, con un *staff* de abogados dedicados jornada completa a asumir defensas públicas. Junto a la Defensoría, se prevé un sistema de listas de abogados privados que asumen la defensa de indigentes, en general, cuando no puede hacerlo un abogado de la planta. Este sistema opera con eficiencia y es evaluado positivamente por los propios defensores públicos, jueces y fiscales. Algunos académicos de la Universidad de Wisconsin efectuaron un juicio más moderado aduciendo una cierta debilidad de los defensores públicos con relación a los fiscales, especialmente en el desarrollo de destrezas inherentes al sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano y a una mayor "fuga" hacia el sector privado cuando se alcanza un cierto grado de experiencia y notoriedad en el ejercicio de la profesión. Existen, sin embargo, defensores públicos de destacada trayectoria que han permanecido durante años en la Defensoría, por el compromiso alcanzado con la defensa de indigentes y el espíritu de equipo que sólo es posible adquirir dentro de la misma.

Algunos aspectos particularmente interesantes de este sistema son los siguientes:

a) La especial preocupación por definir criterios y estándares mínimos de actuación del defensor frente a su cliente y ante el tribunal, incluyendo cuestiones de carácter ético. El cumplimiento de estos estándares resulta fundamental en la evaluación del trabajo de los defensores, que contempla una autoevaluación, y sirve de base para un incremento de sueldo o, por el contrario, para la adopción de una medida disciplinaria. En relación a la carga de casos por abogados, cabe destacar la especial preocupación por definir un nivel óptimo por abogado a fin de permitir un desempeño adecuado según clase de delito y procedimiento. La determinación máxima de casos por abogado es efectuada por la propia ley.

b) La implementación de un sistema de administración de casos, a nivel computacional, para ser empleado por los abogados del servicio. Este sistema resulta indispensable para registrar en forma homogénea la información de las causas, para analizar tendencias y otros datos de relevancia estadística de la persecución penal, para establecer deficiencias y costos del servicio, para monitorear la carga y distribución del trabajo por abogado, etc. Se afirma que a través de este sistema se ha logrado mejorar sensiblemente la calidad y la eficiencia de los servicios de defensa pública.

c) Todas las oficinas locales de defensa pública del Estado disponen de un equipo permanente de peritos, investigadores y personal profesional de apoyo. Se parte del principio que la defensa debe contar con la misma fuerza de investigación que las fiscalías, no obstante que pesa sobre los fiscales la carga de la prueba

Otro sistema previsto en el derecho comparado es la existencia de un fondo público de defensa penal pública, cuya administración se entrega a órganos o instituciones públicas o a los Colegios de Abogados. En términos muy generales, este sistema opera de la siguiente forma: las instituciones administradoras del fondo contratan directamente los profesionales que desempeñarán el servicio o elaboran listas de profesionales interesados en realizarlo, conforme a ciertos requisitos que garantizan su idoneidad para el mismo. Los beneficiarios del sistema los eligen de la nómina o lista y los profesionales cobran sus servicios conforme a valores por prestación previamente establecidos.²⁹³

El sistema de fondos concursables, incorporado al sistema mixto introducido al ordenamiento jurídico chileno, no existe —hasta donde tenemos conocimiento— en ningún otro país.²⁹⁴ La idea partió de una consultoría encargada al Instituto Libertad y Desarrollo para que examinara la posibilidad de implementar este sistema, atendida la experiencia habida en relación a fondos estatales sometidos a concurso para la prestación de servi-

y tienen la obligación de entregar al defensor todos los antecedentes y material de cargo disponible tan pronto tengan conocimiento de él. Cuando la oficina no dispusiere del profesional requerido, se contemplan procedimientos de contratación en base a remuneraciones horarias que se establecen por la propia oficina.

d) Asimismo, resulta interesante el modo en que opera el sistema de acreditación de abogados particulares en los programas de defensa pública. El sistema es subsidiario y se aplica cuando existe conflicto de intereses o sobrecarga de causas respecto de los abogados funcionarios. Existen rigurosos requisitos de capacitación, adiestramiento y conocimientos para ser admitido en las respectivas listas y se plantean causales automáticas de desacreditación, así como otras en que debe existir justa causa. Los honorarios a pagar por hora a estos abogados se determinan por ley y los ítemes correspondientes son escrupulosamente examinados por la oficina administrativa.

En fin, este sistema debe centrar sus esfuerzos en la permanente evaluación y control del servicio de defensa pública, estableciéndose pautas homogéneas de actuación y rendimiento, un adecuado sistema de administración de casos, un sistema de seguimiento personalizado, regular y continuo, así como mecanismos de incentivos y sanciones que incidan en el comportamiento del abogado.

²⁹³ Un sistema similar al descrito es el francés, cuyos rasgos más particulares serán abordados en el punto siguiente (4.2.) También, HORVITZ (M.I.), "La defensa penal pública en tres sistemas del derecho comparado: Estado de Wisconsin (USA), Francia y Costa Rica", cit., *passim*.

²⁹⁴ CAROCCA (A.), "La nueva defensa penal pública", cit., p. 434.

cios asistenciales a personas de escasos recursos.²⁹⁵ En un principio éste fue el único sistema propuesto. Sin embargo, las deficiencias que presentaba y los riesgos que se corrían ante la falta de experiencia comparada sobre el mismo hicieron abandonar tal posición y complementarlo con el sistema de oficina pública.²⁹⁶

Un problema central en el sistema de fondos públicos consiste en la necesidad de objetivar la actuación de los abogados según procedimiento, complejidad y carga de casos, a fin de establecer un parámetro objetivo, aunque flexible, de determinación de los honorarios que sean correspondientes con dichas tareas y no desincentiven o hagan decaer la calidad del servicio. Si bien este sistema puede no ser satisfactorio frente a casos con rasgos particulares, otorga una mayor seguridad en cuanto al control sobre la gestión del fondo y permite hacer proyecciones presupuestarias para ajustar el monto del mismo a las necesidades requeridas por territorio, materia y complejidad del caso, a nivel nacional. Este ha sido, desde sus inicios, el desafío permanente del sistema francés y uno de los puntos clave de perfeccionamiento del mismo, pues debe tratarse de un sistema flexible, esto es, que se ajuste a las necesidades presupuestarias pero, por otro lado, no descuide el legítimo interés económico del prestador del servicio.

Otro aspecto central es el control en el uso de los recursos del fondo. En el sistema francés, en tanto el órgano administrador es de carácter público, está sujeto a todos los exigentes mecanismos contralores de los mismos. En el sistema que se propone para Chile, este punto se pretende enfrentar a través de inspectorías, auditorías externas e informes periódicos de los prestadores del servicio de defensa penal pública.²⁹⁷

²⁹⁵ Por ejemplo, el Fondo Solidaridad e Inversión Social (FOSIS), del Ministerio de Planificación Nacional; los proyectos de apoyo al SENAME; y los Fondos de Desarrollo de Ciencias y Tecnologías del CONICYT.

²⁹⁶ Entre las dudas planteadas estaba la necesidad de ofrecer el servicio en todas las localidades del país, sin condicionar su existencia y eficiencia al interés particular de las instituciones o personas postulantes al fondo. La implementación del fondo concursable en tales lugares dejaba abierta, además, la interrogante sobre la disponibilidad y calidad del servicio ofrecido, la existencia de recursos materiales y humanos de apoyo para la defensa, etc.

²⁹⁷ Vid. *infra*, III.D.4.5.9.

Resulta interesante señalar que en el Estado de Wisconsin (USA) los esfuerzos de los últimos 20 años han tendido a restringir la utilización de abogados particulares inscritos en los programas de defensa pública en favor de una ampliación considerable del equipo de abogados de planta, dejando los primeros sólo para situaciones excepcionales.

4.2. EL SISTEMA ADOPTADO EN CHILE: LA LEY 19.718 (LDPP)

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.718, la llamada “defensa de oficio” era el régimen de asistencia jurídico-penal existente para todo el país y continúa existiendo en todas aquellas regiones donde aún no ha entrado en vigencia la reforma. Ella es proporcionada ante todo por las Corporaciones de Asistencia Judicial,²⁹⁸ más precisamente por egresados de las carreras de derecho que, bajo el control de abogados, deben realizar *ad honorem* esta práctica forense por el término de seis meses, a lo menos, para poder obtener su título de abogado. Algo similar ocurre con las clínicas jurídicas universitarias, en que alumnos de la carrera de derecho desempeñan una práctica obligatoria con atención al público. En general, se reprocha a este sistema que la defensa penal pública se deja, en definitiva, en manos de estudiantes o egresados de derecho sin experiencia y que, por definición, conduce a una continua rotación de postulantes a cargo de cada caso, lo que genera gran ineficiencia y descoordinación.

También ofrecen gratuitamente el servicio de defensa penal pública los denominados “abogados de turno”, carga que pesa sobre estos profesionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En este sistema,

²⁹⁸ Los servicios públicos de asistencia legal se crean en 1928, junto con el Colegio de Abogados. En 1981, al perder el Colegio de Abogados su carácter de institución de derecho público, fueron creadas las Corporaciones de Asistencia Judicial de las Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío-Bío (Ley 17.995). En 1987 se crea la Corporación de las regiones de Tarapacá y Antofagasta (Ley 18.632). Ambas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio (VARGAS (J.E.)/CORREA (J.), *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, CDJ/CPU, Santiago, 1995, p. 155).

la calidad de las prestaciones es deficiente por la falta de estímulos económicos y el escaso control sobre su gestión.²⁹⁹ Además es discriminatorio para los profesionales jurídicos, que deben soportar una carga pública que no pesa sobre otros profesionales liberales. Por ello, este sistema ha sido abandonado y declarado inconstitucional en países de Europa, donde tuvo su origen.³⁰⁰

La Ley 19.718, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2001 (LDPP), establece el nuevo sistema de defensa penal pública para nuestro país. En términos generales consiste en un sistema mixto, que combina la existencia de una oficina pública jerarquizada de abogados funcionarios con un sistema de prestación temporal del servicio de defensa penal pública basado en procesos de licitación y adjudicación de fondos públicos, en los cuales podrán participar tanto personas naturales como personas jurídicas, públicas o privadas, que cuenten con profesionales que cumplan los requisitos para el ejercicio profesional de abogado. En este último caso, los abogados particulares y los pertenecientes a personas jurídicas licitadas serán incluidos en una nómina o lista elaborada por la respectiva defensoría regional y deberán asumir la defensa penal pública de los imputados o acusados en la región respectiva que los hayan elegido. El desempeño de los defensores locales y de los abogados que presten defensa penal pública estará sujeto a los estrictos controles que establece el Título VI de la LDPP y dará origen a las responsabilidades y sanciones que allí se prevén (artículos 68 y ss. LDPP).

En suma, con el sistema mixto descrito se busca combinar una organización permanente de abogados funcionarios que satisfagan los requerimientos básicos e impostergables de la defensa penal pública con otra más flexible, de prestadores públicos o privados que deben concursar para la adjudicación de un fondo público en base a criterios de competitividad y eficiencia. Se trata, en fin, de garantizar la prestación de la defensa penal pública a través de mecanismos que operen complementaria o subsidiariamente. En efecto, la posibilidad que se declare desierta la licitación o no existan postulantes o el número de acep-

²⁹⁹ VARGAS/CORREA, cit., pp. 152 y ss.

³⁰⁰ Vid. caso de Austria, donde fue abandonado en 1971, o de España, en 1981 (cfr. Mensaje del Proyecto de Ley de Defensoría Penal Pública).

tados sea insuficiente para cubrir el total de casos licitados obliga a mantener un *staff* de defensores públicos permanentes (en este caso, los defensores locales) que asuman la defensa de aquellos comprendidos en el porcentaje no adjudicado hasta la realización de una nueva licitación (art. 49 inciso 1º LDPP). De este modo, la ley establece como regla general que los defensores locales asumirán la defensa de los imputados siempre que, de conformidad al Código Procesal Penal, falte abogado defensor por cualquier causa en cualquiera etapa del procedimiento. Se añade que la defensa se mantendrá hasta que la asuma el defensor que designe el imputado o acusado, procedimiento que se regula en los artículos 51 y siguientes de la LDPP (art. 25 incisos 3º y 4º LDPP).

Como complemento final de este sistema, se confiere al Defensor Nacional la atribución para que, en caso necesario, celebre convenios directos, por un plazo fijo, con abogados o personas jurídicas públicas o privadas que se encuentren en condiciones de asumir la defensa penal de los imputados hasta que se resuelva una nueva licitación. Se destaca que, en la prestación de sus servicios, estas personas naturales o jurídicas se sujetarán a las mismas reglas aplicables a aquellas contratadas en virtud de procesos de licitación (art. 49 inciso 3º LDPP).

4.3. OBJETO, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES

Su finalidad es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado (art. 2º LDPP). Es un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia (art. 1º LDPP). En consecuencia, es un servicio dependiente del Poder Ejecutivo.

Es un servicio esencialmente gratuito. Por excepción, la Defensoría podrá cobrar, en forma total o parcial, la defensa que preste a los beneficiarios que dispongan de recursos para financiarla privadamente puesto que para ser beneficiario del siste-

ma de defensa penal pública sólo se exige que el imputado carezca de abogado y requiera de un defensor (art. 35 en relación con art. 36 incisos 1º y 2º LDPP).

La Defensoría Penal Pública está organizada en forma simétrica al ministerio público. En efecto, está integrada por una Defensoría Nacional, con domicilio y sede en Santiago, y por las defensorías regionales. Estas últimas se organizan en defensorías locales y, además, deben incorporar a su trabajo a los abogados y personas jurídicas con quienes se convenga la prestación del servicio de la defensa penal. Pertenecen también a la Defensoría Nacional el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública y los comités de adjudicación regionales que tendrán a su cargo el sistema de licitaciones que establece la LDPP.

4.3.1. *La Defensoría Nacional*

La Defensoría Nacional es la unidad superior que tiene a su cargo la administración de los recursos y medios necesarios para la prestación del servicio de defensa penal pública en todo el territorio nacional. Esta puede provenir directamente de sus unidades operativas permanentes (defensorías locales) o de los prestadores del servicio que se hayan adjudicado el fondo de defensa penal pública a través de los procesos de licitación.

Está integrada por el Defensor Nacional y cinco unidades administrativas a cargo de un Director Administrativo Nacional.

4.3.1.1. El Defensor Nacional

Es el jefe superior del servicio. Se trata de un cargo de la exclusiva confianza del Presidente de la República; en consecuencia, está sujeto a la libre designación y remoción del mismo en los términos señalados en el artículo 51 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado.

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 Nacional más antiguo. La ley establece que procederá la subrogación por el solo ministerio de la ley cuando por cualquier motivo, el

Defensor Nacional se encuentre impedido de desempeñar su cargo (art. 10 LDPP).

4.3.1.1.a. Requisitos para el cargo de Defensor Nacional

Los requisitos para el cargo son los siguientes:

- a) Ser ciudadano con derecho a sufragio;
- b) Tener a lo menos diez años el título de abogado, y
- c) No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para ingresar a la administración pública.

Se trata de un cargo de la exclusiva confianza del Presidente de la República; en consecuencia, está sujeto a la libre designación y remoción del mismo en los términos señalados en el artículo 51 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado.

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 Nacional más antiguo. La ley establece que procederá la subrogación por el solo ministerio de la ley cuando, por cualquier motivo, el Defensor Nacional se encuentre impedido de desempeñar su cargo (art. 10 LDPP).

4.3.1.1.b. Funciones y atribuciones

Las principales atribuciones del Defensor Nacional son de dirección, administración, control y representación de la Defensoría Penal Pública y se contemplan fundamentalmente en el artículo 7º LDPP. Algunas de ellas son similares a las que corresponden al Fiscal Nacional:

- a) Fijar, oyendo al Consejo, los criterios de actuación de la Defensoría para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la ley;
- b) Fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública. Se añade que en uso de esta facultad no podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omi-

- tir la realización de actuaciones en casos particulares consagrándose así la independencia funcional de los defensores;
- c) Nombrar y remover a los defensores regionales, en conformidad a la ley;
 - d) Determinar la ubicación de las defensorías locales y la distribución en cada una de ellas de los defensores locales y demás funcionarios, a propuesta del defensor regional, y
 - e) Representar judicial y extrajudicialmente a la Defensoría.

Además, posee atribuciones en materia de recursos humanos, remuneraciones, inversiones, gastos de los fondos respectivos, planificación del desarrollo y administración y finanzas (art. 7º c) LDPP), así como en materia de capacitación y perfeccionamiento (art. 7º e) LDPP), en el ámbito presupuestario y de contratación de personal externo para el diseño y ejecución de los procesos de evaluación de la Defensoría (art. 7º h) y j)). Al igual que el Fiscal Nacional, se impone al Defensor Nacional el deber de elaborar una memoria que dé cuenta de su gestión anual, llevar estadísticas del servicio y publicar informes semestrales con los datos más relevantes del funcionamiento del servicio (art. 7º k)).

Finalmente se establece que podrá ejercer las demás atribuciones que la LDPP u otra ley le confieren (art. 7º l)).

4.3.1.2. Las unidades administrativas

En la Defensoría Nacional funcionan cinco unidades administrativas a cargo de un director administrativo nacional, a quien corresponde organizarlas y supervisarlas sobre la base de las instrucciones generales, objetivos, políticas y planes de acción que fije el Defensor Nacional. Tales unidades administrativas son las siguientes:

- a) Recursos humanos;
- b) Informática;
- c) Administración y finanzas;
- d) Estudio, y
- e) Evaluación, control y reclamaciones.

4.3.2. *El Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública y los comités de adjudicación regionales*

Ambos son cuerpos técnicos colegiados encargados de cumplir las funciones relacionadas con el sistema de licitaciones de la defensa penal pública (arts. 11 y 45 LDPP). Con su creación se han querido establecer órganos independientes y objetivos tanto al nivel de las condiciones de las bases de licitación como de la adjudicación de los fondos para la defensa penal pública a fin de promover la participación, en igualdad de condiciones, de entidades públicas y privadas en los procesos de licitación.³⁰¹

4.3.2.1. Funciones

El Consejo de Licitaciones tiene las siguientes funciones:

- a) Proponer al Defensor Nacional el monto de los fondos por licitar, a nivel nacional y regional;
- b) Aprobar las bases de las licitaciones a nivel regional, a propuesta de la defensoría regional respectiva;
- c) Convocar a las licitaciones a nivel regional, las que serán resueltas por los comités de adjudicación regionales;
- d) Resolver las apelaciones en contra de las decisiones del comité de adjudicación regional que recaigan en las reclamaciones presentadas por los participantes en los procesos de licitación;
- e) Disponer la terminación de los contratos de prestación de servicios de defensa penal pública celebrados en virtud de licitaciones con personas naturales o jurídicas, en los casos contemplados en el contrato respectivo y en la LDPP. Así, podrá imponerse la sanción de terminación del contrato cuando los prestadores del servicio incurran en incumplimiento de las condiciones del mismo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 72 y 69 letra c) LDPP, y
- f) Cumplir las demás funciones que le atribuye la LDPP.

³⁰¹ CAROCCA (A.), "La nueva defensa penal pública", en CAROCCA y otros, *Nuevo proceso penal*, Conosur, 2000, p. 426.

Por su parte, los comités de adjudicación regional tienen como función principal la de resolver, a nivel regional, la licitación de los fondos para la defensa penal pública (art. 45 inciso 1º LDPP). Además, conocerán y resolverán, en primera instancia, las reclamaciones que los participantes del proceso de licitación interpongan con ocasión del mismo. Contra su resolución sólo procederá recurso de apelación ante el Consejo de Licitaciones (art. 47 LDPP).

4.3.2.2. Composición, duración e incompatibilidades

El Consejo de Licitaciones estará integrado por las siguientes personas (art. 12 LDPP):

- a) El Ministro de Justicia o, en su defecto, el Subsecretario de Justicia, quien lo preside;
- b) El Ministro de Hacienda o su representante;
- c) El Ministro de Planificación y Cooperación, o su representante;
- d) Un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas de derecho procesal penal o penal, designado por el Consejo de Rectores, y
- e) Un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas de derecho procesal penal o penal, designado por el Colegio de Abogados con mayor número de afiliados del país.

Los miembros del Consejo a que se refieren las letras d) y e) durarán cuatro años en sus cargos, podrán ser designados nuevamente y se renovarán por parcialidades (art. 13 inciso 1º LDPP). La ley establece el modo de proceder al reemplazo temporal o definitivo de los miembros del Consejo en caso de ausencia injustificada, inhabilidad o incapacidad sobreviniente, renuncia o muerte (art. 13 inciso final LDPP).

El Consejo debe sesionar ordinariamente dos veces al año. Sin embargo, el Presidente del Consejo podrá convocar a las sesiones extraordinarias que sea necesario realizar con, a lo menos, diez días de anticipación. El quórum de funcionamiento del Consejo será de la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio y para adoptar sus acuerdos requerirá el voto de la mayoría de los presentes (art. 15 LDPP). El Presidente del Consejo presi-

dirá las sesiones ordinarias y extraordinarias y dirimirá los empates de votos que se produzcan (art. 14 LDPP).

Por su parte, cada comité de adjudicación regional estará integrado por:

- a) Un representante del Ministerio de Justicia, que no podrá ser el Secretario Regional Ministerial de Justicia;
- b) El Defensor Nacional u otro profesional de la Defensoría Nacional designado por éste, que no podrá ser uno de los que desempeñan labores de fiscalización;
- c) El Defensor Regional u otro profesional de la Defensoría Regional designado por éste, que no podrá ser uno de los que desempeñan labores de fiscalización;
- d) Un académico de la Región, del área de la economía, designado por el Defensor Nacional, 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.

La ley establece la incompatibilidad entre el cargo de miembro del Consejo de Licitaciones y el de consejero de las Corporaciones de Asistencia Judicial. Asimismo, no podrá desempeñarse como miembro del Consejo de Licitaciones o de algún Comité de Adjudicación Regional quien tenga interés directo o indirecto respecto de alguna persona natural o jurídica que preste servicios de defensa penal pública o se encuentre en trámite de postulación a los mismos (arts. 13 inciso 2º y 45 inciso final LDPP).

4.3.3. *Las defensorías regionales*

Son las oficinas encargadas de la administración de los medios y recursos necesarios para la prestación de la defensa penal pública en la región, o en la extensión geográfica que corresponda si en la región hay más de una (art. 16 LDPP).

Habrá una defensoría regional en cada una de las regiones del país, con sede en la capital regional respectiva, excepto en la Región Metropolitana de Santiago, en la que habrá dos oficinas regionales cuyas sedes y distribución territorial serán determinadas por el Defensor Nacional (art. 17 LDPP).

4.3.3.1. El defensor regional

Cada defensoría regional estará a cargo de un defensor regional, quien ejercerá las funciones de supervigilancia, organización y de carácter administrativo que la ley le atribuye dentro del territorio de su región.

4.3.3.1.a. Designación, requisitos, duración y cesación del cargo de defensor regional

El defensor regional es nombrado por el Defensor Nacional, previo concurso público de oposición y antecedentes. La duración del cargo es de cinco años pero podrá ser designado nuevamente, a través de concurso público, cada vez que postule a un nuevo período. Se establece que las causales de cesación en el cargo son las generales establecidas en la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Los requisitos para el cargo son los siguientes:

- a) Ser ciudadano con derecho a sufragio;
- b) Tener a lo menos cinco años el título de abogado, y
- c) No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para el ingreso a la administración pública.

El sistema de subrogación del defensor regional se establece en el artículo 22 LDPP.

4.3.3.1.b. Atribuciones de los defensores regionales

La ley les atribuye, en general, funciones de organización, administración y supervigilancia. Ellas se contienen en el artículo 20 LDPP y son las siguientes:

- a) Dictar, conforme a las instrucciones generales del Defensor Nacional, las normas e instrucciones necesarias para la organización y funcionamiento de la defensoría regional y para el adecuado desempeño de los defensores locales en los casos en que deban intervenir. La ley establece que en uso de esta atribución no podrá dar instrucciones específicas ni ordenar realizar u omitir actuaciones en casos particulares;
- b) Conocer, tramitar y resolver, en su caso, las reclamaciones que se presenten por los beneficiarios de la ley de defensa

- penal pública, en conformidad con los artículos 66 y 67 LDPP;
- c) Supervisar y controlar el funcionamiento administrativo de la defensoría regional y de las defensorías locales que de ella dependan;
 - d) Velar por el eficaz desempeño del personal a su cargo y por la adecuada administración del presupuesto;
 - e) Comunicar al Defensor Nacional las necesidades presupuestarias de la defensoría regional y de las defensorías locales que de ella dependan;
 - f) Proponer al Defensor Nacional la ubicación de las defensorías locales y la distribución en cada una de ellas de los defensores locales y demás funcionarios;
 - g) Disponer las medidas que faciliten y aseguren el acceso expedito a la defensoría regional y a las defensorías locales, así como la debida atención de los imputados y de los acusados;
 - h) Autorizar la contratación de peritos para la realización de los informes que 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;
 - i) Recepcionar las postulaciones de los interesados en los procesos de licitación, poniendo los antecedentes a disposición del Consejo;
 - j) Entregar al Defensor Nacional, una vez al año, un informe de las dificultades e inconvenientes habidos en el funcionamiento de la defensoría regional y sus propuestas para subsanarlas o mejorar su gestión;
 - k) Proponer al Consejo las bases de las licitaciones a nivel regional, y
 - l) Ejercer las demás funciones que le encomiende la ley y las que le delegue el Defensor Nacional.

4.3.3.2. Las unidades administrativas

El Defensor Nacional debe determinar las jefaturas y el número y clase de unidades administrativas que habrá en cada defensoría regional. Un director administrativo regional tendrá a su cargo la organización y supervisión de dichas unidades administrativas. En sus funciones deberá ceñirse a las instruccio-

nes que al efecto dicte el defensor regional (art. 18 inciso 1º y art. 21 LDPP).

4.3.4. *Las defensorías locales: los defensores locales*

Las defensorías locales son unidades operativas en las que se desempeñan los defensores locales de la región. Si la defensoría local cuenta con dos o más defensores locales, se nombrará un defensor jefe (arts. 23 y 25 inciso 1º LDPP).

La ley confiere al Defensor Nacional, a propuesta del respectivo defensor regional, la determinación de la ubicación de las defensorías locales en el territorio de cada defensoría regional. Sólo pone como límite que podrá haber hasta 80 defensorías locales en el país, cuya distribución territorial deberá efectuarse conforme a criterios como la carga de trabajo, extensión territorial, facilidades de comunicaciones y eficiencia en el uso de los recursos (art. 24 LDPP).

Los defensores locales son los profesionales a cargo de la defensa de los imputados que carezcan de abogado en la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y, en todo caso, con anterioridad a la realización de la primera audiencia judicial a que fuere citado (art. 25 inciso 2º LDPP). La ley dispone que habrá 145 defensores locales en todo el territorio nacional (art. 31 LDPP).

En esta norma subyace la idea que los defensores locales deben estar generalmente disponibles para asumir la defensa de los imputados en las primeras actuaciones de la investigación preparatoria, esto es, aquellas más urgentes. Con frecuencia, dichas actuaciones serán la audiencia de control de la detención (art. 132 CPP) o la audiencia de formalización de la investigación (art. 232 CPP). Si el procedimiento continuase, mantendrán la defensa hasta que la asuma el defensor que designe el imputado o acusado, fuese éste de libre elección o alguno disponible de la nómina de prestadores del servicio de defensa penal pública a que se refiere el artículo 51 LDPP, salvo que se autorice por el tribunal la autodefensa (art. 25 inciso final LDPP).

Con todo, los defensores locales asumirán la defensa de los imputados en aquellos casos que, de conformidad con el Código Procesal Penal, falte abogado defensor, por cualquier causa,

en cualquiera etapa del procedimiento (art. 25 inciso 3º LDPP). Aquí aparece de manifiesto el carácter subsidiario que se quiere atribuir a la función de los defensores locales en el nuevo sistema.³⁰² El fundamento de esta norma está en la necesidad de dar una respuesta rápida al requerimiento de un defensor cuando se produzca el abandono de la defensa en una actuación del procedimiento, por renuncia, abandono de hecho o ausencia injustificada del mismo (art. 106 CPP). No debe olvidarse que la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exija expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma (art. 103 CPP); por ello, el tribunal debe designar de oficio un defensor penal público que la asuma a menos que el imputado se procure antes un defensor de su confianza.

4.3.4.1. Requisitos para el cargo de defensor local

Para ser defensor local se requiere:

- a) Ser ciudadano con derecho a sufragio;
- b) Tener el título de abogado, y
- c) No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para el ingreso a la administración pública.

4.3.4.2. Régimen de contratación y responsabilidades

Los defensores locales son funcionarios a contrata y el acceso a los empleos correspondientes se efectuará por concurso público. En general, están afectos a las disposiciones de la LDPP y a las normas de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo (arts. 27 y 31 LDPP). En consecuencia, están sujetos a responsabilidad administrativa conforme a las normas del Estatuto Administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarles (art. 68 LDPP).

³⁰² No cabe duda de que dicho carácter subsidiario sólo tendrá operatividad real si funciona razonablemente el sistema de prestación del servicio de defensa penal pública a través de los procesos de licitación. Si ello no fuese así, lo que ocurrirá con toda seguridad en aquellas zonas territoriales en que no existan postulantes al fondo concursable, será que las defensorías locales deberán asumir el grueso de las demandas del servicio.

4.4. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA

De conformidad a la ley, son beneficiarios de la defensa penal pública todos los imputados o acusados que carezcan de abogado y requieran de un defensor (art. 35 LDPP).

La regla general es que este servicio sea de carácter gratuito. Sólo por excepción la Defensoría podrá cobrarlo, en forma total o parcial, cuando los beneficiarios dispongan de recursos para financiarlo privadamente. Al efecto, deberá considerar, entre otros, el nivel de ingreso, capacidad de pago, cargas familiares, etc. Cuando proceda el cobro del servicio, deberá comunicarse al solicitante del mismo tal situación en cuanto se dé inicio a las gestiones en su favor, entregándole copia del arancel y de las modalidades de pago (art. 36 LDPP). La defensoría deberá elaborar anualmente el arancel de los servicios que preste, en el que se estimará el costo de tales servicios y las etapas del proceso en el que se asista al beneficiario. Para ello deberán considerarse, entre otros, los costos técnicos y el promedio de los honorarios de la plaza, debiendo dichas tarifas ser competitivas con éstos (art. 37 LDPP).

En el caso que proceda el cobro del servicio, la defensoría regional determinará el monto del mismo, conforme al arancel vigente, al momento en que se ponga término a la defensa penal pública, el que no necesariamente coincidirá con el término del procedimiento ya que pudo haberse efectuado la sustitución del defensor durante su curso.

La ley establece un procedimiento de reclamación distinto al establecido en el párrafo 4º del Libro VI de la LDPP para el evento de que el imputado no se conforme con la determinación del monto por el servicio prestado. En primer lugar podrá reclamar directamente al defensor regional y, en segunda instancia, al juez o tribunal que conozca o hubiere conocido las gestiones relativas al procedimiento. La tramitación del reclamo en este caso se hará en forma incidental. Para resolver dicho incidente, el tribunal deberá comprobar que el monto liquidado se corresponda efectivamente con el valor de la prestación según el arancel de la defensoría y, además, deberá evaluar la calidad o incidencia de la gestión del defensor en las actuaciones que hubiere efectuado ante el tribunal (art. 38 LDPP).

La resolución que dicte el defensor regional indicando el monto adeudado por el imputado tendrá el carácter de título ejecutivo para proceder a su cobro judicial. Se añade que dicho cobro podrá encargarse a terceros (art. 39 LDPP).³⁰³

4.5. EL SISTEMA DE LICITACIONES

Como se ha señalado previamente, el sistema estable de defensa penal pública se complementa con un sistema de prestación del servicio por parte de aquellas personas naturales o jurídicas que periódicamente se adjudiquen un fondo asignado al efecto a través de procesos de licitación convocados en cada región según las bases y condiciones que fije el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública.

Este modelo guarda cierta similitud con el sistema francés de asistencia jurídica. En efecto, la Ley 91-647, de 10 de julio de 1991, estableció un fondo estatal para cubrir los gastos y honorarios profesionales derivados de la asistencia jurídica, total o parcial, prestada en cualquier clase de procedimiento. Este sistema confiere la administración y control central del fondo a las llamadas oficinas de asistencia jurisdiccional (B.A.J.), compuestas por magistrados y jueces, las que tienen asiento en cada tribunal de gran instancia (T.G.I.). El fondo es repartido conforme a ciertos parámetros, a los colegios de abogados, para que éstos paguen a sus colegiados por los servicios prestados.³⁰⁴ Vale la

³⁰³ La ley no establece expresamente qué destino debe darse a tales sumas de dinero ni tampoco aparecen integrando el patrimonio de la defensoría como sí ocurre, por ejemplo, con las costas judiciales devengadas a favor del imputado atendido por la misma (art. 34 c) LDPP). Se ha destacado la inconveniencia de que tal recaudación redunde en beneficio de la Defensoría pues generaría “un incentivo perverso para aumentar el cobro a fin de incrementar el presupuesto de la institución, lo que iría en desmedro de los más necesitados”. (Carocca, “La defensa penal pública”, cit., pp. 432-433).

³⁰⁴ El monto del aporte anual del Estado a título de asistencia jurisdiccional se determina en función del número de casos admitidos como tales, iniciados y terminados por los abogados inscritos en el respectivo Colegio durante el año precedente y por el producto de un parámetro de horas asignado a cada tipo de procedimiento y una unidad de valor, fijada anualmente por decreto, que varía según la carga relativa de los diferentes Colegios de Abogados en el ámbito de la asistencia jurídica. El aporte estatal así determinado se deposita en cuentas especia-

pena destacar que el sistema de asistencia jurídica francés se ha ido perfeccionando a partir de estudios de su funcionamiento práctico desde que éste se instauró, en 1972. Uno de los aspectos más controvertidos fue el establecimiento de una unidad de valor que determinara el monto de los honorarios a pagar a los abogados y que fuera compatible con eventuales restricciones o aperturas presupuestarias. Los informes de evaluación muestran que éste continúa siendo un punto clave de perfeccionamiento del modelo, así como la adaptabilidad de los coeficientes y otros parámetros utilizados para regular las diferentes variables del sistema en función de los recursos económicos.

El artículo 50 inciso 2º LDPP dispone que el reglamento establecerá la forma en que deberá realizarse el pago de los fondos licitados, cuyo monto es propuesto por el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública al Defensor Nacional. Como tal reglamento aún no se ha dictado ni ha comenzado el proceso de licitaciones, es difícil identificar las diferencias, ventajas y desventajas del sistema adoptado en Chile con relación al modelo francés. Sin embargo, la circunstancia que la adjudicación total o parcial del fondo se haga directa y anticipadamente al prestador del servicio en base a costos estimativos que pueden estar muy desajustados respecto de los exigidos por una defensa técnica eficiente podría generar el efecto perverso de ajustar la calidad o el número de prestaciones de defensa al monto adjudicado, con todos los efectos negativos que esta situación puede ocasionar a los beneficiarios del servicio.

les de los colegios de abogados y cada uno de ellos tiene la libertad de repartir el fondo asignado en función de reglas previamente determinadas. La remuneración de los abogados se efectúa por las cajas previa presentación de los atestados del juez o de ciertos funcionarios judiciales que acreditan la realización de la respectiva diligencia o actuación y fijan el monto de los honorarios a percibir por los abogados conforme un determinado arancel.

El control del sistema se hace a través de los atestados que comprueban el cumplimiento o no de las actuaciones debidas del abogado. Además, existen funcionarios de las oficinas de asistencia jurisdiccional autorizados por la ley para realizar tareas de inspección periódicas. Por su parte, los Colegios de Abogados pueden recibir reclamaciones de los usuarios del sistema, así como la opinión de jueces y fiscales, lo que determina un control indirecto pero eficiente de los abogados dedicados a este servicio.

4.5.1. *Convocatoria y bases de licitación*

La adjudicación de los fondos se hará a través de concursos públicos, cuya convocatoria deberá publicarse por tres veces en un diario de circulación regional y, al menos, por una vez en un diario de circulación nacional. El llamado deberá contener, a lo menos, las siguientes especificaciones:

- a) Objeto de la licitación;
- b) Plazo para retirar las bases y lugar donde estarán disponibles;
- c) Fecha, hora y lugar de entrega de las ofertas, y
- d) Fecha, hora y lugar del acto solemne en que se procederá a la apertura de las propuestas (art. 43 LDPP).

El contenido mínimo de las bases de licitación será el siguiente:

- a) Porcentaje de casos previstos que se licita y, si la hubiere, la posibilidad de efectuar ofertas parciales;
- b) Período por el cual se contratará la prestación del servicio de defensa penal pública, que no podrá ser prorrogado, y
- c) Las condiciones en las que la prestación de servicios deberá desarrollarse por los abogados que resulten comprendidos en la adjudicación.

Excepcionalmente, las bases podrán contemplar la posibilidad de que, en localidades determinadas, el servicio se extienda desde la primera audiencia judicial cuando la cobertura prestada por los defensores locales fuere insuficiente (art. 42 inciso 2º LDPP).

4.5.2. *Requisitos de postulación*

Podrán participar en la licitación:

- a) Las personas naturales que cuenten con el título de abogado y cumplan con los demás requisitos para el ejercicio profesional, y
- b) Las personas jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines

de lucro, que cuenten con profesionales que cumplan los requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado.³⁰⁵

La ley exige que los postulantes señalen específicamente el porcentaje del total de casos al que postulan y el precio total de sus servicios (art. 44 LDPP).

4.5.3. *Decisión de la licitación y reclamaciones*

La decisión de las licitaciones corresponde a los comités de adjudicación regional,³⁰⁶ deberá ser pública y fundada, y adoptarse en base a los siguientes criterios objetivos:

- a) Costo del servicio por ser prestado;
- b) Permanencia y habitualidad en el ejercicio de la profesión en la Región respectiva;
- c) Número y dedicación de abogados disponibles, en el caso de las personas jurídicas;
- d) Experiencia y calificación de los profesionales que postulen, y
- e) Apoyo administrativo de los postulantes.

Si la persona natural o jurídica que postula a la licitación se encontrare prestando el servicio de defensa penal pública o lo hubiere prestado con anterioridad se considerarán, además de los criterios ya señalados, los siguientes:

- a) Las eventuales sanciones que se le hubieren aplicado, y
- b) El número de personas que hubieren solicitado el cambio o sustitución del defensor.

Cada uno de estos ítemes está asociado a un puntaje que determinará la adjudicación de la propuesta a uno o más licitantes o, si las propuestas son todas inferiores a un puntaje mínimo, la declaración de que la licitación es declarada desierta.

³⁰⁵ Se prevé una importante participación de las corporaciones de asistencia judicial en este sistema. Existe un proyecto de ley, actualmente en tramitación en el Congreso, que propone el reemplazo de las actualmente existentes (4) por 13 nuevas corporaciones regionales de asistencia judicial a fin de hacerlas compatibles con el nuevo modelo descentralizado de defensa penal pública (CAROCCA (A.), "La defensa penal pública", cit., p. 435).

³⁰⁶ Vid. supra, III.D.4.3.2.

Cualquier reclamación interpuesta por alguno de los participantes del proceso de licitación será resuelta, en primera instancia, por el respectivo comité de adjudicación regional y, en segunda instancia, por el Consejo de Licitaciones (arts. 45, 46 y 47 LDPP).

4.5.4. *Deserción de la licitación*

La licitación será declarada desierta por el respectivo comité de adjudicación regional cuando:

- a) No se presente postulante alguno a la licitación;
- b) Presentándose uno o más postulantes, ninguno cumpla con lo establecido en las bases de licitación, o
- c) Presentándose uno o más postulantes, ninguna de las propuestas resulte satisfactoria de acuerdo con los criterios enumerados en el artículo 46 LDPP.

También puede ocurrir que la licitación sea declarada desierta sólo parcialmente, esto es, que no se presenten postulantes por el porcentaje total de causas licitadas.

En estos casos, el Consejo de Licitaciones comunicará esta circunstancia al Defensor Nacional, para que éste disponga que la defensoría regional respectiva, a través de los correspondientes defensores locales, asuma la defensa de las causas comprendidas en el porcentaje no asignado en la licitación. Vale decir, los defensores locales deberán continuar desempeñándose en la defensa de los imputados más allá de las primeras actuaciones del procedimiento por el plazo que el Consejo señale, el que no podrá exceder de seis meses, al cabo del cual se llamará nuevamente a licitación por el total de casos o por el porcentaje no cubierto, según corresponda.

Para suplir esta emergencia, el Defensor Nacional podrá, además, celebrar convenios directos y por un plazo fijo con abogados o personas jurídicas públicas o privadas que se encuentren en condiciones de asumir la defensa penal de los imputados hasta que se resuelva la nueva licitación. Las personas así contratadas deberán sujetarse a las mismas reglas que las contratadas en virtud de los procesos de licitación (arts. 48 y 49 LDPP).

4.5.5. *Contratos y garantías*

Los contratos que se celebren en virtud de los procesos de licitación o de convenios directos serán suscritos por el Defensor Nacional, efectuándose los pagos de los fondos conforme lo estipule el reglamento.

En cada uno de estos pagos se retendrá, a título de garantía, un porcentaje del mismo (fondo de reserva), del modo que se determine en las bases de licitación. Además de este fondo de reserva, el Consejo exigirá al respectivo adjudicatario o contratante boleta de garantía o cualquier otra caución suficiente para asegurar la adecuada prestación de los servicios licitados. La ley establece que si se abre procedimiento administrativo en contra del adjudicatario o contratante, del cual pudiere resultar la aplicación de alguna de las sanciones previstas en el artículo 70 LDPP, las garantías sólo se restituirán en la parte que exceda el monto que pudiere ser condenado a pagar a dicho título (art. 80 LDPP).

4.5.6. *Designación de los defensores-prestadores*

Una vez concluido el proceso de licitación, la defensoría regional respectiva deberá elaborar una nómina o lista de los abogados seleccionados. Todos los abogados se individualizarán con sus propios nombres y, según proceda, se señalará su pertenencia a una persona jurídica licitada. Esta nómina deberá ser actualizada permanentemente y remitida a las defensorías locales, juzgados de garantía, tribunales de juicio oral en lo penal y Cortes de Apelaciones de la región a fin que se encuentre a disposición de los imputados y acusados que deban hacer la designación de un defensor público (art. 51 LDPP).

En efecto, el imputado o acusado elegirá de la nómina al abogado que, estando disponible, asumirá su defensa. Estarán disponibles los abogados que no hayan alcanzado el porcentaje total de casos en que les corresponda asumir la defensa, conforme a las condiciones de la licitación. La defensoría regional deberá excluir de las nóminas a los abogados que no se encuentren disponibles.

Una vez designado, el abogado elegido no podrá excusarse de asumir la representación del imputado o acusado. Hecha la designación se entenderá, por el solo ministerio de la ley, que el abogado elegido tiene patrocinio y poder suficiente para actuar a favor del beneficiario en los términos señalados en el inciso 1º del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil. Esta norma se establece para agilizar al máximo las actuaciones del defensor, a quien se impone el deber de entrevistarse inmediatamente con el beneficiario e iniciar la labor de defensa (arts. 41, 52 y 54 LDPP).

Por último, se reconoce al imputado o acusado el derecho a solicitar en cualquier momento, con fundamento plausible, el cambio de su defensor, petición sobre la cual deberá pronunciarse el defensor regional. La designación del reemplazante se efectuará de la misma forma en que se llevó a cabo la primera designación (art. 53 LDPP). Es importante recordar que los abogados, cuya sustitución haya sido solicitada fundadamente en diversas ocasiones, obtendrán un menor puntaje a la hora de adoptarse la decisión sobre su repostulación al fondo.

4.5.7. *Deberes de los prestadores*

La ley establece, como principio general, que los abogados que presten el servicio de defensa penal pública estarán sujetos a las responsabilidades propias del ejercicio de la profesión y, además, a las que se regulan en el párrafo 5º del Título VI de la LDPP.

Asimismo, se señala que los defensores ejercerán su función con transparencia, de manera de permitir a los beneficiarios del sistema el conocimiento de los derechos que les confiere la LDPP, así como de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las actividades que emprendan en el cumplimiento de sus funciones (art. 40 LDPP). Aunque la ley no lo señale expresamente, debe entenderse que, desde el momento de la designación, pesan sobre el prestador del servicio de defensa penal pública todos los deberes que el Código Procesal Penal atribuye al defensor a favor del imputado.

4.5.8. *Responsabilidades de los prestadores*

Sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que corresponda, los prestadores del servicio de la defensa penal pública incurrirán en responsabilidad por las infracciones que a continuación se señalan, sea en virtud del contrato a que dio lugar el proceso de licitación o de un convenio directo con la defensoría:

- a) Cuando su defensa en el procedimiento penal no fuere satisfactoria de acuerdo con los estándares básicos definidos por el Defensor Nacional;
- b) Cuando no hicieren entrega oportuna de los informes semestrales o del informe final, en conformidad a las normas del párrafo 3º del Título VI de la LDPP, o consignaren en ellos datos falsos, y
- c) Cuando incurrieren en incumplimiento del contrato celebrado (art. 69 LDPP).

Las sanciones previstas para dichas infracciones son las siguientes:

1. *Multas establecidas en los contratos respectivos*, las que serán aplicadas por el defensor regional en los casos previstos en las letras a) y b) precedentes.

Deberá imputarse al valor de la multa el fondo de reserva retenido al prestador a título de garantía y, si no fuera suficiente, se señalará el incremento del porcentaje a retener de las cantidades que se devenguen a favor del mismo hasta el entero pago de la sanción. La resolución del defensor es apelable para ante el Defensor Nacional (arts. 70 y 71 LDPP).

2. *Terminación del contrato*, que se dispondrá por el Consejo de Licitaciones, a requerimiento del defensor regional, en el caso de la letra c) precedente. El Defensor Nacional deberá dictar una resolución que ordene cumplir la que dicte el Consejo.

Las resoluciones del Defensor Nacional, que apliquen sanciones o dispongan cumplir las impuestas por el Consejo, serán reclamables ante la Corte de Apelaciones. El procedimiento se regula en el artículo 73 LDPP.

Las sanciones que se impongan a los prestadores del servicio de la defensa penal pública deberán ser consignadas en un

registro público que deberá ser puesto a disposición de cualquier interesado en la defensoría regional respectiva y en las dependencias de la Defensoría Nacional. Esta medida tiene por objeto poner esta circunstancia en conocimiento de los imputados y acusados a fin de tener la información necesaria a la hora de efectuar la designación de un defensor público.

4.5.9. *Controles y reclamaciones*

La LDPP establece diversos mecanismos de control y evaluación de la actuación y desempeño, tanto de los defensores locales como de los prestadores de los servicios de defensa penal pública.

Dichos mecanismos son los siguientes:

- a) Inspectorías;
- b) Auditorías externas;
- c) Informes, que serán semestrales y final, y
- d) Reclamaciones.

Con ellos se pretende controlar la calidad de los servicios prestados, en especial las actividades de defensa realizadas en las diferentes fases del procedimiento, las estrategias y destrezas profesionales, el conocimiento y dominio jurídico, la información oportuna al cliente de sus derechos y de las actuaciones del procedimiento, la interposición de los recursos legales pertinentes, etc. Asimismo, se controlará la forma en que se administran los recursos del fondo, según cantidad y tipo de casos asignados, y los procedimientos internos de distribución de las tareas a fin de verificar su orden y eficiencia.³⁰⁷

4.5.9.1. Inspectorías

Serán formas de control rutinario realizadas sin aviso previo, durante las cuales se examinarán las actuaciones de la defensa en la forma que determine el reglamento (art. 57 LDPP).

³⁰⁷ Vid. CAROCCA (A.), "La defensa penal pública", cit., pp. 438 y ss.

Podrán consistir en:

- a) La revisión de las instalaciones en que se desarrollen las tareas;
- b) La verificación de los procedimientos administrativos del prestador del servicio;
- c) Entrevistas a beneficiarios del servicio y a los jueces que hayan intervenido en los procedimientos respectivos;
- d) La asistencia a las actuaciones del procedimiento en que interviene el abogado inspeccionado y, en general,
- e) La recopilación de todos los antecedentes que permitan formarse una impresión precisa acerca de las actividades objeto de la inspección (art. 58 LDPP).

El inspeccionado no podrá negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia de control, excepto la que se encuentre amparada por el secreto profesional. La información referida a los casos particulares en que se esté proporcionando defensa penal pública será confidencial. La infracción a las normas sobre secreto profesional e información confidencial será sancionada con las penas señaladas en el artículo 247 del Código Penal (art. 61 LDPP).

Al término de cada inspección se deberá emitir un informe, el que será remitido al Defensor Regional respectivo, quien lo pondrá en conocimiento del inspeccionado dentro de los diez días siguientes, para que éste formule las observaciones que estime convenientes (art. 59 LDPP).

4.5.9.2. Auditorías externas

A fin de garantizar la objetividad de la información de control sobre las actividades de defensa penal pública la ley prevé, además de las inspecciones, la posibilidad de encargar auditorías externas a empresas auditoras independientes. Dichas auditorías tendrán por objeto controlar la calidad de la atención prestada y la observancia de los estándares básicos, previamente fijados por el Defensor Nacional, que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública (art. 60 LDPP).

Del mismo modo que ocurre con las inspecciones, las auditorías externas tendrán lugar aleatoriamente y se realizarán en la forma que determine el reglamento. La persona auditada no

podrá negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia de control, excepto la que se encuentre amparada por el secreto profesional. La información referida a los casos particulares en que se esté proporcionando defensa penal pública serán confidenciales. La infracción a las normas sobre secreto profesional e información confidencial será sancionada con las penas señaladas en el artículo 247 del Código Penal (art. 61 LDPP).

4.5.9.3. Informes

Los defensores locales, abogados y personas jurídicas que presten servicios de defensa penal pública estarán obligados a presentar *informes semestrales* a la defensoría regional o Nacional, para la mantención de un sistema de información general. Esta obligación deberá cumplirse por medio de formularios o por transferencia electrónica de datos, en la forma que determine el Defensor Nacional (art. 62 LDPP).

Dichos informes deberán contener, a lo menos, la siguiente información:

- a) Las materias, casos y número de personas atendidas;
- b) El tipo y cantidad de las actuaciones realizadas;
- c) Las condiciones y plazos en los que se hubiere prestado el servicio, y
- d) Los inconvenientes que se hubieren producido en la tramitación de los casos (art. 63 LDPP).

Las personas naturales o jurídicas licitantes o con convenio deberán, además, presentar un *informe final* en el cual se contenga el balance final de su gestión. Tal informe deberá ser entregado al término del período para el que fueron contratadas (art. 64 LDPP).

El defensor regional contará con un plazo de 30 días, contados desde la recepción del correspondiente informe, para plantearle objeciones. En este caso, las objeciones deberán ser puestas en conocimiento del afectado para que efectúe las correcciones necesarias en el plazo de treinta días. Si ello no ocurre o las correcciones no son satisfactorias, se deberán elevar los antecedentes al Defensor Nacional para la aplicación de las sanciones que correspondan.

Los informes semestrales y los informes finales, con sus correcciones, deberán mantenerse en un registro público a disposición de cualquier interesado (art. 65 LDPP).

4.5.9.4. Reclamaciones

Las reclamaciones de los beneficiarios de la defensa penal pública podrán ser presentadas en cualquier oficina de la defensoría, la que deberá remitirla inmediatamente a la defensoría regional respectiva para que adopte, si fuere necesario, las medidas pertinentes para asegurar la debida defensa del afectado.

El defensor cuya actuación se reclama deberá evacuar un informe en el plazo de cinco días después de tomado conocimiento de la reclamación. Si el abogado pertenece a una persona jurídica, se le enviará copia de los antecedentes respectivos.

Recibido el informe o vencido el plazo para su presentación, el defensor regional dispondrá de dos posibilidades:

- a) Elevará los antecedentes al Consejo de Licitaciones, si se trata de la aplicación de la sanción de terminación del contrato licitado o convenido de conformidad con los artículos 69 c) y 72 LDPP, o
- b) Se pronunciará sobre la reclamación dentro del plazo de diez días.

La resolución del defensor regional será apelable para ante el Defensor Nacional dentro de cinco días contados desde que se notifique la resolución al afectado.

Existen normas especiales en el caso de reclamaciones contra defensores locales o contra un defensor regional.

En el primer caso, se establece que tanto el defensor regional respectivo como el Defensor Nacional podrán imponerle, si fuere procedente, las sanciones administrativas que correspondan.

En el caso de reclamaciones en contra de actuaciones propias del defensor regional, la ley establece un procedimiento especial. Recibida la reclamación por el Defensor Nacional, éste requerirá un informe al defensor regional quien deberá evacuarlo en el término de cinco días. Si la reclamación es presentada en la misma defensoría regional, ésta deberá remitir los antece-

dentes al Defensor Nacional, conjuntamente con el informe respectivo, dentro de cinco días. El Defensor Nacional tendrá el plazo de diez días para resolver la reclamación del usuario.

Las normas sobre reclamaciones se contienen en los artículos 66 y 67 LDPP.

E. LA VÍCTIMA Y EL QUERELLANTE

1. INTRODUCCION

Uno de los principales objetivos político-criminales del nuevo sistema de justicia criminal, declarado reiteradamente en el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, es la “promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”. Asimismo, se contempla, elevado a la categoría de principio básico del nuevo proceso, el deber de los órganos de persecución penal de dar protección a la víctima durante todas las fases del procedimiento. A los fiscales se les impone la obligación de velar por sus intereses y a los jueces la de garantizar la vigencia de sus derechos. En fin, se otorga a la víctima el estatus de sujeto procesal, sin necesidad de constituirse en querellante, al mismo tiempo que se le reconoce “un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación”.

Estas líneas introductorias revelan el influjo que ya desde hace algunas décadas ejerce el fenómeno de la víctima y la victimología en los procesos de reforma de los sistemas penales y de enjuiciamiento criminal,³⁰⁸ evidenciado particularmente en el ámbito latinoamericano.³⁰⁹ Pareciera, pues, que la víctima recupera buena parte del protagonismo perdido con el adveni-

³⁰⁸ Sobre la vasta literatura producida en estos años, vid. HIRSCH (H.J.), “Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal”, en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 94 nota 2. También, ESER (A.), “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, pp. 15 y ss.

³⁰⁹ Vid. AMBOS/WOISCHNIK, “Resumen comparativo de los informes nacionales”, en MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (coordinadores), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 891-892.

miento del procedimiento inquisitivo³¹⁰ aunque, en nuestro sistema, nunca se la haya excluido totalmente como sujeto dotado de facultades procesales, lo que se refleja en la existencia de delitos de acción penal privada, del querellante particular y la posibilidad del ofendido de interponer la acción civil dentro del proceso penal.

En efecto, la participación del ofendido ha sido siempre relevante en el proceso penal español, antecedente directo del chileno,³¹¹ evolucionando a la par de la denominada "acción popular". Cuando el sistema inquisitivo se implantó en Europa, se superpuso al viejo proceso penal altomedieval, en el que la iniciativa era esencialmente privada, y la iniciación del proceso penal por querrela de un particular sobrevivió en muchos lugares hasta la consolidación definitiva de la idea de oficialidad de la persecución penal de los delitos.³¹²

En la regulación del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835³¹³ y hasta la promulgación de la

³¹⁰ HIRSCH, señala gráficamente que la víctima ha sido nuevamente descubierta para el proceso penal después que, en el transcurso de la evolución jurídica, se la "desalojó" y luego "expulsó" de él ("Acerca de la posición de la víctima..."), en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 94).

³¹¹ Sobre la legislación procesal penal que rigió en Chile desde la Colonia hasta marzo de 1907, fecha en que entró en vigor el Código de Procedimiento Penal de 1906, y los antecedentes históricos de este cuerpo legal, vid. FONTECILLA (R.), *Tratado de Derecho Procesal Penal I*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1978, pp. 71 y ss.

³¹² Así, ROXIN señala que aun en la *Constitutio Criminalis Carolina* del Emperador Carlos V (1532), ley penal imperial a través de la cual ingresa la Inquisición a Alemania, se conservaba al acusador privado junto al juez inquisidor aunque, en verdad, fue el comienzo de su eliminación del sistema (*Strafverfahrensrecht*, cit., p. 69). En efecto, si bien la recepción del derecho romano-canónico en Alemania, producido a través de la Carolina, no significó la completa abolición del sistema acusatorio privado germánico, en el cual la promoción del procedimiento y el papel del acusador recaen sobre el ofendido, el principio acusatorio decae al no exigirse más, como necesidad absoluta, la existencia de una acusación para proceder penalmente en contra de una persona, pues el propio juez puede actuar de oficio y acusar. Aunque formalmente subsistente, la acción privada dejó de utilizarse en la práctica por las formalidades y riesgos que implicaba (cfr. MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, 1b, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 69-73).

³¹³ Principal cuerpo normativo en materia procesal hasta la obra codificada de la Restauración, manifestada en las Leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y de 1882. Atenuaba el principio inquisitivo a través de la instauración de

primera Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 22 de diciembre de 1872, es posible advertir continuas referencias al querellante particular, aunque el ejercicio de la acción penal por particulares hubiera caído en notorio desuso.³¹⁴ Con las reformas que se producen en España a partir de la revolución liberal de 1868, se introduce un proceso penal de tipo acusatorio formal, el juicio oral con jurado³¹⁵ y la acción popular en el proceso penal por la notable influencia de las instituciones inglesas en el legislador de 1872.³¹⁶ La acción popular se consagra de manera definitiva en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de acentuada orientación liberal,³¹⁷ institución que permanece vigente hasta hoy.³¹⁸

un juicio plenario e introducía el ministerio público como una institución unitaria y jerarquizada, encargada de ejercer la acción penal en los delitos públicos (DIEZ-PICAZO, cit., p. 144).

³¹⁴ DIEZ-PICAZO (L.), "Ministerio público y acción popular en España", en *El poder de acusar. Ministerio público y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 141 y ss.

³¹⁵ Fue suspendida su vigencia por Real Decreto de 3 de enero de 1875 y reintroducido en 1888.

³¹⁶ Sobre la "mala interpretación" de la significación jurídico-política de la acción popular en Inglaterra, vid. DIEZ-PICAZO (L.), "El régimen de la acusación penal en Inglaterra", en *El poder de acusar*, cit., p. 38, donde se señala que "el hecho que en Inglaterra el ejercicio de la acción penal esté abierto a todos los particulares no quiere decir que aquélla pueda ser configurada como una genuina acción popular: los particulares no gozan, en cuanto tales, de legitimación activa para iniciar el proceso penal, pues sólo en nombre de la Corona pueden ejercer la acción penal". Para este autor, las consecuencias prácticas de esta perspectiva "no son desdeñables": los particulares sólo pueden ejercer la acción penal en la medida que se lo consienta la Corona y si ésta se apersona en la causa, el privado queda automáticamente desplazado. De otra opinión, CARDENAS (J.), "La víctima en el proceso penal" (trad. Guillermo L. Pereyra), *Nueva doctrina penal*, 1999/B, pp. 717 y ss.

³¹⁷ Sobre las Leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 1882, y el contexto político en el que se dictaron, vid. TOMAS Y VALIENTE (F.), *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 531 y ss.

³¹⁸ Se contempla en el artículo 101 LEC española y se concede "a cualquiera del pueblo", con la fórmula de que "la acción penal es pública" y que "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley", agregándose después (art. 270) que este ejercicio es posible "hayan sido o no ofendidos por el delito".

2. LA VICTIMA

El ordenamiento jurídico procesal penal chileno siempre ha reconocido el principio de oficialidad, esto es, el de la persecución penal de los delitos a través del Estado.³¹⁹ Como sabemos, históricamente este principio está vinculado al origen del Estado moderno, es decir, del Estado surgido en el proceso de centralización burocrática del poder que caracteriza el tránsito de la organización política feudal a la estatal. Su fundamento radica en el interés público a que los delitos no permanezcan impunes: el Estado no sólo tiene el monopolio para establecer las normas jurídico-penales sino también el derecho y el deber a la persecución penal para hacer efectivas dichas normas, incluso sin considerar la voluntad de la víctima.³²⁰

Esto no significa que el principio de oficialidad deba ser visto como un rasgo esencialmente vinculado al modelo inquisitivo de proceso penal. El modelo acusatorio es compatible con una adhesión en grado máximo del principio de oficialidad como ocurre, por ejemplo, con el proceso penal norteamericano, en que aquél expresa la voluntad democrática, del mismo modo en que el modelo inquisitivo puede tolerar algún grado de erosión del mismo principio.³²¹

El principio de que el Estado tiene el monopolio de la acción penal ha reconocido siempre en nuestro sistema la excepción constituida por el protagonismo de la víctima en el inicio y persecución penal de ciertos delitos. En efecto, el Código de Procedimiento Penal de 1906, aunque de matriz fuertemente inquisitiva, admitió desde su origen los denominados delitos de acción penal mixta o previa instancia particular y los delitos de acción penal privada. Más aun, reconoció la habilitación proce-

³¹⁹ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 69-70. Con más detalle, vid. infra 3.2.1.

³²⁰ ROXIN, cit., p. 70. DAMASKA (M.), *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 320 y ss.

³²¹ BASCUÑAN R. (A.), "Los principios generales del nuevo procedimiento penal", artículo mecanografiado, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2000, p. 3.

sal de cualquier persona capaz para ejercer como querellante la acción penal pública.³²²

El Mensaje del Código señala que, hasta la fecha de su promulgación, Chile conservaba “las reglas de procedimiento de la antigua legislación española en cuanto eran compatibles con la nueva forma de Gobierno adoptada” desde la Independencia. Añade que “aunque en diversas épocas algunas de esas reglas han sido modificadas, la base misma del procedimiento se ha mantenido intacta, de manera que puede decirse con verdad que subsiste todavía entre nosotros el sistema inquisitorial establecido desde la edad media”. Como sabemos, el Mensaje aboga por la necesidad de modernización del sistema de justicia penal y describe los sistemas comparados más avanzados de la época. Sin embargo, por razones económicas, desecha el modelo de juicio oral con jurados, por lo que sólo incorpora parcialmente los principios que informan la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. Adopta el modelo de la acción popular en su artículo 114³²³ y deja establecido su fundamento en el Mensaje de la siguiente forma: “Salvo algunas personas a quienes la ley por causas diversas prohíbe querellarse contra otro, todas las demás pueden ejercitar la acción pública, ya sea como parte principal, ya sea coadyuvando a la acción de los funcionarios encargados de acusar en nombre de la sociedad. De esta manera se amplían los medios de que puede disponerse para llegar a la represión de mayor número de delitos; pero se adoptan al mismo tiempo las precauciones necesarias para impedir que el ejercicio de la acción pública se convierta en instrumento de odios o de venganzas particulares”.

Como puede observarse, en la instauración de la acción popular no existió una especial preocupación por la víctima concreta del delito, sino fundamentalmente un interés por dotar de eficacia a la persecución penal. Sin embargo, ella permitió que el ofendido, sus herederos o representantes legales pudieran

³²² El antiquísimo sistema de la acción popular habría sido restaurado por Solón, uno de los fundadores del Estado griego clásico, “para que todos aprendieran a dolerse los unos del mal de los otros” (Vid. BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 329).

³²³ Artículo 94 CdPP de 1906.

participar en el procedimiento penal sin las restricciones que la ley imponía a los terceros ajenos al delito.³²⁴

Históricamente, las objeciones a la acción popular se han centrado en la posibilidad de ser utilizada como medio de chantaje o de delación. En Inglaterra, BENTHAM denunció que el sistema de acciones privadas engendraba males inaceptables: acuerdos entre los abogados y la policía para obtener procesamientos; mala conducción de los procedimientos penales por falta de voluntad, capacidad o recursos; inicio de la persecución penal por sentimientos de venganza o animosidad personal y el abandono de dicha vía tras conciliaciones espurias entre acusador privado e imputado.³²⁵ Los defensores del movimiento de reforma del sistema de justicia criminal inglés producido en el s. XIX, una de cuyas manifestaciones fue la *Prosecution of Offenses Act* de 1879,³²⁶ afirmaron la necesidad de un sistema de acción pública para impedir la impunidad de los culpables y el juzgamiento de inocentes. Entendían que un jurado de acusación podía servir de freno y control a las acusaciones arbitrarias del fiscal e, incluso, propusieron que en caso que éste se negase a ejercer la acción penal podría deducirse la acción privada.³²⁷ Sin embargo, la creación de un ministerio público con funciones similares a las de su homólogo continental europeo sólo se llevó a cabo en 1985.³²⁸ La declinación de la participación de la víctima en el inicio y sostenimiento de la acción penal en Inglaterra tiene más bien su explicación en el desarrollo de los modernos departamentos de policía producido en las postrimerías del s. XIX y albores del s. XX. En efecto, las

³²⁴ Fundamentalmente, la rendición de una fianza de calumnia (cfr. art. 111 CdPP).

³²⁵ CARDENAS (J.), "La víctima en el proceso penal", cit., pp. 722-723.

³²⁶ Esta ley creó el *Director of Public Prosecutions*, dotado más bien de funciones de asesoramiento a jefes policiales, secretarios judiciales y demás personas a quienes competía la acción penal (al respecto, vid. supra, III.A.1.1.).

³²⁷ CARDENAS, cit., p. 723, señala que los opositores a la reforma se mostraban reacios a la creación de un ministerio público, temiendo que el Estado lo utilizase como herramienta política y se convirtiera en un arca de clientelismo. Además, no estaban dispuestos a ceder la prerrogativa secular de todo inglés a ejercer la acción penal, que entendían como necesaria para acotar el poder de la Corona.

³²⁸ Sobre el particular, vid. supra, III.A.1.1. No se trata, sin embargo, de un genuino ministerio público.

nuevas fuerzas policiales compartían cada vez más facultades acusatorias con el ciudadano particular al punto que comenzaron a desplazarlo, convirtiéndose en el principal órgano de persecución penal inglés.³²⁹

En el caso español, la acción popular arraigó de tal forma en la práctica jurídica de ese país que fue constitucionalizada en 1978 (art. 125 Constitución española). Es importante destacar que la jurisprudencia constitucional española ha establecido, reiteradamente, que el ejercicio de la acción popular como derecho fundamental se encuentra garantizado únicamente en cuanto derecho a iniciar el proceso penal (*ius ut procedatur*) y, en consecuencia, no comprende el derecho de obtener la condena de otro.³³⁰ Por otro lado, ha sostenido que, en el ejercicio de la acción popular, ni siquiera el ofendido posee el derecho a determinar cómo debe actuar el ministerio público.³³¹

En Chile, la incidencia práctica de la acción popular ejercida por terceros ajenos al delito ha sido marginal, asumiendo la mayor importancia la ejercida por la víctima o el ofendido. Por ello, en el Código Procesal Penal, la regla general es que sólo la víctima, su representante o heredero testamentario pueden interponer querrela, abandonándose, en consecuencia, el régimen de la acción popular establecido en el artículo 93 inciso 1º del Código de Procedimiento Penal de 1906. Sólo por excepción se concede acción popular y, en consecuencia, la posibilidad de que cualquiera con ciertas limitaciones especiales pueda interponer querrela criminal en relación a la persecución de ciertos delitos. Como veremos, se trata fundamentalmente de supuestos en que se afectan bienes jurídicos colectivos o intereses sociales relevantes cuya titularidad corresponde a toda la sociedad o en que se encuentran comprometidos bienes jurídicos individuales considerados especialmente graves por el legislador, y cuya tutela se ha querido reforzar por esta vía.

³²⁹ No tiene, sin embargo, el monopolio de hecho sobre la acción penal. Aparte de los particulares, también los departamentos ministeriales, los entes locales y otros organismos públicos, dentro de sus respectivas esferas de competencia, pueden incoar el proceso penal (DIEZ-PICAZO, cit., pp. 39-42.)

³³⁰ En este sentido, las sentencias del TCE N° 41/1997 y 74/1997.

³³¹ ATC N° 219/1984.

Por otro lado, en nuestro sistema siempre se ha reconocido, como excepción al principio de oficialidad, la existencia de delitos de acción penal privada en que es el ofendido quien promueve y ejerce la acción penal, estándole vedado al ministerio público intervenir en el procedimiento.³³² A pesar que en estos casos el actor privado pretende y defiende un interés público, la ley penal limita este interés a la concurrencia del interés privado en perseguirlo. Para ello lo dota del poder de persecución penal, pero no de un poder público. Estas personas defienden un interés privado legítimo, con prescindencia que la ejecución de la pena que eventualmente se imponga en la sentencia sea pública. La demostración de que ese interés preponderante es privado está en el carácter generalmente renunciante de la acción, con efectos extintivos para la persecución penal y la sanción de abandono de la acción para el caso de inactividad del querellante.³³³

Del modelo francés de justicia criminal³³⁴ se adopta la institución de la acción civil dentro del proceso penal, esto es, la posibilidad que la víctima persiga en dicha sede la satisfacción de los intereses particulares afectados con la comisión de un hecho punible que le haya causado daño, presupuesto necesario de la responsabilidad civil extracontractual. Se señala como ventaja de este modelo la circunstancia que es un camino más expedito y menos costoso para la víctima que la vía civil; sin embargo, una importante desventaja la constituye el hecho que el debate, prueba y resolución de la acción civil, puede conducir a una prolongación indebida del procedimiento penal, vulnerándose el derecho del imputado o acusado a ser juzgado en un plazo razonable. Por ello, en el sistema alemán, en que

³³² Una interesante excepción ocurre en el sistema alemán: en efecto, el ministerio público puede formular acusación en estos delitos cuando ella se base en un "interés público" (parág. 376 OPP); así sucede, por ejemplo, cuando se sobrepasa el límite del interés particular de los ofendidos directamente por el delito, como en el caso de injurias por motivos raciales o religiosos, etc. En estos casos, el querellante actúa como querellante adhesivo (vid. ESER (A.), "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, cit., pp. 21 y ss. .

³³³ MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, t.1, cit., p. 309.

³³⁴ ESER (A.), "Acerca del renacimiento de la víctima...", cit., pp. 42 y ss.; MAIER (J.), "La víctima y el sistema penal", cit., pp. 239 y ss.

se admite teóricamente la intervención de la víctima para la tutela de sus intereses civiles, a través del denominado “procedimiento de adhesión”, la regla general es el rechazo por los jueces de la correspondiente solicitud, fundados en las dilaciones que ello puede ocasionar para la sustanciación y conclusión del procedimiento penal.³³⁵

En consecuencia, ya la legislación procesal penal existente con anterioridad a la reforma daba una importante cabida e intervención a la víctima en el proceso penal, especialmente si se aprecia en el contexto de la situación jurídica en otros países del derecho comparado.³³⁶

El Código Procesal Penal profundiza en buena medida el régimen de participación de la víctima en el proceso penal, adecuándolo a los requerimientos del desarrollo social actual. La acción popular, cuya importancia práctica fue muy escasa, se conserva sólo para ciertas hipótesis (art. 111 CPP). Se mantiene la institución del querellante adhesivo o particular para los delitos de acción penal pública o previa instancia particular (art. 261 CPP). En los delitos de acción penal privada, como en el régimen anterior, el querellante se sustituye al Estado en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. La intervención de las víctimas para la satisfacción de sus intereses se amplía con la introducción de los acuerdos reparatorios, que producen la extinción de la acción penal pública del imputado que concurre a él.

La tendencia a una equiparación del querellante particular al ministerio público como portador legítimo de una pretensión punitiva se advierte ya con la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, que crea el ministerio público, cuando se introduce una norma en el inciso 2° del artículo 80 A CPE que establece que “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. Con ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos del ministerio público, equiparación que, como veremos, no ha recibido el aplauso unánime de la doctrina.

³³⁵ ESER (A.), “Acerca del renacimiento...”, cit., pp. 24 y ss. ROXIN dice que este procedimiento tiene poca significación práctica (*Strafverfahrensrecht*, cit., p. 439).

³³⁶ Una reseña comparada puede verse en ESER, cit., pp. 13 y ss.

2.1. LA TENDENCIA A LA "PRIVATIZACIÓN" DEL PROCESO PENAL

La introducción a la legislación procesal penal de instituciones como las denominadas *salidas alternativas*, en las que la satisfacción de los intereses de la víctima está en el primer plano de consideración para la terminación anticipada del procedimiento,³³⁷ o el denominado *forzamiento de la acusación*, que implica atribuir al querellante particular la persecución penal de delitos de acción pública,³³⁸ han dado lugar a señalar que en nuestro sistema se está produciendo un fenómeno de privatización del derecho penal, evolución que no siempre es valorada positivamente.³³⁹

Las críticas a la privatización de los conflictos jurídico-penales, ya sea al nivel material, en la configuración de las penas, o en el nivel procesal, con la introducción de "salidas alternativas" fundadas en formas de reparación a la víctima han sido, en términos generales, las siguientes:

- a) La solución privada a los delitos deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquél que determinó su ingreso específico al campo del derecho penal y de la persecución penal pública, fundamentalmente razones de orden preventivo general;
- b) el peligro de retornar a la ley del más fuerte, en que la solución viene determinada por la dinámica de las presiones, la amenaza y el chantaje.

En el fondo de estas objeciones existe una valoración positiva del proceso histórico de asunción por el Estado del monopolio del *ius puniendi* como única solución al "*bellum omnium contra omnes*" de los sistemas de venganza privada.

Tales críticas han sido contestadas, argumentándose que la figura de la víctima vengativa es un prejuicio nunca demostrado y que, por el contrario, las pocas investigaciones empíricas realizadas en este ámbito y que excluyen los delitos de mayor

³³⁷ Vid. infra, capítulo VII.B.1.2.

³³⁸ Vid. infra, VII. B.10.4.

³³⁹ Sobre las diferentes posiciones, vid. MAIER (J.), "La víctima y el sistema penal", en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1992, pp. 195 y ss. También, BASCUNAN R. (A.), "Los principios generales...", cit., passim.

gravedad muestran más bien una víctima que busca la reparación como objetivo principal de su intervención en el procedimiento.³⁴⁰ Adicionalmente, se afirma que la reparación puede cumplir las funciones de retribución o prevención que se asignan a la pena y, con ello, acortar la distancia que hoy existe entre la solución pública y la privada de los conflictos.³⁴¹

Sin embargo, como reconocen los mismos defensores de una mayor privatización del derecho penal y procesal penal, ello no implica una disolución “en modos de administración de justicia privados que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna la asociación”.³⁴² Ello parece especialmente evidente en delitos graves, respecto de los cuales las soluciones alternativas, compositivas o de reparación aparecen –en el actual estadio de evolución social– como impracticables o inconvenientes.

2.2. LA FUNCIÓN DE CONTROL SOBRE EL PROCESO PENAL POR PARTE DE LA VÍCTIMA

Un importante papel de la víctima dentro del procedimiento penal es el ejercicio de las funciones de *control externo y contrapeso* sobre las actuaciones del ministerio público y de la policía. Se dice que tal control impide que dichos órganos, con tenden-

³⁴⁰ MAIER (J.), “La víctima en el sistema penal”, cit., pp. 214-215, quien hace referencia a una investigación de BIERBAUER/FALKE/KOCH cuyos resultados se muestran en su obra: “Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisziplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedmannsinstitution” en BIERBAUER et. a. (ed.) *Zugang zum Recht*, 1978, pp. 141 y ss. En el mismo sentido de MAIER, BINDER rechaza categóricamente esta crítica y señala que “está perfectamente demostrado que esta afirmación es falsa” y añade que “cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en que la víctima no busca un arreglo económico sino la imposición de una pena” (*Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 329).

³⁴¹ MAIER, cit., p. 215. Sobre el planteamiento de la reparación como pena vid. ROXIN (C.), *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en SCHÖCH (H.), (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Fink, München, 1987, pp. 37 y ss.

³⁴² MAIER, cit., p. 204.

cia a la burocratización, reaccionen rutinariamente ante los casos individuales o actúen discrecionalmente infringiendo sus deberes funcionarios.³⁴³

Fuera del ámbito de los delitos bagatelarios o de mediana gravedad, el control privado sobre la aplicación de la ley penal sólo se encuentra en un número limitado de países continentales, como fórmula de vigilar la inactividad del órgano responsable de la persecución penal.³⁴⁴ Sin embargo, el control de la víctima o del querellante que puede asumir rasgos más problemáticos es aquel que expresa apreciaciones o pretensiones jurídicas discrepantes de la posición del ministerio público respecto del ejercicio de la acción penal, especialmente cuando ellas pueden incluso prevalecer sobre las del órgano estatal, pues el dominio de ese ejercicio por parte del Estado es visto como presupuesto del carácter público de la pena y como condición necesaria para que pueda darse una política criminal estatal.³⁴⁵

Para fines de análisis examinaremos actuaciones de la víctima que implican el control sobre el inicio, la dirección y el cierre de la investigación y, también aquella que significa el control de la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento.

2.2.1. *En relación al inicio del procedimiento*

Se admite el control administrativo y jurisdiccional de la víctima para evitar el archivo abusivo o ilegal de la causa. Así ocurre, por ejemplo, con las facultades de archivo provisional (art. 167 CPP) o de no iniciar investigación (art. 168 CPP) que se atribuyen al ministerio público. La posición de la víctima también se encuentra reforzada frente al ejercicio discrecional, por parte de los fiscales, del principio de oportunidad. En efecto, cualquier manifestación de voluntad de la víctima ante el juez de garantía que exprese su interés en la persecución penal de-

³⁴³ MAIER (J.), "La víctima en el sistema penal", cit., p. 221.

³⁴⁴ Vid. casos francés y austríaco en DAMASKA (M.), *Las caras de la justicia*, cit., p. 367.

³⁴⁵ En este sentido, BASCUÑAN R. (A.), "Los principios generales del nuevo procedimiento...", cit., p. 6.

terminará el inicio o la continuación del procedimiento (art. 170 inciso 3º CPP).

2.2.2. *En relación a la dirección de la investigación*

La constitución y la ley consagran el principio de dirección y exclusividad de la investigación por parte del ministerio público (art. 80 A inciso 1º CPE, art. 1º LOCMP, art. 180 inciso 1º CPP). La víctima puede solicitar o proponer diligencias al órgano investigador pero éste podrá rechazarlas, quedándole a salvo la posibilidad de reclamación ante las autoridades superiores del ministerio público. Con el otorgamiento tan sólo de un recurso administrativo se quiere preservar, por un lado, el carácter estrictamente jurisdiccional de la función del juez de garantía y, por otro, reforzar la posición del ministerio público frente a la del querellante en la dirección de la investigación de los delitos.³⁴⁶

2.2.3. *En relación con la suspensión condicional del procedimiento*

Durante la investigación preparatoria e, incluso, en la etapa intermedia la víctima posee un importante control sobre la salida alternativa de *suspensión condicional del procedimiento*. En efecto, el artículo 237 CPP establece el derecho del querellante a ser oído por el tribunal antes de decidir sobre la misma, siempre que se encuentre presente en la respectiva audiencia.³⁴⁷ Sin embargo y no obstante que en el proyecto del Ejecutivo la resolución recaída sobre la solicitud de suspensión condicional del procedimiento era inapelable, durante la tramitación parlamen-

³⁴⁶ BASCUÑAN R. (A.), "Los principios...", cit., p. 7.

³⁴⁷ La norma propuesta por el Ejecutivo contemplaba expresamente a la víctima como titular de este derecho. El Senado la excluyó pues "ya está informada por el fiscal de sus derechos, y tiene otras instancias de reclamo, por lo que no se justifica incorporarla en el procedimiento" (cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 249 y ss., esp. 253).

taria se estableció la regla contraria sin mayores explicaciones y se concedió recurso de apelación al ministerio público, el imputado y el querellante (art. 238 inciso 6º CPP). La decisión respecto a la suspensión del procedimiento equivale a la que sería una eventual resolución acerca de la suspensión de la ejecución de la condena conforme a las normas de la Ley 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. El parentesco entre ambas instituciones es innegable y en su base se encuentra comprometido un aspecto central de la política criminal del sistema penal,³⁴⁸ en la medida que expresa un juicio público acerca de la eventual falta de necesidad de imposición y ejecución de la pena.³⁴⁹ La concesión de un recurso de apelación al querellante interfiere en el diseño de la política criminal decidida por el propio legislador en la regulación de esta salida alternativa, subordinándose este interés público al privado de la víctima.

2.2.4. *En relación al cierre de la investigación*

Durante la tramitación del proyecto de CPP en la Cámara de Diputados se aprobó una norma que confería al imputado o querellante la facultad para reiterar, dentro de los cinco días siguientes al cierre de la investigación, la solicitud de diligencias precisas de investigación que hubieren solicitado oportunamente durante la instrucción y que el fiscal hubiere rechazado. Si el juez acogía la

³⁴⁸ Que este aspecto estaba presente en la discusión parlamentaria, puede comprobarse en PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., p. 250.

³⁴⁹ BASCUÑAN R. (A.), "Los principios...", cit., p. 9. En efecto, la concesión de una suspensión condicional del procedimiento a sujetos sin compromiso delictual y respecto de la atribución de hechos punibles de baja o mediana gravedad puede hacer innecesaria la pena desde un punto de vista preventivo general, porque la conducta posterior del imputado, que cumple satisfactoriamente las condiciones impuestas, permite la estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de sus valores y la ratificación de la confianza en su vigencia. Desde un punto de vista preventivo-especial esta salida alternativa aparece como especialmente positiva, pues no presenta las desventajas de toda privación de libertad, posee un menor componente coactivo y afflictivo, y si va acompañada de una compensación a la víctima, puede ser valorada positivamente como el mejor esfuerzo del autor en reparar el mal ocasionado con el injusto.

solicitud, debía disponer su práctica a la policía.³⁵⁰ Dicha norma se mantuvo, en términos generales, en el artículo 257 CPP, eliminándose la facultad del juez de dar órdenes de investigación directas a la policía, por entenderse que ello iba en desmedro de la posición del ministerio público en la investigación.

En el caso del forzamiento de la acusación, la propuesta del Ejecutivo contemplaba una norma que prohibía expresamente la posibilidad de que el juez ordenara al fiscal la ampliación de la investigación o la práctica de diligencias específicas. Se establecía, además, que el juez podía ordenar al fiscal la formulación de la acusación cuando así lo hubiere solicitado el querellante y siempre que los antecedentes acumulados en la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado. En este caso, el fiscal correspondiente debía acusar “dentro del término de la audiencia fijada al efecto”.³⁵¹ Este artículo fue objeto de un amplio debate en la Cámara de Diputados. Se consideró complicado que primara la decisión del juez sobre la del fiscal pues, en tal caso, las acusaciones se “judicializarían”. Se dijo que quien “manejaría la llave de la acusación no sería el fiscal sino el juez”, atentándose, con ello, “no sólo en contra de los principios que inspiran el Código sino también contra la aplicación práctica del sistema, porque los jueces muy comprometidos con la persecución penal, acusarían prácticamente en todos los casos”. En el Senado se consideró razonable conferir al juez la facultad de pronunciarse sobre la solicitud de sobreseimiento efectuada por el fiscal y resolver, según correspondiere, su aceptación, la sustitución del tipo de sobreseimiento o de la causal, o el rechazo de la petición, facultándose al fiscal, en este último caso, para acusar o decidir no perseverar en el procedimiento. Sin embargo, se ponderó el hecho de que el fiscal obligado a acusar en contra de su voluntad, sostuviera su tesis original en el juicio o desarrollara una labor mínima, lo que necesariamente debía conducir a la absolución del imputado. Para evitar esta alternativa se estudió la conveniencia de que el fiscal fuera reemplazado o se prescindiera del mismo, y que el querellante particular asumiera el rol

³⁵⁰ Cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., p. 269.

³⁵¹ PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., p. 270.

de acusador en el juicio, hipótesis que fue, en definitiva, la que prosperó.³⁵²

En efecto, el artículo 258 CPP confiere al querellante particular la posibilidad de oponerse al sobreseimiento solicitado por el fiscal. En tal caso, el juez dispondrá la remisión de los antecedentes al fiscal regional para que revise la decisión del fiscal. Si éste no está de acuerdo con ella, decidirá si mantiene o reemplaza al fiscal a cargo a los fines de formular la acusación. Si, por el contrario, el fiscal regional ratifica la decisión del adjunto, el juez podrá disponer que la acusación sea formulada por el querellante, quien en lo sucesivo deberá sostenerla en los mismos términos que el ministerio público, o decretar el sobreseimiento correspondiente. El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP.³⁵³ En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en el vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas.

Podría argumentarse que el querellante cumple aquí un control importante sobre las actuaciones ilegales o arbitrarias del ministerio público, como cuando el fiscal solicita el sobreseimiento definitivo de una causa sosteniendo la atipicidad de una conducta delictiva. Sin embargo, pareciera que el control judicial y administrativo resulta suficiente en estos casos. La cuestión podría plantearse del siguiente modo: ¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quien corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito?

³⁵² PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., p. 271.

³⁵³ Vid. infra, VII.B.10.4.

Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A inciso 2º CPE, que consagra al ofendido por el delito “y las demás personas que determine la ley” como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura “un horizonte normativo enteramente nuevo”.³⁵⁴ Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. “La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público”.³⁵⁵

En Argentina, MAIER y NUÑEZ sostienen que es “dudosa” la constitucionalidad de aquellos códigos de procedimiento que reconocen al ofendido o al querellante particular la calidad de titular del ejercicio de la acción oficial, como lo hace el CPP nacional argentino en su artículo 170. La naturaleza pública de la persecución penal y su consecuencia, la falta de reconocimiento a cualquier sujeto de derecho privado de la calidad de titular de ella –salvo los casos de las acciones penales privadas–, sólo permite reconocer a este querellante la calidad de mero auxiliar del órgano público de persecución penal por adhesión. No interviene por un interés propio y autónomo; sí, a lo más, persigue la satisfacción de su pretensión reparatoria pero –en este caso– limitada al interés privado reconocido y no extensible a la sanción penal.³⁵⁶

En suma, la equiparación del querellante al ministerio público en cuanto a su legitimación como portador de una pretensión *punitiva* puede producir consecuencias insospechadas. La forma de enfrentar las innumerables interrogantes que surgen de esta problemática pasa necesariamente por tomar posición frente al debate, que aún ocupa de forma intensa a la

³⁵⁴ BASCUÑAN R. (A.), “Los principios...”, cit., p. 9.

³⁵⁵ BASCUÑAN R. (A.), cit., p. 10.

³⁵⁶ Así se ha reconocido por la Corte Suprema argentina en diversos fallos. Cfr. MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, 1b, cit., pp. 309-311, NUÑEZ (R.), *Derecho penal argentino*, t. II, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 130.

doctrina penal contemporánea, sobre los fines y funciones del derecho penal y de la pena estatal.³⁵⁷

2.3. CONCEPTO DE VÍCTIMA

2.3.1. *Para los efectos de la ley procesal penal*

La ley procesal penal define expresamente la persona de la víctima para los efectos de intervenir en el procedimiento y ejercer los derechos que ella le reconoce. El artículo 108 inciso 1º CPP dispone que se considera víctima al ofendido por el delito, esto es, al titular del bien jurídico afectado por el delito,³⁵⁸ sea persona natural o jurídica. No es víctima el sujeto pasivo de la acción si no es, al mismo tiempo, titular del bien jurídico lesionado y protegido por el derecho penal.³⁵⁹ Así, si X se apropia clandestinamente de un bien mueble de propiedad de Y, pero que al momento de la sustracción se encontraba en poder de Z, sólo Y es víctima del delito de hurto.

Se establece una regla especial para los delitos cuya consecuencia fuese la muerte del ofendido o en que éste no pudiese ejercer sus derechos en el procedimiento, como por ejemplo un menor o un demente. En estos casos se considerará víctima:

- a) Al cónyuge y a los hijos;
- b) A los ascendientes;
- c) Al conviviente;
- d) A los hermanos, y
- e) Al adoptado o adoptante.

La enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas per-

³⁵⁷ Sobre esta discusión, particularmente en relación a la propuesta de la reparación como tercera vía del derecho penal, vid. ROXIN (C.), *Strafrecht* (AT), BAND I, cit., pp. 36-65; del mismo autor.

³⁵⁸ BUSTOS (J.), *Manual de derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Ariel, Barcelona, p. 173.

³⁵⁹ No estamos, por ello, de acuerdo con la posición de la Fiscalía Nacional del ministerio público que en su Instructivo N° 11 expresa una opinión contraria a la aquí defendida (cfr. Fiscalía Nacional del ministerio público, *Reforma Procesal Penal*, cit., pp. 147 y ss.).

tenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes (art. 108 incisos 2º y 3º CPP). Estimamos que esta regla opera excluyendo las categorías inferiores *al momento de producirse la intervención* de una de ellas. En consecuencia, dicha regla no significa que deba prevalecer la prerrogativa de una persona ubicada en una categoría superior *que no haya ejercido oportunamente su derecho*. Así, si hace valer su calidad de víctima la conviviente del occiso al momento de iniciarse el procedimiento, no se ve por qué razón hubiera de ser excluida por el solo hecho que más tarde solicitase su intervención la cónyuge del mismo. Piénsese que podría darse el supuesto que la cónyuge quisiera intervenir mucho tiempo después del inicio del procedimiento penal, pudiendo originarse conflictos insalvables entre las pretensiones y actuaciones realizadas por la primera y las que desease emprender la segunda.³⁶⁰

La norma que restringe el concepto de víctima para efectos procesales penales encuentra su fundamentación en la necesidad de evitar la intervención simultánea de diversas personas, muchas veces con intereses diferentes o adversos, en el procedimiento en que se ventila la pretensión *punitiva* del Estado. En efecto, un argumento frecuente para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento o admitirla en forma restringida está vinculado al fuerte debilitamiento que sufriría la posición procesal del imputado por la incorporación de un nuevo acusador, cuando no de varios, situación que afectaría seriamente el principio de igualdad de posiciones o de armas.³⁶¹ Es innegable que ya la intervención de dos órganos

³⁶⁰ Así, por ejemplo, si la conviviente ha ejercido la acción civil a través de la *interposición de la correspondiente demanda* y la cónyuge solicita intervenir en el juicio, etc. Sólo podrán ser discutibles los casos en que la no comparecencia oportuna se debiera a causas no imputables a la persona que alega la preferencia o en que la no intervención fuere, justamente, imputable a quien hizo valer su calidad de víctima en el procedimiento.

³⁶¹ Cfr. MAIER (J.), "La víctima y el sistema penal", cit., p. 217. DAMASKA señala que en los sistemas del *common law* la víctima tiene pocos derechos procesales porque en ellos los niveles importantes del proceso están estructurados como competición de dos partes, de modo que la introducción de un tercer actor en el litigio bipolar puede afectar adversamente los incentivos requeridos para sustentarlos. A mayor componente adversarial, la intervención de la víctima en el proceso sólo causa serias fricciones (*Las caras de la justicia y el poder del Estado*, cit., pp. 344-345).

estatales en la persecución penal, el ministerio público auxiliado por la policía, ambos provistos de ingentes recursos humanos, materiales y técnicos, produce una desigualdad *de facto* entre las partes del proceso que debe ser corregida jurídicamente.

Así, por ejemplo, suele establecerse el deber del ministerio público de poner toda la información y antecedentes de cargo a disposición del imputado antes de la apertura del juicio (*discovery*) o la obligatoriedad de la defensa técnica, incluso provista por el Estado, en ciertas actuaciones decisivas del procedimiento. Por otro lado, y desde un punto de vista material, el acusador debe vencer el enorme obstáculo jurídico que supone la carga de la prueba y la superación de un exigente estándar de convicción. En efecto, conforme al artículo 340 CPP, el tribunal sólo podrá dictar sentencia condenatoria cuando adquiera la convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la existencia del hecho punible objeto de la acusación y de la participación culpable en él del acusado.

Por eso, la intervención del ofendido en el procedimiento penal agrava un desequilibrio existente y cuando es aceptada suelen establecerse restricciones a la misma.

2.3.2. *El perjudicado civil*

Por otro lado, es importante distinguir el concepto de víctima o sujeto pasivo del delito con el concepto de víctima a que da origen la responsabilidad civil, que está en la base de la acción civil que puede deducirse dentro del procedimiento penal.

En efecto, en materia de responsabilidad civil se ha entendido que una persona es responsable cuando está sujeta a la obligación de reparar el *daño* sufrido por otra, que puede considerarse víctima civil. En derecho civil, esta obligación se cumple mediante la indemnización de perjuicios. El daño es la esencia de la responsabilidad extracontractual y, a diferencia de la penal, que exige como presupuesto la tipicidad del comportamiento o que admite el castigo de acciones de puesta en peligro del bien jurídico, sin daño no hay responsabilidad civil. En consecuencia, el objeto de la acción de responsabilidad civil consiste en la reparación pecuniaria de ciertos daños, de

modo que sus consecuencias patrimoniales sean soportadas por quien los causa.³⁶²

De allí que sea necesario diferenciar la víctima (penal) del perjudicado (civil) que ha sufrido daño con el comportamiento antijurídico de un tercero. En efecto, de la comisión de un ilícito penal *puede* surgir la obligación de reparar los daños patrimoniales ocasionados por el hecho punible. Sin embargo, las personas perjudicadas sólo civilmente por el delito, esto es, que no fueren al mismo tiempo víctimas en el sentido de la ley procesal penal no podrán intervenir en el procedimiento penal para obtener la reparación del daño sufrido. El artículo 59 inciso 3º CPP establece que con la sola excepción indicada en el inciso primero del precepto legal señalado, que se refiere a la acción civil interpuesta para obtener la restitución de la cosa objeto del delito, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible cuya titularidad corresponda a personas distintas de la víctima deberán plantearse ante el tribunal civil competente conforme a las reglas generales. La misma regla se hace aplicable a las acciones civiles que quisiesen intentarse en contra de personas distintas del imputado, como el tercero civilmente responsable.³⁶³

El fundamento político-jurídico de esta decisión es evitar que con la interposición y ventilación de una pluralidad de acciones civiles dentro del proceso penal, éste se prolongue excesivamente perjudicando el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable.³⁶⁴

2.3.3. *La colectividad como víctima*

Junto al concepto tradicional de víctima, identificado con la idea de persona que sufre el daño directo que produce el delito, se ha ido incorporando progresivamente el concepto de víctima en

³⁶² BARROS B. (E.), *Curso de derecho de obligaciones: responsabilidad extracontractual*, texto mecanografiado, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2001, p. 1.

³⁶³ El régimen de la acción civil en el proceso penal se tratará en el Tomo II de esta obra.

³⁶⁴ Sobre la situación en el derecho comparado, vid. ESER (A.), "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", cit., pp. 15 y ss.

un sentido colectivo, esto es, el conjunto de personas que pueden verse afectadas o son perjudicadas en sus intereses o bienes sociales por la comisión de un delito.

Es así como ha comenzado a acuñarse el término de *bienes jurídicos colectivos* para designar aquellos bienes que dicen relación con el funcionamiento del sistema social, pero que están al servicio o en una relación instrumental de protección con los bienes que conforman la base de existencia del mismo, esto es, los individuales o microsociales. Tales son, por ejemplo, la salud pública, la seguridad social o colectiva, la seguridad del tráfico económico y financiero, todos ellos bienes puestos al servicio de la salud individual, la seguridad individual, el patrimonio, etc.³⁶⁵ Para la configuración típica de los delitos que afectan dichos bienes jurídicos el legislador suele utilizar la técnica de los delitos de peligro, más comúnmente de peligro abstracto que, como sabemos, implican una presunción de derecho del peligro para el bien jurídico.³⁶⁶ Las críticas de la doctrina a esta forma de tipificación apuntan a que ella constituye una vulneración al principio de lesividad y de culpabilidad.³⁶⁷ En el caso de los delitos de peligro abstracto no es posible identificar una víctima concreta; sólo existen víctimas *potenciales*. Esta hipótesis debe distinguirse de aquella en que el delito afecta a una pluralidad de personas concretas, es decir, tiene un efecto masivo o difundido (delito masa). En este último caso todos los ofendidos por el delito se encuentran legitimados para intervenir en el proceso penal; sin embargo, para evitar la desigualdad que puede producirse con respecto a la defensa suele plantearse la denominada *unificación procesal de los litis consortes*, esto es su sometimiento a una representación única, para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado.

³⁶⁵ BUSTOS (J.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, pp. 223 y ss.

³⁶⁶ Vid. POLITOFF (S.), *Derecho Penal*, tomo I, Ed. Conosur, Santiago, 1997, p. 234.

³⁶⁷ POLITOFF (S.), *Derecho Penal*, cit., pp. 235-236. Señala que los delitos de peligro abstracto son de peligro *presunto*. Citando a BETTIOL expresa que "como se trata de una presunción *juris et de iure*, procede castigar en estos casos ya sea que exista o no un peligro concreto". Ello contradice, a su juicio, el principio *nulla pena sine iniuria* y, en rigor, también la prohibición constitucional de las prohibiciones de derecho de la responsabilidad penal contenida en el artículo 19 N° 3 inciso 6° CPR.

El Código no prevé expresamente la posibilidad de intervención, en calidad de víctima, de personas, instituciones o asociaciones intermedias que representen intereses colectivos afectados por un delito. Sin embargo, y conforme lo dispuesto en el artículo 111 CPP, no cabe duda de que tales instituciones podrán interponer querrela en tales casos aunque, en sentido estricto, no sean portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado. Este mecanismo también podría constituir una solución adecuada para el caso de intervención de pluralidad de ofendidos en el procedimiento penal.

El Estado como tal sólo podrá intervenir *en calidad de víctima o querellante* en el procedimiento penal, cuando se afecten intereses patrimoniales del fisco, correspondiendo a los organismos estatales encargados de su representación el ejercicio de los derechos correspondientes. En tal situación se encuentran, por ejemplo, el Consejo de Defensa del Estado, el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio de Aduanas, quienes podrían intervenir, por ejemplo, en el caso de delitos de fraude al fisco, tributarios y aduaneros, respectivamente.

2.4. DERECHOS DE LA VÍCTIMA

La víctima puede intervenir en el procedimiento penal sin necesidad de conferir patrocinio y poder a un abogado ni constituirse en parte querellante. Por ello, el ministerio público cuenta con una División de Atención a las Víctimas y Testigos, la que debe informar a la víctima de sus derechos en el procedimiento y asistirle en todas las actuaciones del mismo.

Las víctimas tienen, entre otros, los siguientes derechos:³⁶⁸

- a) A solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;

³⁶⁸ Una regulación de la forma en que deben cautelarse tales derechos es materia del Instructivo N° 11, de 12 de octubre de 2000, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo CPP, emanado de la Fiscalía Nacional del ministerio público.

- 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.

La ley establece una limitación absoluta para el ejercicio de los derechos precedentemente señalados: ellos no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondan en tal calidad (art. 109 CPP).

3. EL QUERELLANTE

3.1. CONCEPTO

Querellante es la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, así como las personas que se individualizan en el artículo 111 incisos 2º y 3º CPP, que al interponer querella en el procedimiento penal y mientras ella se encuentre vigente tienen los derechos y facultades que la ley procesal penal les acuerda.

El inciso 2º del artículo 111 CPP establece que se podrá querellar “cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, 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”. En el inciso 3º del mismo precepto legal se amplía la posibilidad de interponer querella a “cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto”.

Abolida, en general, la acción popular por inoperante³⁶⁹ se tiende a limitarla a aquellos casos en que se ven afectados intereses colectivos o difusos. Surge el concepto de *acción colectiva* o de *querellante colectivo* con el fin de que no sólo las personas individuales puedan asumir el papel de acusadores sino también las instituciones, fundaciones o asociaciones de ciudadanos. El derecho comparado admite dos casos de acción colectiva: la que se concede frente a la afcción de bienes jurídicos colectivos (calidad del consumo, medio ambiente, seguridad social, etc.) y las que surgen a solicitud de la víctima, cuando se considere vulnerable o especialmente desprotegida (maltrato femenino o infantil, abusos y agresiones sexuales, etc.).

El Código adopta el primer criterio señalado, utilizándolo ya en un sentido amplio (“intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto”) o ya en un sentido restringido u objetivado. Esto último ocurre en delitos de gran trascendencia pública, como el terrorismo, la corrupción (“delitos contra la probidad pública”) o los crímenes contra la humanidad (“delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución”).

Se plantean dos requisitos para interponer la querella en estos casos. El primero, de índole *procesal*, es común a todos los casos de interposición de querella y consiste en la capacidad de parecer en juicio. El segundo, de índole *territorial*, plantea la exigencia de una vinculación estable con el quehacer de la región o la provincia (el domicilio), a fin de que este mecanismo sea utilizado debidamente y no para fines extraños al mismo.

3.2. CLASES DE QUERELLANTE

En el derecho comparado es posible distinguir tres clases de participación del querellante en el procedimiento penal: el querellante *conjunto adhesivo*, el querellante *conjunto autónomo*,³⁷⁰ cuya

³⁶⁹ Según BINDER, “porque tiende a ser una atribución tan difusa que, porque todos la tienen, nadie la ejerce” (*Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 329).

³⁷⁰ Hemos seguido la terminología empleada por BINDER (*Introducción al derecho procesal penal*, cit., pp. 327 y ss.).

intervención se plantea en los delitos de acción penal pública y el querellante *privado*, en los delitos de acción penal privada. En las dos primeras, el querellante interviene en el proceso junto con el ministerio público; sus diferencias radican en el grado de autonomía que tienen respecto del acusador público. Por el contrario, el querellante privado tiene el dominio exclusivo de la persecución penal de ciertos delitos.

3.2.1. *Querellante conjunto adhesivo*

Una de las formas en que el ofendido puede participar en el procedimiento por delito de acción penal pública es como colaborador y control externo del ministerio público. La ley penal legitima su intervención en tanto coadyuvante del acusador público, privándolo de toda posibilidad de actuación autónoma del mismo. Su intervención es, en consecuencia, siempre accesorio de la persecución penal oficial. Así, si el fiscal no acusa o no interpone recursos en contra de la sentencia, al querellante adhesivo le está vedado hacerlo. En cuanto control externo del ministerio público se encuentra autorizado para desencadenar mecanismos de control judicial o administrativo jerárquico cuando aparezca comprometida la legalidad de alguna actuación del acusador oficial.

En el Proyecto de CPP Modelo para Iberoamérica se propone, de modo principal, la solución de la querrela por adhesión.³⁷¹ El querellante adhesivo sólo puede adherir a la acusación del ministerio público, señalar sus vicios para que sean corregidos, objetarla porque no incluye a algún imputado u omite alguna circunstancia relevante; puede oponerse a la solicitud de sobreseimiento o clausura del procedimiento solicitando que se lo obligue a acusar y el tribunal competente del procedimiento intermedio resuelve tal solicitud. El recurso de casación contra la sentencia o contra una resolución que pone fin al procedimiento o hace imposible su prosecución interpuesto por el querellante adhesivo determina un control administrativo interno del ministerio público cuando el fiscal a cargo del caso no lo haya inter-

³⁷¹ Cfr. artículos 269 y 339 del mismo.

puesto por su parte o, si habiéndolo efectuado, el recurso es menos amplio que el de aquél.

Como veremos a propósito del examen del querellante conjunto autónomo, la opción por una u otra institución es una cuestión central en la configuración del modelo de persecución penal de los delitos.

3.2.2. *Querellante conjunto autónomo*

A diferencia del querellante adhesivo, este acusador tiene atribuciones semejantes a las del ministerio público y las ejerce de modo paralelo y autónomo. La consecuencia más radical de este planteamiento es que el querellante puede acusar aunque el ministerio público no lo haga; en efecto, posee “plena autonomía no sólo formal sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal), ejercida también por él, sin limitación alguna”.³⁷²

Si el Estado conserva la pena estatal y la persecución penal pública, pareciera que la querrela adhesiva es la única compatible con esta configuración del sistema penal y, también, la más adecuada para evitar una desproporción intolerable en la posición de las partes en el procedimiento, con evidente perjuicio para los derechos defensivos del imputado. La admisión de un querellante conjunto con plena autonomía respecto del acusador público significa convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en uno semejante al de acción penal privada, lo que implica contravenir la previa decisión legislativa de que corresponde la persecución penal al Estado. El diseño institucional del procedimiento debe hacerse cargo de las cuestiones planteadas de un modo coherente.³⁷³

Por otra parte, y mientras se mantenga la persecución penal pública, la intervención de un querellante conjunto autónomo impide superar los inconvenientes y objeciones que plantea la existencia de dos acusadores en el procedimiento penal, es-

³⁷² MAIER (J.), “La víctima y el sistema penal”, cit., p. 235.

³⁷³ Sobre las objeciones a la privatización de la persecución penal pública, vid. supra, III.E.2.1. Sostiene con fuerza la figura del querellante conjunto autónomo, BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, cit., pp. 328-329.

pecialmente cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad.³⁷⁴

3.2.3. *Querellante privado*

Es acusador exclusivo y excluyente en los denominados delitos de acción penal privada, máxima expresión de la privatización de la persecución penal, aunque constituye una excepción de reducida extensión en las legislaciones que la contemplan. Se plantea en aquellos casos en que el componente de interés privado prevalece sobre el interés público al castigo, lo que permite que la autonomía de la voluntad y el poder de decisión del ofendido jueguen un papel preponderante en el inicio, desarrollo y desenlace del procedimiento. Es consustancial a la acción penal privada la posibilidad de renuncia o desistimiento de la querrela, la conciliación pone término al procedimiento y la inactividad del querellante, demostrativa de escaso interés en la persecución, determina generalmente el abandono de la acción y el sobreseimiento definitivo de la causa.

Las acciones penales privadas suelen estar vinculadas a delitos de escasa gravedad o en que la afección al bien jurídico es insignificante, por lo que su persecución penal se deja entregada a la voluntad del titular del bien vulnerado.³⁷⁵ Tratándose de delitos más graves, que se refieren al ámbito íntimo de la persona (injurias, calumnia), la persecución penal pública puede agravar el perjuicio o daño ocasionado por el ilícito, por lo que se los configura ya como delitos de acción penal privada o, al menos, dependientes de instancia particular, a fin que el ofendido manifieste expresamente su voluntad de iniciar el procedimien-

³⁷⁴ MAIER (J.), "La víctima y el sistema penal", cit., p. 237. Este autor propone como alternativa, y en el marco de la tendencia político-criminal que confiere protagonismo a la víctima en el sistema penal, que el ofendido pueda formar parte, accidentalmente, de la organización del ministerio público pudiendo confiárselo, judicialmente o por intermedio del propio ministerio público, la persecución oficial del caso en el cual interviene. Esta opción invertiría su papel pues quedaría sujeto al control del órgano estatal (p. 248).

³⁷⁵ WEIGEND (T.), "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren", en *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, N° 96, 1984, pp. 776 y ss.

to. Lo mismo puede ocurrir en el ámbito de la violación de secretos, cuya ventilación pública pudiera significar un desmedro mayor para el ofendido, aunque la mayor preponderancia del interés público sobre el privado suele determinar su tratamiento conforme a las reglas de los delitos de acción pública previa instancia particular.

3.2.4. *La regulación en el Código Procesal Penal*

En el ámbito de los delitos de acción penal pública, el Código contempla la figura del querellante conjunto adhesivo, aunque con un poder especialmente intenso en relación al forzamiento de la acusación.

En efecto, siguiendo el modelo del CPP modelo para Iberoamérica, el Código mantuvo la institución del querellante particular existente ya en el sistema vigente con anterioridad a la reforma, introduciéndole ciertas facultades que han reforzado su posición dentro del procedimiento. Esta circunstancia viene determinada, en gran medida, por los objetivos político-criminales declarados de la reforma, uno de los cuales era conferir un mayor protagonismo a la víctima en el procedimiento penal y en la resolución del conflicto penal. Por ello, no fue excesivamente problemática la decisión de privatizar la persecución penal pública en caso de forzamiento de la acusación por parte del querellante. Asimismo, el querellante particular posee la facultad de intervenir activamente en el procedimiento penal y, en general, adherir a la acusación del fiscal o presentar una particular,³⁷⁶ ofrecer y presentar prueba en el juicio, interponer recursos, etc. Las mismas atribuciones tiene el querellante en los delitos de acción penal pública previa instancia particular, esto es, aquellos en que se exige, para poder iniciar el procedimiento, la existencia de una denuncia del ofendido a la justicia, el ministerio público o a la policía (art. 54 CPP).

En el ámbito de los delitos de acción penal privada, el querellante tiene la carga de la persecución penal, pues no inter-

³⁷⁶ La diferencia esencial con el querellante conjunto autónomo es que la acusación particular del querellante chileno presupone la del fiscal. La alternativa, como sabemos, es el procedimiento de forzamiento de la acusación.

viene el ministerio público, y debe iniciar el procedimiento por delito de acción privada previsto en el Título II del Libro IV del CPP. Todo el impulso procesal recae sobre sus hombros, y su inactividad o pasividad conduce, por regla general, al sobreseimiento definitivo de la causa (arts. 401 inciso 1º y 402 CPP). La excepción está constituida por la hipótesis contenida en el inciso 2º del artículo 401 CPP cuando prescribe que "...una vez iniciado el juicio, no se dará lugar al desestimamiento de la acción privada, si el querellado se opusiere a él".

La oportunidad y requisitos para la interposición de la querrela, los controles a que da lugar, y los efectos del desestimamiento y el abandono de la misma serán tratados a propósito del estudio del procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública³⁷⁷ y del procedimiento por acción penal privada.³⁷⁸

³⁷⁷ Vid. infra, VII. B.3.3.

³⁷⁸ Tomo II de esta obra.

IV. DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO PENAL

1. GENERALIDADES

Bajo el título “Actividad procesal”, el título II del Libro I del Código de Procedimiento Penal contiene un conjunto de disposiciones que habitualmente se agrupan bajo la denominación de *disposiciones comunes a todo procedimiento penal*.

Se trata de un conjunto de reglas de carácter general, que se refieren principalmente a la forma y oportunidad de los actos procesales que se desarrollan a lo largo del procedimiento penal.

A continuación revisaremos estas reglas, sin otra pretensión que la de sistematizar las disposiciones que al efecto se encuentran incorporadas en el Código Procesal Penal.

2. REGLAS SUPLETORIAS

Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en el Código o en otras leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil (art. 52 CPP).

Lo anterior significa que las normas del CPC relativas a notificaciones, actuaciones judiciales, incidentes, resoluciones judiciales y costas, entre otras, son aplicables en principio al Código Procesal Penal, siempre que no exista en éste o en alguna otra ley una regla especial diversa.

Sin perjuicio de que existen diversas normas especiales relativas a estas materias dispersas en el CPP, el título II del Libro I

contiene reglas comunes a todo procedimiento penal, con respecto a las siguientes materias:

- 1º) Plazos;
- 2º) Comunicaciones entre autoridades;
- 3º) Comunicaciones y citaciones del ministerio público;
- 4º) Notificaciones y citaciones judiciales;
- 5º) Resoluciones y otras actuaciones judiciales;
- 6º) Registro de las actuaciones judiciales, y
- 7º) Costas.

A dichas normas nos referiremos a continuación, en este mismo orden.

3. PLAZOS

En el procedimiento penal, la validez de los actos procesales no se encuentra, en general, condicionada por la existencia de períodos de tiempo inaptos para llevarlos a cabo, como sucede, por el contrario, en el procedimiento civil (art. 59 CPC). En principio, entonces, todos los días y horas son hábiles para las actuaciones del procedimiento penal (art. 14 inc. 1º CPP).¹

Consecuentemente, cuando el CPP establece límites temporales para la realización de dichos actos, se trata de plazos de días corridos, esto es, no se suspenden por la interposición de días feriados (art. 14 CPP). No obstante, la ley establece una ampliación automática de los plazos de días concedidos a los intervinientes cuando éstos vencieren en día feriado. En estos casos, por el solo ministerio de la ley, el plazo se considera ampliado hasta las 24 horas del día hábil siguiente (art. 14 inciso 2º CPP).

Los plazos establecidos por el CPP son fatales e improrrogables, a menos que se indique expresamente lo contrario (art. 16 CPP).

El carácter fatal de los plazos, a diferencia de lo que sucede en materia procesal civil (art. 64 CPC), afecta tanto a los plazos

¹ La norma anterior debe entenderse, como hemos dicho, sin perjuicio de la consideración de normas especiales como la que, por ejemplo, establece que la orden de entrada y registro debe cumplirse en el tiempo que media entre las seis y las veintidós horas (art. 207 CPP).

establecidos para actuaciones de los intervinientes como aquellos establecidos para actuaciones propias del tribunal. La historia de la ley es clara en este sentido.²

La fatalidad general de los plazos reconoce una excepción en la posibilidad de solicitar un nuevo plazo, cuando, por un hecho que no le fuere imputable, por defecto en la notificación, por fuerza mayor o por caso fortuito, algún interviniente se hubiere visto impedido de ejercer un derecho o desarrollar una actividad dentro del plazo establecido por la ley. En este caso, la solicitud de nuevo plazo se debe dirigir al tribunal dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere cesado el impedimento, pudiendo el tribunal conceder un nuevo plazo hasta por el mismo período del plazo original (art. 17 CPP). Como se observa, se trata de un verdadero incidente de entorpecimiento, establecido con carácter general para el procedimiento penal.

El carácter improrrogable de los plazos se aplica exclusivamente a los plazos legales, mas no así a los plazos judiciales, que se rigen por la disposición general del art. 67 CPC. Lo anterior implica que los plazos judiciales pueden ser prorrogados siempre que dicha prórroga se pida antes del vencimiento del plazo y se alegue justa causa, la que será apreciada por el tribunal prudencialmente.

Los plazos de horas establecidos por el CPP comienzan a correr inmediatamente después de ocurrido el hecho que fijare su iniciación, sin interrupción (art. 15 CPP).

El CPP consagra de manera explícita la renunciabilidad del plazo, total o parcialmente, por manifestación expresa. Si se tra-

² La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado rechazó una indicación de los senadores señores Bombal, Larraín, Stange y Urenda para agregar a este artículo la oración: "Los plazos no son fatales para actuaciones propias de los órganos excepcionales, con la salvedad de las excepciones previstas en este Código". El Informe de esta Comisión reza al respecto: "La Comisión estimó preferible mantener la regla general que da carácter de fatales a todos los plazos, incluso para los órganos jurisdiccionales, por cuanto hay plazos para el tribunal, como por ejemplo el que dispone para pronunciar sentencia, cuyo incumplimiento puede acarrear efectos considerables respecto del procedimiento. Además, tal regla admite excepciones en aquellos casos en que la propia ley prevea un régimen diferente". Boletín N° 1.630-07, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal (arts. 19 y 20).

tare de un plazo común, la abreviación o renuncia requieren el consentimiento de todos los intervinientes y la aprobación del tribunal (art. 18 CPP).

4. REQUERIMIENTOS, COMUNICACIONES, NOTIFICACIONES Y CITACIONES

Los actos de comunicación que pueden tener lugar en el procedimiento penal, pueden emanar del ministerio público, con el objeto de dar curso a la persecución penal, o del tribunal, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Entre los primeros, el CPP menciona y regula los *requerimientos*, las *comunicaciones* y las *citaciones del ministerio público*. Entre los segundos, el CPP se refiere a los *requerimientos*, las *notificaciones* y las *citaciones judiciales*.

Todos estos actos se encuentran regulados en párrafos separados designados con los números 2º, 3º y 4º en el Título II del Libro I del CPP. Una sistematización en paralelo de estos actos nos llevará a estudiarlos en conjunto, distinguiendo en cada caso las particularidades que asume, dependiendo de la autoridad de la cual emanan.

4.1. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

El *requerimiento de información* es un acto de comunicación común tanto al ministerio público como a los tribunales con competencia penal.

Consiste en la solicitud e información que el ministerio público y los tribunales con competencia penal pueden formular a todas las autoridades y órganos del Estado, quienes están obligados por ley a proporcionarla sin demora (art. 19 CPP).

La historia de la ley evidencia que el término *requerimiento* fue preferido al término *solicitud* para reforzar el carácter obligatorio de la entrega de información por parte de la autoridad requerida.³

³ PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, art. 19, pp. 38 y ss.

El requerimiento debe contener los antecedentes necesarios para su adecuada comprensión, a efectos de lo cual la ley se limita a mencionar que contendrá la fecha y lugar de expedición, los antecedentes necesarios para su cumplimiento, el plazo que se otorgare para que se llevare a efecto y la determinación del fiscal o tribunal requirente (art. 19 inc. 1º CPP). La historia de la ley evidencia la intención legislativa de desformalizar al máximo este acto, a efectos de lo cual se rechazó la propuesta de que éste se efectuara a través de un oficio.⁴ El mismo espíritu quedó reflejado en la ley al disponer ésta que la comunicación mencionada puede realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente (art. 21 CPP).

El CPP contempla un mecanismo tendiente a resolver las controversias originadas por las eventuales negativas de entregar información por parte de las autoridades requeridas, fundadas en el carácter secreto de la información.

Para estos efectos, dispone el art. 19 que tratándose de informaciones o documentos que en virtud de la ley tuvieren carácter secreto, el requerimiento debe responderse observando las prescripciones de la ley respectiva, si las hubiere, y, en caso contrario, adoptándose las precauciones que aseguren que la información no será divulgada (art. 19 inc. 2º CPP).

Si la autoridad requerida retarda el envío de los antecedentes solicitados o se niega a enviarlos, a pretexto de su carácter secreto o reservado y el fiscal estima indispensable la realización de la actuación, debe remitir los antecedentes al fiscal regional, quien, si compartiere esa apreciación, solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva que, previo informe de la autoridad de que se tratare, recabado por la vía que considere más rápida, resuelva la controversia. La Corte adoptará esta decisión en cuenta. Si fuere el tribunal el que requiriere la información, debe formular dicha solicitud directamente ante la Corte de Apelaciones (art. 19 inc. 3º CPP).

Si la razón invocada por la autoridad requerida para no enviar los antecedentes solicitados fuere que su publicidad pudiere afectar la seguridad nacional, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema (art. 19 inc. 4º CPP).

⁴ PFEFFER, cit., art. 19, pp. 38 y ss.

Aun cuando la Corte llamada a resolver la controversia rechazare el requerimiento del fiscal, por compartir el juicio de la autoridad a la que se hubieren requerido los antecedentes, puede ordenar que se suministren al ministerio público o al tribunal los datos que le parecieren necesarios para la adopción de decisiones relativas a la investigación o para el pronunciamiento de resoluciones judiciales (art. 19 inc. 5º CPP).

Las resoluciones que los ministros de Corte pronuncien para resolver estas materias no los inhabilitarán para conocer, en su caso, los recursos que se dedujeren en la causa de que se tratare (art. 19 inc. final CPP).

4.2. SOLICITUDES ENTRE TRIBUNALES

Las *solicitudes entre tribunales* constituyen, al tenor del art. 20 CPP, una forma especial de requerimiento planteada entre órganos jurisdiccionales, y tiene lugar cuando el requirente necesite la realización de alguna diligencia dentro del territorio jurisdiccional del requerido.

La solicitud respectiva no requiere más menciones que la indicación de los antecedentes necesarios para la cabal comprensión de la solicitud y las propias de todo *requerimiento*.

La ley prevé también para este caso un mecanismo para resolver las eventuales controversias originadas por el rechazo del requerido al cumplimiento del trámite o diligencia, o por el transcurso del plazo fijado para su cumplimiento sin que éste se produjere. En estos casos, el tribunal requirente puede dirigirse directamente al superior jerárquico del primero para que ordene, agilice o gestione directamente la petición (art. 20 CPP).

Al igual que en el caso de los requerimientos, la ley establece que la comunicación puede realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente (art. 21 CPP).

4.3. NOTIFICACIONES

Las *notificaciones* constituyen el acto de comunicación a través del cual el tribunal pone en conocimiento de los intervinien-

tes o de terceros la dictación de una resolución judicial. Se trata de un acto de comunicación privativo del órgano jurisdiccional, razón por la cual tiene, en el CPP, un tratamiento diferenciado de las *comunicaciones* que puede efectuar el ministerio público.

En el procedimiento penal, las notificaciones que hubiere de practicarse a los intervinientes se rigen, en principio, por las normas contempladas en el Título VI del Libro I del Código de Procedimiento Civil (art. 32 CPP).

No obstante lo anterior, el párrafo 4º del Título II del Libro I CPP contiene, entre las normas comunes a todo procedimiento penal, reglas especiales en las siguientes materias:

4.3.1. *Funcionarios habilitados para practicar las notificaciones*

Las notificaciones de las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento penal se deben realizar por los funcionarios del tribunal que hubieren expedido la resolución, que hubieren sido designados para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal (art. 24 inc. 1º CPP).

Excepcionalmente, el tribunal puede ordenar que una o más notificaciones determinadas se practiquen por otro ministro de fe o, en casos calificados y por resolución fundada, por un agente de la policía (art. 24 inc. 2º CPP).

4.3.2. *Forma de las notificaciones*

La remisión del art. 32 CPP implica que las formas de notificación establecidas por el CPC son plenamente aplicables al procedimiento penal, sin perjuicio de lo cual, en este tipo de procedimientos, el tribunal puede decretar cualquiera otra que resulte suficientemente eficaz y no cause indefensión (art. 31 CPP).

De esta manera, puede decirse que en el procedimiento penal existen las siguientes formas de notificación de las resoluciones judiciales:

- Notificación personal (arts. 40 y 44 CPC);

- Notificación por cédula (art. 48 CPC);
- Notificación por el estado diario (art. 50 CPC);
- Otras formas de notificación (art. 31 CPP).⁵

4.3.2.1. Notificación personal

La notificación personal es la forma más perfecta de comunicación de una resolución judicial. Se debe emplear en todos los casos en que la ley expresamente lo dispone, cuando la ley imponga la notificación a alguna persona para la validez de ciertos actos o cuando los tribunales lo ordenen expresamente. Puede, además, emplearse en todos los casos en que la ley requiere una forma menos perfecta de notificación (art. 47 CPC).

La ley regula tres formas de notificación personal que se diferencian no sólo por la hipótesis que la hace procedente sino también por la forma en que se practica. Ellas son las siguientes:

4.3.2.1.a. Primera notificación

La notificación personal es la forma en que se practica la primera notificación a la parte o persona a quien haya de afectar sus resultados, y debe hacerse mediante la entrega personal de ciertos antecedentes escritos (art. 40 CPC). Estos antecedentes consisten en la copia íntegra de la resolución de que se tratare, con la identificación del proceso en el que recayere y, en su caso, de los antecedentes adicionales que la ley expresamente ordenare agregar o que el juez estimare necesario para la debida información del notificado o para el adecuado ejercicio de sus derechos (art. 25 CPP).

En el procedimiento penal, la notificación personal es, por ejemplo, la forma en que se debiera citar judicialmente al imputado a la audiencia de formalización de la investigación, cuando no hubiere existido una orden de detención previa.

Cuando la persona a quien debe notificarse no es habida después de haber sido buscada en dos días distintos en su habi-

⁵ El proyecto del Ejecutivo incorporaba en sus artículos 28, 30 y 34, normas específicas relativas a la notificación personal, personal subsidiaria, por cédula y por el estado diario. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado eliminó estas disposiciones por innecesarias, considerando que la remisión al CPC era suficiente.

tación, o en el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo, la notificación personal puede efectuarse, subsidiariamente, en la forma prevista por el art. 44 CPC. Lo anterior implica que la notificación se efectúa entregando las copias antes mencionadas a cualquier persona adulta que se encuentre en la morada o en el lugar donde la persona que se va a notificar ejerce su industria, profesión o empleo; o si nadie hay allí, o por cualquier otra causa no es posible entregar dichas copias de esa manera, fijándolas en la puerta (arts. 44 CPC y 25 CPP).

La primera notificación al querellante o denunciante no requiere de notificación personal, conforme a lo dispuesto por las normas del CPC. Debiendo entenderse que éstos tienen la calidad de actor, para los efectos del art. 40 CPC, la forma en que se les practica la primera notificación es la notificación por el estado diario (art. 40 inc. 2º CPC).

4.3.2.1.b. Notificación al imputado privado de libertad (art. 29 CPP)

La notificación personal es también la forma de notificación que se aplica a aquellas que debieren realizarse al imputado privado de libertad (art. 29 CPP).

Esta modalidad de notificación personal presenta particularidades de forma y lugar en relación con la notificación personal que son las siguientes:

1º) La notificación personal al imputado privado de libertad no admite su substitución por la forma de notificación personal subsidiaria del art. 44 CPP. Así se desprende, a nuestro modo de ver, de la exigencia de que la notificación se haga “en persona” al tenor del art. 29 CPP.

2º) La notificación se debe practicar, por regla general, en el establecimiento o recinto en que permaneciere privado de libertad el imputado, aunque éste se hallare fuera del territorio jurisdiccional del tribunal. Corresponde realizar la notificación a cualquier funcionario del establecimiento bajo la responsabilidad del jefe del mismo (art. 29 inc. 1º CPP). Sólo excepcionalmente el tribunal puede disponer, por resolución fundada, que la notificación de determinadas resoluciones al imputado priva-

do de libertad sea practicada en el recinto en que funcione el tribunal (art. 29 inc. final CPP).

3º) La notificación se practica mediante la entrega al imputado del texto de la resolución respectiva y de cualquier otro antecedente que el tribunal haya estimado relevante. Tanto la resolución como dichos antecedentes pueden haber sido remitidos al efecto por el tribunal por cualquier medio de comunicación idóneo, tales como fax, correo electrónico u otro (art. 29 inc. 1º CPP). Si el imputado no supiere o no pudiere leer, la resolución debe serle leída por el funcionario encargado de notificarla (art. 29 inc. 2º CPP).

4.3.2.1.c. Notificación en audiencia

Una forma de notificación personal especial contemplada en el CPP y consistente con el principio de oralidad, es la notificación de las resoluciones pronunciadas en audiencias judiciales, las que se entienden notificadas a los intervinientes que hubieren asistido a las mismas por el solo hecho de su dictación (art. 30 CPP). Aunque lo mismo se observa respecto de los intervinientes que *hubieren debido asistir* y no lo hubieren hecho, es evidente que en este último caso no nos encontramos propiamente ante una forma de notificación, sino ante una sanción procesal motivada por la incomparecencia.

La notificación en audiencia presenta, respecto de la notificación personal, la particularidad de que no requiere la entrega de antecedentes escritos, sino que se perfecciona por la sola comunicación oral de la resolución. No obstante lo anterior, la ley reconoce a los interesados el derecho a pedir copias de los registros en que constaren estas resoluciones (art. 30 inc. final CPP).

De estas notificaciones se debe dejar constancia en el estado diario, pero su omisión no invalida la notificación (art. 30 inc. 1º CPP).

4.3.2.2. Notificación por cédula

La notificación por cédula, aplicable al procedimiento penal por remisión del art. 32 CPP, sólo parece tener cabida en éste cuando se trata de notificar una resolución en que se ordena la

comparecencia personal de las partes, o cuando el tribunal expresamente lo ordene (art. 48 CPC).⁶

El CPP no requiere expresamente la notificación por cédula más que en un solo caso, referente a la notificación de la demanda y de la resolución que en ella hubiere recaído cuando la demanda se presenta dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal (art. 68 CPP).

La notificación por cédula se practica mediante la entrega de cédulas que contengan copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia (art. 48 CPC). Esta norma debe entenderse complementada por la regla especial del art. 25 CPP que ordena incluir la identificación del proceso en que recayere y, en su caso, de los antecedentes adicionales que la ley expresamente ordenare agregar o que el juez estimare necesario para la debida información del notificado o para el adecuado ejercicio de sus derechos (art. 25 CPP).

4.3.2.3. Notificación por el estado diario

La notificación por el estado diario constituye la regla general en materia de notificaciones en el procedimiento penal, conforme a la remisión del art. 32 CPP.

Esto significa que se aplica a todas las notificaciones que no tengan establecidas por ley una regla especial diversa exigiendo la notificación personal o por cédula. Más aún, la notificación por el estado diario puede llegar a ser impuesta, por vía de sanción, en casos en que se hubiere requerido notificación personal o por cédula. Ello sucede en las siguientes hipótesis:

1º) Cuando los intervinientes omitieren, en su primera intervención en el procedimiento, indicar un domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funcionare el tribunal respectivo y en el cual puedan practicárseles las notificaciones posteriores (arts. 26 y 27 CPP).

⁶ Las demás hipótesis del art. 48 CPC no resultan aplicables al procedimiento penal en cuanto no existe en éste una resolución que reciba la causa a prueba ni cabe notificar la sentencia definitiva sino en audiencia.

2º) Cuando los intervinientes omitieren comunicar cualquier cambio de domicilio posterior al señalado originalmente en su primera intervención.

3º) Cuando el imputado omitiere dar cumplimiento a estas obligaciones en el momento de ser puesto en libertad.

4.3.2.4. Otras formas de notificación

El art. 31 CPP establece que cualquier interviniente en el procedimiento podrá proponer para sí otras formas de notificación, que el tribunal podrá aceptar si, en su opinión, resultaren suficientemente eficaces y no causaren indefensión.

Las formas más frecuentemente utilizadas al amparo de esta norma son la notificación vía fax y vía correo electrónico.

4.4. COMUNICACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Las *comunicaciones del ministerio público* constituyen la forma a través de la cual éste pone en conocimiento de los demás intervinientes en el procedimiento alguna actuación o decisión que, por disposición de la ley, esté obligado a comunicar formalmente (art. 22 CPP).

Son, para el ministerio público, el equivalente de lo que las *notificaciones* son para el tribunal.

Las *comunicaciones del ministerio público* no requieren el cumplimiento de ninguna formalidad. La ley dispone que éstas se pueden efectuar, bajo su responsabilidad, por cualquier medio razonable que resultare eficaz (art. 22 inc. 1º CPP).

En todo caso, es de cargo del ministerio público acreditar la circunstancia de haberse efectuado la comunicación.

Si un interviniente probare que por la deficiencia de la comunicación se hubiere encontrado impedido de ejercer oportunamente un derecho o desarrollar alguna actividad dentro del plazo establecido por la ley, podrá solicitar un nuevo plazo, el que le será concedido bajo las condiciones y circunstancias previstas en el artículo 17 CPP (art. 22 inc. 2º CPP).

4.5. CITACIONES JUDICIALES

La *citación judicial* es el acto de comunicación del tribunal mediante el cual se comunica a una persona la orden de que comparezca ante el tribunal para la realización de un acto del procedimiento. Se cumple mediante la notificación de la resolución que ordena la comparecencia del citado (art. 33 CPP).

La citación es un acto formal que debe contener la mención del tribunal ante el cual se debe comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de la comparecencia. Debe asimismo advertir al citado que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que causare y que pueden imponérsele sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible (art. 33 inc. 2º CPP).

El incumplimiento injustificado de la orden de comparecencia conlleva diversas consecuencias: el tribunal puede ordenar que el citado sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, puede ordenar su arresto hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponerles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales. Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le pueden aplicar las sanciones que el art. 287 CPP contempla para quien no asistiere o abandonare injustificadamente la audiencia del juicio oral (art. 33 incs. 3º y 4º CPP).

4.6. CITACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La *citación del ministerio público* es el acto de comunicación que realiza éste cuando en el desarrollo de su actividad de investigación necesitare la comparecencia de una persona ante sí (art. 23 CPP).

No es un acto formal, sino que se puede llevar a efecto por “cualquier medio idóneo” (art. 23 CPP).

La citación del ministerio público es una verdadera orden de comparecencia emanada de éste en su calidad de autoridad de persecución penal pública, toda vez que su incumplimiento autoriza al fiscal para ocurrir ante el juez de garantía a objeto de que éste lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia.

Las personas exceptuadas de la obligación de comparecencia al llamamiento judicial están igualmente exceptuadas de comparecer ante el ministerio público. Por esta razón, la ley dispone que, si su declaración fuere necesaria, el fiscal no puede citarlas, sino que debe solicitar autorización al juez de garantía para interrogarlas en el lugar en que ejercieren sus funciones o en su domicilio, en la forma prevista por el art. 301 CPP (art. 23 inc. 2º CPP).

5. RESOLUCIONES Y OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES

Las funciones jurisdiccionales que el nuevo proceso penal chileno reconoce a los jueces de garantía y a los tribunales de juicio oral en lo penal, se materializan a través de resoluciones y otras actuaciones judiciales, tales como la dirección de audiencias (arts. 132, 229, 266 y 292 CPP) o la recepción de prueba (arts. 191, 280, 296 CPP).

En esta materia, la remisión general del art. 52 CPP a las normas del CPC se encuentra limitada por las siguientes reglas especiales:

5.1. EXIGENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La exigencia de fundamentación de las sentencias como requerimiento impuesto por el derecho al juicio previo, y consagrada a nivel constitucional en el art. 19 Nº 3º inc. 5º CPR y a nivel legal en el art. 1º CPP, ha sido ya analizada precedentemente.⁷

⁷ Vid. supra, II.C.2.2.1.

Fuera del ámbito de la sentencia definitiva, sin embargo, la exigencia de fundamentación aparece también establecida, a nivel legal, respecto de la generalidad de las resoluciones judiciales, como una necesidad de legitimación de las decisiones jurisdiccionales. Aunque la exigencia de fundamentación no es ajena al procedimiento civil (arts. 170 y 171 CPC), el CPP ha reafirmado tal exigencia mediante la incorporación de reglas específicas.

Así, el art. 36 CPP establece que será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite.

La fundamentación de la sentencia no se satisface con referencias meramente formales al hecho de encontrarse cumplidos los estándares legales o a la existencia de antecedentes genéricamente invocados. La ley exige que la fundamentación exprese sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no constituye fundamentación suficiente (art. 36 CPP).

5.2. EXIGENCIA DE INMEDIACIÓN EN LAS RESOLUCIONES Y ACTUACIONES JUDICIALES

Hemos estudiado ya el principio de inmediación como parte integrante del derecho al juicio oral.⁸ El principio se extiende, sin embargo, por disposición legal, a todas las actuaciones que la ley pone a cargo de un órgano jurisdiccional, en cualquiera de las etapas del procedimiento penal.

Así, el art. 35 CPP establece que la delegación de funciones en empleados subalternos para realizar actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez producirá la nulidad de las mismas.

⁸ Vid. *supra*, II.C.2.3.2.1.

5.3. PLAZOS GENERALES PARA DICTAR RESOLUCIONES JUDICIALES

La regla general del art. 38 CPP distingue entre resoluciones recaídas en las cuestiones debatidas en una audiencia y las presentaciones escritas de los intervinientes.

Las primeras deben ser resueltas *en la audiencia*. La resolución deberá ser inmediata o podrá diferirse para el final de la audiencia, según cual sea la naturaleza de la cuestión debatida en cada caso. Las segundas deben ser resueltas por el tribunal antes de las veinticuatro horas siguientes a su recepción (art. 38 CPP).

Lo anterior se entiende, por supuesto, sin perjuicio de los plazos especiales fijados por la ley para la realización y dictación de determinadas actuaciones y resoluciones judiciales (v. gr., arts. 170 inc. 3º; 260; 344; 384 CPP).

5.4. FIRMA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Las resoluciones judiciales en el procedimiento penal deben ser suscritas por el juez o por todos los miembros del tribunal que la dictare. Si alguno de los jueces no pudiere firmar se dejará constancia del impedimento (art. 37 inc. 1º CPP).

Aunque esta norma es una reiteración del art. 169 CPC, la historia de la ley evidencia que su inclusión tuvo por objeto enfatizar su carácter de regla especial en cuanto no se exige, como en el procedimiento civil, la autorización del secretario del tribunal.⁹ Cabe recordar que el cargo de secretario no existe, por lo demás, en la estructura orgánica de los nuevos tribunales con competencia penal.

5.5. PODER COERCITIVO

El art. 34 CPP establece que en el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá ordenar directamente la intervención de la fuer-

⁹ PFEFFER, art. 37, p. 55.

za pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las actuaciones que ordenare y la ejecución de las resoluciones que dictare (art. 34 CPP).

La norma no es más que una reiteración de la disposición constitucional conforme a la cual, para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial pueden impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren, debiendo la autoridad requerida cumplir sin más trámite el mandato judicial sin poder calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar (art. 73 incs. 3º y 4º CPR).

6. REGISTRO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

El paso desde un sistema escrito a un sistema basado en el principio de oralidad, no ha conllevado la desaparición de los registros.

Si bien es cierto la ley prohíbe, en términos generales, incorporar o invocar como medios de prueba y dar lectura, durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público, la existencia de un registro de las actuaciones del ministerio público y de la policía sigue siendo una necesidad, tanto por el valor que dichas actuaciones pueden tener durante la etapa de investigación, como por la necesidad de conocer y controlar, en el curso del procedimiento, las actuaciones del ministerio público y la policía.

Por estas razones, la ley ha previsto la existencia de dos registros de la investigación: el registro de las actuaciones del ministerio público (art. 227 CPP) y el registro de las actuaciones policiales (art. 228 CPP).

A nivel de disposiciones comunes a todo procedimiento penal existen, por otra parte, normas que establecen el registro de las actuaciones judiciales. Estas establecen, a su vez, dos registros: el registro de actuaciones ante el juez de garantía y el registro del juicio oral.

En las líneas siguientes nos referiremos exclusivamente a estos últimos, dejando el análisis de los registros de la investigación para el capítulo relativo a dicha etapa.¹⁰

6.1. GENERALIDADES

El art. 39 CPP dispone que de todas las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía y el tribunal de juicio oral en lo penal se debe levantar un registro. La ley no establece, sin embargo, exigencias de forma para el registro sino que, por el contrario, señala que éste se puede efectuar por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido (art. 39 inc. final CPP).

La historia de la ley es clara en el sentido de que el soporte del registro no tiene por qué ser escrito, pero es también evidente que no existe una preferencia legislativa al respecto.¹¹

6.2. CLASIFICACIÓN

Los registros de las actuaciones judiciales pueden ser de dos clases.

¹⁰ Véase infra, VII.B.1.4.

¹¹ La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en la discusión del actual art. 39 CPP, consideró que la expresión "cualquier medio apto para producir fe" facilitaría su adecuación a los cambios de medios tecnológicos. Por otra parte, recordó que este registro, de acuerdo a la Ley 19.665, es de responsabilidad de una unidad administrativa del tribunal, dependiente del administrador del tribunal, quien a su vez seguirá las instrucciones generales que se impartan sobre la materia, que podrían ser aprobadas por la Excm. Corte Suprema mediante auto acordado, a proposición de la Corporación Administrativa del Poder Judicial. PFEFFER, art. 39, p. 56. Consecuente con lo anterior, la Corte Suprema, mediante acuerdo del Tribunal Pleno de 24 de noviembre de 2000, acordó la utilización de la estenotipia, sosteniendo que es el sistema "que más garantía de eficiencia ofrece, tanto para el registro como para suministrar la información con oportunidad a los intervinientes y al público; a la vez es el más económico y seguro a largo plazo". La implementación de este sistema de registro, sin embargo, depende de que se provea a los tribunales de equipos estenotipos y de funcionarios capacitados al efecto, lo que se acordó solicitar al Ministerio de Justicia. Entretanto, la propia Corte acordó que "los Tribunales de las regiones de La Serena y de La Araucanía emplearán grabadoras e impresoras para los registros dispuestos por los artículos 39, 40 y 41 del Código Procesal Penal, registros que serán certificados por el Jefe de la Unidad de Administración de Causas", Oficio de la Corte Suprema N° 002782, de 28 de noviembre de 2000.

6.2.1. *Registro de actuaciones ante el juez de garantía*

Este registro comprende todas las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía, con la sola excepción de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 40 inc. final CPP).

El registro de las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía debe contener una *relación resumida* de la actuación, de modo tal que refleje fielmente la parte esencial de lo actuado y describa las circunstancias en las cuales la actuación se hubiere llevado a cabo (art. 40 inc. 1º CPP).

La regla que establece el registro resumido de la actuación tiene dos excepciones:

- 1) Las sentencias y demás resoluciones que pronunciare el tribunal deben ser registradas en su integridad (art. 39 inc. 2º CPP), y
- 2) Los intervinientes pueden pedir al juez que se deje constancia en el registro de aquellas observaciones especiales que formularen (art. 40 inc. 2º CPP).

6.2.2. *Registro del juicio oral*

Este registro comprende, en forma íntegra, la audiencia del juicio oral, y puede efectuarse “por cualquier medio que asegure fidelidad”.

La exigencia de registro íntegro de la audiencia del juicio oral alcanza también a la audiencia de preparación del juicio oral. Este es el sentido en que, a nuestro modo de ver, debe entenderse la referencia del art. 40 inc. final CPP, ya que no obstante lo anterior, sigue siendo parte del registro de actuaciones ante el juez de garantía.

El valor del registro del juicio oral se encuentra regulado por el art. 42 CPP. Conforme a esta disposición, el registro demostrará el modo en que se hubiere desarrollado la audiencia, la observancia de las formalidades previstas para ella, las personas que hubieren intervenido y los actos que se hubieren llevado a cabo.

En cualquier caso, el registro no es la única prueba aceptada por la ley para demostrar lo sucedido durante la audiencia.

En primer lugar, el valor que se reconoce al registro se entiende sin perjuicio de la posibilidad de producir prueba en el

recurso de nulidad, para acreditar las circunstancias que constituyeren la causal invocada (art. 39 inc. 1º y art. 359 CPP); en segundo lugar, la omisión de formalidades del registro sólo lo priva de valor cuando ellas no pudieren ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos contenidos en el mismo o de otros antecedentes confiables que dieren testimonio de lo ocurrido en la audiencia (art. 39 inc. final CPP).

6.3. CONSERVACIÓN DE LOS REGISTROS

La conservación de los registros es responsabilidad del juzgado de garantía y del tribunal del juicio oral respectivo, más específicamente, de la Unidad de Administración de Causas del Tribunal (art. 43 inc. 1º CPP, art. 25 Nº 4 COT).

Cuando el soporte material del registro se dañare, afectando su contenido, el tribunal debe ordenar su reemplazo total o parcial por una copia fiel, que obtendrá de quien la tuviere, si no dispusiere de ella directamente (art. 43 inc. 2º CPP). En caso de que no pudiere obrarse de este modo por no existir copia fiel, la ley ordena que las resoluciones relevantes se dicten nuevamente, previa acreditación de su preexistencia y contenido (art. 43 CPP).

6.4. PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS

Los registros de las actuaciones judiciales son de libre acceso para los intervinientes. Los terceros pueden, en principio, consultarlos, cuando dieren cuenta de actuaciones que fueren públicas, a menos que durante la investigación o la tramitación de la causa, el tribunal restringiere el acceso para evitar que se afecte su normal substanciación o el principio de inocencia (art. 44 incs. 1º y 2º CPP). Estas restricciones no pueden establecerse si han transcurrido cinco años desde la realización de las actuaciones consignadas en los registros.

Unido al derecho de conocer el contenido de los registros, la ley impone al tribunal la obligación de expedir copias fieles de los registros, a solicitud de algún interviniente o de cualquier persona, y certificar si se hubieren deducido recursos en contra de la sentencia definitiva (art. 44 CPP).

7. COSTAS

7.1. REGLA GENERAL

La regla general en materia de pago de costas, es que el tribunal debe pronunciarse en cada caso, al momento de dictar la resolución que pusiere término a la causa o decidiere un incidente (art. 45 CPP).

7.2. EXCEPCIONES

Esta regla sufre las siguientes excepciones:

7.2.1. *Casos en que la condena en costas es obligatoria*

El tribunal está obligado a condenar en costas al ministerio público, cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído definitivamente. El ministerio público sólo está eximido de esta obligación cuando la formulación de la acusación le hubiere sido impuesta judicialmente, en el excepcionalísimo caso del art. 462, referido a los sujetos inimputables por enajenación mental (art. 48 inc. 1º CPP).

7.2.2. *Casos en que procede la condena en costas, a menos que el tribunal exima total o parcialmente de ellas*

Aunque el tribunal debe, en principio, imponer el pago de las costas en los casos que se mencionan a continuación, la ley admite que el tribunal, por razones fundadas que debe expresar determinadamente, exima total o parcialmente del pago de ella. Este es el caso de:

- i) El condenado (art. 47 inc. 1º CPP);
- ii) La víctima que abandonare la acción civil (art. 47 inc. 2º CPP);
- iii) El querellante que abandonare la querrela (art. 47 inc. 2º CPP);
- iv) El querellante, cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído definitivamente (art. 48 inc. 2º CPP).

7.2.3. *Casos de personas exentas del pago de costas*

El tribunal no puede imponer el pago de las costas, personalmente, a las siguientes personas:

- i) Los fiscales;
- ii) Los abogados, y
- iii) Los mandatarios de los intervinientes en el procedimiento.

Esta condena sólo procede, a modo de sanción y por resolución fundada, en casos de notorio desconocimiento del derecho o de grave negligencia en el desempeño de sus funciones (art. 50 CPP).

El pago de las costas del procedimiento penal comprende tanto las procesales como las personales (art. 46 CPP).

Cuando fueren varios los intervinientes condenados al pago de las costas, el tribunal debe fijar la parte o proporción que corresponderá soportar a cada uno de ellos (art. 49 CPP).

Cuando fuere necesario efectuar un gasto cuyo pago correspondiere a los intervinientes, el tribunal debe estimar su monto y disponer su consignación anticipada. En todo caso, el Estado debe soportar los gastos de los intervinientes que gocen del privilegio de pobreza (art. 51 CPP).

V. REGIMEN DE LA ACCION PENAL

INTRODUCCION

De todo delito nace una acción penal para su persecución procesal. Conforme al artículo 53 del CPP la acción penal puede ser *pública* o *privada* según el régimen de persecución penal al que esté sometido el correspondiente delito.

El inciso 1º del artículo 58 CPP dispone que la acción penal, cualquiera que sea, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. Sin embargo, la responsabilidad penal sólo se establece en la sentencia definitiva; la acción penal expresa una pretensión al esclarecimiento de un hecho que constituye *prima facie* un delito y a la determinación de su autor, para la imposición de una pena a quien la sentencia declare responsable del mismo. El sentido de esta disposición cobra significación, en realidad, cuando se la relaciona con el inciso 2º del precepto legal en estudio. Allí se señala que la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales; por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que los afecte.

La disposición invocada es manifestación del principio de culpabilidad y de personalidad de las penas que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, como sucedería inevitablemente si se impusiera una pena a la misma, y obliga a que respondan de los hechos punibles, sólo las personas físicas que efectivamente los hubieran realizado.¹

¹ MIR (S.), *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 182 y ss.

A nuestro juicio, la norma del artículo 58 inciso 1º CPP tiene sentido en cuanto dispone que únicamente se puede entablar una acción penal en contra de personas naturales, nunca en contra de personas jurídicas. En cuanto las personas jurídicas sí pueden tener responsabilidad civil, se deja a salvo la posibilidad de interponer la correspondiente acción civil en contra de una persona jurídica, cuando corresponda.

En general, los delitos de acción penal pública darán origen al procedimiento ordinario por crimen o simple delito. Por excepción, podrá aplicarse el procedimiento especial abreviado cuando se reúnan los requisitos que establece el artículo 406 CPP. Las faltas y, excepcionalmente, los simples delitos de acción penal pública darán origen a los procedimientos simplificado o monitorio contenidos en el Título I del Libro IV del CPP. Los delitos de acción penal privada se tramitarán conforme a las reglas del procedimiento especial contemplado en el Título II del Libro IV del CPP.

1. ACCION PENAL PUBLICA

La acción penal es pública cuando el delito de que se trate pueda ser perseguido de oficio por el ministerio público, sin perjuicio que pueda ser ejercida, además, por las personas que determine la ley (art. 53 inc. 2º CPP). Esta norma guarda correspondencia con la disposición contenida en el artículo 80-A inciso 2º CPE que confiere a la víctima y demás personas que determine la ley un derecho constitucional al ejercicio de la acción penal.²

Se establece, además, que se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad. Esta norma tiene relevancia en los delitos de acción penal pública previa instancia particular y en los delitos de acción penal privada cometidos contra menores de edad. En efecto, la dimensión de intimidad o de afección de espacios de privacidad asociada a la comisión de estos delitos, que determinaron su sujeción a un régimen especial de persecución que con-

² Sobre la significación de esta norma constitucional en el ordenamiento jurídico chileno, vid. *supra*, capítulo III, E.2.1.

fiere preponderancia a la voluntad o actuación de la víctima, decae frente al interés público que reviste la persecución penal de delitos cometidos contra personas cuyo estatus normativo las hace acreedoras de una protección reforzada.

La regla general es que los delitos sean de acción penal pública, excepto que su persecución esté sometida a una regla especial. En tales casos se encuentran los delitos de acción penal pública previa instancia particular y los delitos de acción penal privada.

2. ACCION PENAL PUBLICA PREVIA INSTANCIA PARTICULAR

El Código establece que en los delitos de acción penal pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito o a quien la ley confiera la facultad de actuar por él, hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía. Efectuada la denuncia exigida por la ley, el procedimiento se tramitará conforme a las reglas generales relativas a los delitos de acción pública (artículos 54 inciso 1º y final CPP).

2.1. CATÁLOGO DE DELITOS DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA PREVIA INSTANCIA PARTICULAR

Tales delitos son:

- a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494 N° 5 del Código Penal;
- b) La violación de domicilio;
- c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247 inciso 2º 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. En tal situación están, por ejemplo, los delitos sexuales contemplados en los artículos 361 a 366 *quater* del Código Penal, que requieren a lo menos denuncia de la persona ofendida, sus padres, abuelos o guardadores o por quien la tuviere bajo su cuidado (art. 369 inciso 1º CP). Debe recordarse, sin embargo, que en los casos en que la víctima sea menor de edad –como en el caso de los delitos contemplados en los artículos 362, 363, 365, 366 bis y 366 *quater* del Código Penal– se concede siempre acción penal pública para su persecución.

2.2. PERSONAS QUE PUEDEN DENUNCIAR POR EL OFENDIDO

Se establece que a falta del ofendido por el delito, podrán denunciar las personas a quienes el Código reconoce la calidad de víctima, cuando la misma no pueda ejercer sus derechos en el proceso, en la forma establecida en la ley (art. 54 inciso 3º y art. 108 inciso 2º CPP). Si el ofendido se encuentra imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pueden formularla por él se encuentren imposibilitados de hacerlo o aparezcan implicados en el delito, el ministerio público podrá proceder de oficio. Existe una disposición similar referida a los delitos contenidos en los artículos 361 y 366 *quater* del Código Penal. En este caso el ministerio público podrá, además, deducir las acciones civiles a que se refiere el artículo 370 del mismo cuerpo legal.

3. ACCION PENAL PRIVADA

Este régimen de persecución excluye el ejercicio de la acción penal por otra persona que no sea la víctima. En estos casos, existe un interés privado preponderante que impide la intervención del órgano oficial.³

³ Vid. supra II.C.1.1. y III.E.2.1. Sin embargo, ello no siempre es así en la legislación comparada. En Alemania, por ejemplo, el ministerio público puede ejercer una acción penal, en principio privada, cuando exista un interés público comprometido (cfr. parágrafos 376 y 377 StPO). Tal situación podría ocurrir, por

En el proyecto del Ejecutivo se contemplaba un catálogo mayor de este tipo de delitos, a fin de sujetar más estrictamente la persecución de los mismos a la voluntad del ofendido.⁴ Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se planteó un criterio restrictivo, que dejó fuera a uno de los delitos más controvertidos del ordenamiento punitivo chileno.⁵

Los delitos de acción penal privada previstos en el art. 55 del CPP son los siguientes:

- a) la calumnia y la injuria;
- b) la falta prevista en el N^o 11 del artículo 496 del Código Penal;
- c) la provocación al 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.

4. RENUNCIA DE LA ACCION PENAL Y EFECTOS

La acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. La renuncia sólo produce ciertos efectos procesales, en los delitos que pueden perseguirse de oficio, cuando la víctima se ha constituido en parte querellante. En efecto, la ley regula el *desistimiento* (art. 118 CPP) y el *abandono de la querrela* (art. 120), formas que podría adoptar la renuncia a la persecución penal por parte de la víctima y que produce efectos procesales sólo respecto de su intervención como querellante en el procedimiento penal. En efecto, la declaración de abandono

ejemplo, en las injurias dirigidas a un círculo amplio de personas o por motivos racistas. En estos casos, el ministerio público puede no sólo iniciar el correspondiente procedimiento penal sino también tomar en sus manos un procedimiento de acción privada ya iniciado (cfr. ESER (A.) "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", cit., pp. 21-22).

⁴ Vid. supra PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal...*, cit., pp. 73 y ss.

⁵ Se trata del delito de giro fraudulento de cheque, el que es considerado como una infracción a la prohibición de "prisión por deudas", que consagran algunos tratados internacionales (cfr. art. 7 N^o 7 CADH).

de la querrela y el desistimiento de la misma impiden al querellante ejercer los derechos que en esa calidad le confiere el Código (art. 121 CPP). Nada obstaría, sin embargo, a que la víctima pudiera seguir interviniendo en el proceso en calidad de tal y ejercer los derechos que le confiere el art. 109 CPP.

Tratándose de delitos de acción penal pública previa instancia particular, la renuncia de la víctima a denunciarlo produce la extinción de la acción penal. Sin embargo, el efecto señalando sólo puede producirlo la renuncia expresa. La inexistencia de una denuncia o querrela del ofendido sólo podría determinar la extinción de la acción una vez transcurrido el correspondiente plazo de prescripción. La ley exceptúa expresamente del efecto de la renuncia de la acción penal en estas hipótesis a los delitos perpetrados contra menores de edad. Y ello es así porque en tales casos nos encontramos, en verdad, frente a delitos de acción penal pública *tout court*.

En el caso de los delitos de acción penal privada la víctima puede renunciar a su persecución de modo expreso o tácito, por ejemplo, absteniéndose de presentar la correspondiente querrela conforme lo exige el artículo 400 CPP. Interpuesta la querrela, la víctima puede aun desistirse o abandonar la acción, pudiendo constituir esta última una forma de renuncia tácita de la acción (arts. 401 y 402 CPP). Producida la renuncia expresa, el desistimiento o el abandono de la querrela se extingue la acción penal privada. Sin embargo la ley establece una excepción al efecto general del desistimiento en los delitos de acción penal privada. En efecto, una vez iniciado el juicio no se dará lugar al desistimiento si el querrellado se opone al mismo (art. 401 inciso 2º CPP).

El desistimiento de la querrela obliga al querellante al pago de las costas, salvo que el desistimiento obedezca a un acuerdo con el querrellado (art. 401, inciso 1º *in fine* CPP).

Existe un caso regulado por la ley en que se *presume* la renuncia del ofendido a la acción penal privada. El artículo 66 CPP establece que cuando sólo se ejerza la acción civil respecto de un hecho punible de acción privada se considerará extinguida, por esta sola circunstancia, la acción penal. Por otro lado, extinguida la acción civil no se entenderá extinguida la acción penal para la persecución del hecho punible (art. 65 CPP). Y ello es lógico, porque en el primer caso el ofendido *manifestó* clara-

mente su voluntad de perseguir sólo la responsabilidad civil derivada del delito, mientras que en el segundo caso ello no ha sido así y puede darse el caso, muy frecuente, que prescriba primero la acción civil de cuatro años (art. 2332 Código Civil), quedando a salvo la penal, usualmente más prolongada (art. 94 Código Penal).

La ley señala que se extingue, por la renuncia de la persona ofendida, la acción civil derivada de cualquier clase de delitos (art. 56 inciso 2º CPP). Sin embargo, sólo podrá tratarse de una renuncia expresa. La mera falta de ejercicio de la acción civil derivada del delito en el proceso penal, salvo que se trate de la restitución de la cosa,⁶ no impide ejercerla ante el tribunal civil competente mientras ella no se encuentre prescrita. Podría entenderse, por otro lado, que la ley presume la renuncia de la acción civil en los supuestos de abandono regulados en el art. 64 inciso 2º CPP, que plantea situaciones de incomparecencia injustificada de la víctima a ciertas audiencias principales del procedimiento, esto es, la audiencia de preparación del juicio oral y la audiencia de juicio oral. En efecto, producido el abandono en estos casos, que presuponen que la demanda civil haya sido presentada y admitida a tramitación en el proceso penal, no cabe deducirla nuevamente ante un tribunal civil (art. 59 inciso 2º *in fine* CPP).

Como efecto relativo general de la renuncia de la acción penal, el Código establece que ella sólo afectará al renunciante y a sus sucesores, y no a otras personas a quienes también corresponda la acción (art. 57 CPP).

⁶ Vid. artículo 59 inciso 1º CPP.

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

1. CONCEPTO

El punto de partida generalmente invocado para la comprensión de las medidas cautelares, ya sea en el ámbito civil o penal, es la circunstancia simple e indiscutible de que la realización de un proceso *requiere tiempo*.¹ Cuando esta circunstancia se aplica al proceso penal, adquiere las características de un derecho fundamental, que se expresa en el derecho al juicio previo, más concretamente en cuanto éste se manifiesta en el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.²

En este contexto, las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.³ En este sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión.

¹ Véase MONTERO AROCA (J.) y otros, *Derecho jurisdiccional*, Valencia, 1998, t. II, pp. 631-632; t. III, p. 441.

² Como explica MAIER, el derecho implica "la *mediatéz de la conminación penal*, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita a la *coacción directa*, sino que la pena instituida por el Derecho Penal representa una previsión abstracta, amenazada, al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada, autorizando al Estado a aplicarla". MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t.1b Fundamentos Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 249.

³ MONTERO AROCA (J.) y otros, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. III, p. 441.

Como explica MARIN, la noción de “medidas cautelares” corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal.⁴ Esta doctrina, de fuerte influencia en España e Iberoamérica, no ha sido seguida en cambio en Alemania, lo que explica la preferencia de la doctrina alemana por la noción de “medidas coercitivas” o “medios de coerción procesal”.⁵

La opción que realizamos en este trabajo por la noción de medida cautelar resulta ineludible, teniendo en consideración que el concepto ha pasado a tener reconocimiento legislativo a partir de la entrada en vigencia del CPP, que en su Libro I utiliza esta denominación en los Títulos V y VI. La preferencia legislativa por el objetivo cautelar como un elemento decisivo dentro de las categorías normativas existentes, queda reforzada por la no incorporación a dichos títulos de otras medidas que deberían haber tenido un tratamiento conjunto bajo el concepto de medidas de coerción procesal.⁶

Ahora bien, aplicadas al proceso penal, las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que en nuestro sistema se reconoce a aquél: por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena y, por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles que el hecho punible ha causado a la víctima.⁷

⁴ MARIN considera entre las primeras manifestaciones de esta doctrina, la obra de Chiovenda: *Principii di diritto processuale civile*, 3a. ed. Napoli, 1919. No obstante, en su opinión la obra de mayor influencia en la literatura procesal española y de Iberoamérica es la de Calamandrei: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, cuyo original italiano data de 1936. El antecedente más antiguo citado por MARIN con respecto a la aplicación de la doctrina de las medidas cautelares al proceso penal es obra de ALCALA ZAMORA Y LEVENE: *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, 1945. MARIN (J.C.), *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal chileno*. Apuntes de clase para el Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 3.

⁵ Vid. ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 249 y ss. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., pp. 274 y ss.

⁶ Nos referimos, por ejemplo, al arresto por falta de comparecencia de testigos y peritos (art. 33 CPP).

⁷ El sistema procesal penal chileno no admite, en sede penal, el ejercicio de otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles

De esta manera, utilizando palabras de GIMENO, podríamos definir las medidas cautelares en el proceso penal como aquellas “resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa [...] por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”.⁸

2. CLASIFICACION

Las medidas cautelares en el proceso penal suelen ser clasificadas, atendiendo a su finalidad, en penales y civiles. Desde esta perspectiva serían *medidas cautelares penales* las que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena; y serían *medidas cautelares civiles* aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido civil, esto es, la reparación patrimonial.⁹ Más conocida es, sin embargo, la clasificación que atiende a su objeto. En atención a este criterio se distingue entre *medidas cautelares personales*, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y *medidas cautelares reales*, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.¹⁰

MORENO CATENA observa, con razón, que las categorías derivadas de la clasificación de las medidas cautelares en personales y reales no son plenamente coincidentes con las que resultan de su clasificación en medidas cautelares penales y civiles. Así,

del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado. El artículo 59 inciso 3º CPP dispone que estas acciones deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente, de acuerdo a las reglas generales.

⁸ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), Editorial Colex, Madrid, 1997, p. 480.

⁹ MORENO CATENA, *El proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, v. II, p. 1536.

¹⁰ En términos más gráficos se suele decir que las medidas cautelares personales tienden a *asegurar la persona* del imputado, en tanto las medidas cautelares reales tienden a *asegurar sus bienes*.

por ejemplo, puede perfectamente intentarse una medida cautelar real con el objeto de satisfacer una pretensión penal: el pago de la multa.¹¹

3. REQUISITOS

Una característica común a todas las medidas cautelares, que alcanza tanto a las del proceso civil como a las del proceso penal, es su carácter excepcional. Lo anterior significa que su adopción no es una necesidad ineludible del proceso, sino que, por el contrario, ellas sólo proceden cuando resulta estrictamente necesario para asegurar la ejecución de la sentencia.

La procedencia de toda medida cautelar requiere así la concurrencia de dos requisitos:¹²

1º) *Fumus boni iuris* o apariencia (“humo”) de buen derecho.

2º) *Periculum in mora* o peligro de retardo.

Dado que las medidas cautelares, generalmente hablando, importan restricciones importantes a la libertad personal o a la libre disponibilidad de los bienes, el establecimiento por ley de los supuestos de hecho que se considerarán suficientes para satisfacer ambos requisitos y la constatación en el caso concreto del efectivo cumplimiento de esos supuestos constituyen una garantía de la máxima importancia para el imputado.

A. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

1. GENERALIDADES

1.1. CONCEPTO

Las medidas cautelares personales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el pro-

¹¹ MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1537.

¹² Vid., por todos GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 480.

ceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. *Las medidas cautelares personales están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento penal.*

Aunque existe una relación evidente entre el concepto de *medidas cautelares personales* y el concepto de *medidas de coerción procesal*, puede decirse que entre ambas existe una relación de especie a género: una medida de coerción procesal constituirá una medida cautelar sólo en la medida en que *esté dirigida en contra del imputado* y su objeto sea el aseguramiento de los fines del procedimiento. Esta distinción nos permitirá reconocer situaciones en que medidas claramente restrictivas o privativas de libertad no constituyen medidas cautelares como sucede, por ejemplo, cuando no están dirigidas en contra del imputado (v. gr., arresto de testigos o peritos) o cuando exceden la naturaleza cautelar que supone la tutela de fines procesales (v. gr., prisión preventiva por peligrosidad social). Lo anterior no impedirá que incluyamos su tratamiento en este mismo capítulo.

1.2. FUNDAMENTO

El proceso penal constituye la forma legítima a través de la cual un estado democrático puede llegar a imponer coercitivamente una pena privativa de libertad a una persona. El *derecho al juicio previo*, que exige una sentencia condenatoria como requisito para la imposición de una pena y el *principio de inocencia*, que impone la exigencia de tratar al imputado como inocente mientras dicha sentencia no exista, parecieran proscribir, en principio, la posibilidad de que la restricción o privación de libertad, característica de la pena, pudiera producirse con anterioridad, mientras se encuentra pendiente el procedimiento de persecución penal. Sin embargo, como explica MAIER, el principio no ha podido imponerse hasta el punto de eliminar toda posibilidad de coerción estatal durante el proceso.¹³ Históricamente se ha aceptado la existencia de mecanismos de coerción procesal, esto es, medidas restrictivas o privativas de libertad, durante el curso del pro-

¹³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 274.

cedimiento, con el fin de asegurar los fines a que éste tiende. Tal aceptación se encuentra a menudo incorporada explícitamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a las demás declaraciones sobre derechos fundamentales.¹⁴

Sin embargo, la aceptación de estas medidas tiene un límite claramente definido: ellas no pueden constituir una *anticipación de pena*, porque de ser así se estaría obviamente afectando el derecho al juicio previo y la presunción de inocencia. Esta limitación impone, desde luego, que exista una diferencia real entre la finalidad de la pena y la finalidad de las medidas cautelares personales. Por esta razón se ha dicho que las medidas cautelares personales no pueden tener, ni siquiera implícitamente, un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales. En otras palabras, las medidas cautelares no pueden estar destinadas a cumplir las finalidades retributivas o preventivas generalmente asociadas a la pena.¹⁵ Esta noción se encuentra consagrada, con categoría de principio, en el artículo 122 CPP, conforme al cual “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...”.

Aunque la ley no expresa cuáles son estos fines, se ha dicho a menudo que son dos: *el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal*.¹⁶ El correcto establecimiento de la verdad puede estar en riesgo ya sea por la negativa del imputado a com-

¹⁴ Art. 7.5 CADH y art. 9.3 PIDCP.

¹⁵ En palabras de MANZINI: “La privación de libertad individual del imputado sólo es justificable racional y políticamente cuando se vea que es necesaria para conseguir los fines del proceso penal”. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, t. III, p. 641.

¹⁶ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 279. Esta dualidad de fines procesales aparece explicitada incluso por MANZINI: “La finalidad del proceso es eminentemente práctica, actual y jurídica, y se limita a la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas”, MANZINI, ob. cit., t. I, p. 248. MAIER considera también como una finalidad del procedimiento que puede justificar medidas de coerción procesal, un fin preventivo inmediato y concreto tendiente a “evitar la consumación de un delito tentado o consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado”. Este fin justificaría –en adición a las finalidades propiamente procesales– la detención y el allanamiento sin orden judicial en caso de flagrancia. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., pp. 280 y ss.

parecer a los actos del procedimiento, ya sea por la evidencia de que éste desarrollará actos de destrucción u ocultación de pruebas; la actuación de la ley penal, por su parte, supone la disponibilidad del sujeto para la imposición y ejecución de la sanción y puede estar en riesgo cuando exista evidencia de que el imputado pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga.

Si aceptamos que no existen fines del procedimiento diversos de los mencionados, debiéramos concluir que nuestro Código Procesal Penal establece, a nivel de principio, que las medidas cautelares personales sólo pueden tener por objeto asegurar la averiguación de la verdad (aseguramiento de la comparecencia a actos del procedimiento, peligro de que se obstaculice la investigación) y la actuación de la ley penal (peligro de fuga). Conforme al principio del artículo 122 CPP, cualquier otra finalidad que exceda esos márgenes debe considerarse fuera del ámbito de una medida cautelar.

1.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO POR LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Las medidas cautelares personales importan formas de privación o restricción del derecho fundamental a la libertad personal. Este derecho está reconocido en nuestro sistema en los siguientes términos:

“Art. 9.1 PIDCP: Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

“Art. 7 CADH. Derecho a la libertad personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios [...]”.

Art. 19 N° 7° CPR: “La Constitución asegura a todas las personas:

7. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

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

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

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

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

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de

la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

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

[...]

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

Art. 5º CPP: “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”.

Como se observa, entonces, el derecho fundamental afectado por las medidas cautelares es la libertad personal, entendida ésta como libertad ambulatoria. Esta característica restrictiva o privativa de un derecho fundamental tan importante condiciona su aplicación a diversos principios que estudiaremos en el apartado siguiente.

1.4. PRINCIPIOS

1.4.1. *Principio de legalidad*

El principio de legalidad consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad.

Aparece como tal reconocido en el art. 9.1 PIDCP: “...*Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”. En similares términos lo establece el art. 7 de la CADH: “2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...*”.

En el derecho interno chileno, el principio tiene reconocimiento constitucional y legal: Así, el art. 19 N° 7° letra b) CPR establece: “*Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*”; el artículo 5° CPP señala, por su parte, que “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”.

1.4.2. *Principio de jurisdiccionalidad*

El principio de jurisdiccionalidad supone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente.¹⁷

Aunque tradicionalmente se han aceptado como excepciones tolerables las autorizaciones concedidas a la policía o a cualquier persona para detener en casos de delito flagrante,¹⁸ lo

¹⁷ Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 482.

¹⁸ Idem nota anterior.

cierto es que nuestro sistema va mucho más lejos en la erosión del principio, por lo que resulta difícil afirmar que tenga entre nosotros un reconocimiento pleno.

En efecto, aunque el art. 122 inc. 2º CPP exige que las medidas cautelares personales sean siempre decretadas “por medio de resolución judicial fundada”, tal disposición aparece contradicha por la facultad que la Constitución y la ley otorgan, a funcionarios públicos distintos del juez, para ordenar la detención de una persona. Así sucede, por ejemplo, con la autorización que concede el art. 13 de la Ley Nº 18.314 de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, norma que faculta al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, los Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición para despachar órdenes de detención en contra de los presuntos responsables de un delito terrorista. La facultad se reconoce a estas autoridades cuando recabar el mandato judicial “pudiere frustrar el éxito de la diligencia”.

Como hemos dicho, la existencia de estas normas está tolerada, a nivel de principios, por el reconocimiento explícito de una competencia compartida por las autoridades judiciales y administrativas en esta materia. Así, el art. 19 Nº 7º letra c) CPR, exige que nadie sea arrestado o detenido “sino por orden de *funcionario público expresamente facultado por la ley*”. El CPP, no obstante eliminar los casos en que el CdPP de 1906 facultaba para detener a autoridades distintas del juez,¹⁹ no llegó al punto de derogar las normas contenidas en leyes penales especiales que así lo permiten.²⁰ Por esta razón, el art. 125 CPP, referido a la procedencia de la detención, reitera que la detención no puede practicarse “sino por orden de funcionario público expresa-

¹⁹ El CdPP de 1906 autorizaba en ciertos casos para despachar órdenes de detención a los intendentes regionales y gobernadores provinciales (art. 258 CdPP) e incluso a los alcaldes (art. 259 CdPP). A modo ilustrativo, cabe mencionar que los casos que habilitaban a los primeros incluían, entre otros, los crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; contra la seguridad interior del Estado; la falsificación de monedas, papel moneda, instrumentos de crédito del Estado, de establecimientos públicos y sociedades anónimas o de bancos e instituciones financieras legalmente autorizadas; los crímenes o simples delitos de tráfico de estupefacientes; los crímenes o simples delitos que la ley tipifique como conductas terroristas; y la sustracción y secuestro de personas (art. 258 CdPP de 1906).

²⁰ Vid. infra, VI A.3.2.1.2.

mente facultado por la ley”. Durante la tramitación del proyecto de ley que culminó en la aprobación del CPP, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dejó constancia, en su segundo informe, que aceptaba mantener esta referencia al funcionario público “por tratarse de una norma basada en la carta fundamental, que admite en leyes especiales tal posibilidad”.²¹

1.4.3. *Principios de excepcionalidad e instrumentalidad*

El principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual: deben decretarse sólo cuando resulten indispensables; el principio de instrumentalidad, por su parte, califica dicha excepcionalidad, determinando que ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentales: están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.

Estos dos principios aparecen reconocidos conjuntamente en el artículo 122 CPP, conforme al cual, “las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...”.

Por “fines del procedimiento” debemos entender, para estos efectos, el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal. Volveremos sobre este punto.²²

1.4.4. *Principio de provisionalidad*

El principio de provisionalidad, como natural corolario de los principios de excepcionalidad e instrumentalidad, impone que las medidas cautelares se mantengan sólo mientras subsista la

²¹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Boletín 1.630-07, art. 154.

²² Vid. infra, VI.A.1.2.

necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven.

La aplicación de este principio significa que las medidas cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento.²³

El principio aparece expresado ya de esta manera en la parte final del art. 122 CPP, conforme al cual, las medidas cautelares “sólo durarán mientras subsistiera la necesidad de su aplicación”. En materia de prisión preventiva, se refuerza con la norma que establece que “el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado” (art. 152 inc. 1º CPP).

El principio de provisionalidad no debe ser confundido con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, conforme al cual la terminación de éstas se sujeta a un límite absoluto, constituido por el cumplimiento de un plazo. En nuestro sistema, si bien es temporal la detención, que no puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley, no lo es la prisión preventiva, que no se encuentra sometida a plazo.²⁴ La falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa, sin embargo, que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.²⁵

1.4.5. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad afirma que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del

²³ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 483.

²⁴ Vid. infra, VI.A.3.5. y VI.A.4.7.1.

²⁵ Art. 7.5 CADH. Vid. supra, II.C.2.2.2.

procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.

La consideración de este principio determina, por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas cautelares menos gravosas para la libertad del imputado (arts. 124 y 139 CPP), lo que está en íntima relación con el principio de instrumentalidad, en cuanto éste exige que la medida adoptada sea la “absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento” que se pretende cautelar (art. 122 CPP). Determina, asimismo, la existencia de casos en que las medidas cautelares pueden resultar improcedentes por importar una forma de privación de libertad desproporcionada en relación con la que importaría una eventual sentencia condenatoria, habida consideración de la gravedad del delito que se investiga (arts. 124, 141 y 152 inc. 2º CPP). Finalmente, este principio está en la base de la obligación que tiene el juez de revisar la prisión preventiva decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (art. 152 inc. 2º CPP).

1.5. REQUISITOS

Hemos dicho que toda medida cautelar exige la concurrencia de dos requisitos, que consisten en la “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*) y en el “peligro de retardo” (*periculum in mora*). En materia procesal civil, por ejemplo, la primera exigencia se desprende claramente del artículo 298 CPC, que impone a quien solicita una medida precautoria “acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”; la segunda consiste, en cambio, en la exigencia de que haya motivo de temer que la cosa mueble se pierda o deteriore en manos de la persona que la tenga en su poder (art. 291 CPC); o motivo racional para creer que el demandado procurará ocultar sus bienes (art. 295 CPC). Como se aprecia, los requisitos en cuestión imponen, por una parte, la elaboración de un juicio de probabilidad acerca del éxito de la pretensión y, por otra, la constatación de un riesgo cierto de que el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria se ha-

ría ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento.

La aplicación de estos requisitos en materia procesal penal *sufre, como es lógico, las modificaciones que el contenido de la pretensión penal impone a la naturaleza y finalidad del proceso*. En este sentido, el *fumus boni iuris* aparecerá asociado al juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y al grado de participación que en él corresponda al imputado; el *periculum in mora* aparecerá asociado, por su parte, al peligro de que el cumplimiento de los fines del procedimiento pudiera hacerse ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento. Volvemos sobre este punto a propósito de cada una de ellas.

1.6. CLASIFICACIÓN

Nuestro CPP agrupa, bajo la noción de *medidas cautelares personales* (tít. V, Libro I CPP), las siguientes instituciones:

1. La citación (párrafo 2º, tít. V, Libro I CPP).
2. La detención (párrafo 3º, tít. V, Libro I CPP).
3. La prisión preventiva (párrafo 4º, tít. V, Libro I CPP).
4. Otras medidas cautelares personales (párrafo 6º, tít. V, Libro I CPP).

Esta enumeración puede ser criticada en cuanto no respeta una graduación por niveles inspirada en los principios de excepcionalidad o proporcionalidad. En efecto, tanto atendiendo al principio de excepcionalidad (grado de generalidad en su aplicación), como al principio de proporcionalidad (nivel de afectación de la libertad ambulatoria que importa la medida en relación con la gravedad del hecho investigado), resulta evidente que las medidas que el Código agrupa bajo la denominación de *otras medidas cautelares personales* debieran preceder, en su tratamiento legal, a la *prisión preventiva*. Más aun, como expondremos más adelante, la sola denominación de *otras medidas cautelares personales* que utiliza el párrafo 6º del Libro I del CPP conlleva un error conceptual, en cuanto altera el orden lógico que el juez debe seguir al determinar su aplicación. No obstante lo anterior, el orden que seguiremos a continuación sigue el diseño legislativo, en cuanto viene impuesto por la necesidad sistemática de analizar conjuntamente, primero, las reglas que son comunes a la deten-

ción y la prisión preventiva y, luego, las que resultan comunes a esta última y a las *otras medidas cautelares personales*.

2. LA CITACION

2.1. CONCEPTO

En términos generales, la citación es una orden de comparecencia emanada de las autoridades de la persecución penal pública y dirigida a cualquier persona cuya presencia sea necesaria para la realización de un acto del procedimiento. En este sentido, resulta igualmente apropiado hablar de citación cuando esa orden se dirige a un testigo, un perito o un imputado, independientemente de la gravedad del hecho que se investigue y de la autoridad –juez o fiscal– desde la cual emane la orden.

Nuestro Código Procesal Penal, sin embargo, conoce tres formas diferentes de citación, que denomina de la siguiente manera: *citación del ministerio público* (art. 23 CPP), *citación judicial* (art. 33 CPP) y *citación como medida cautelar personal* (arts. 123 y 124 CPP).²⁶ Esta última difiere de las dos primeras en cuanto al sujeto respecto al cual se dirige y en cuanto a los delitos que la hacen procedente. Mientras las dos primeras proceden respecto de cualquier persona (incluyendo el imputado) y respecto de cualquier delito, independientemente de su gravedad, la última sólo procede respecto del imputado y en relación con los delitos de menor gravedad que la ley específicamente establece. En sus aspectos formales, en cambio, es la primera la que difiere de las dos últimas. Mientras la citación del ministerio público no se encuentra sujeta a formalidades previstas en la ley, la *citación judicial* y la *citación como medida cautelar personal* se rigen por las mismas disposiciones: son órdenes de comparecencia que se practican en la forma prevista por el art. 33 CPP (art. 123 CPP).

Durante la discusión del proyecto de CPP en la Cámara de Diputados se dijo de la citación que ella era “la medida cautelar de menor intensidad dentro del sistema”, agregando: “es una

²⁶ La citación como medida cautelar personal es también judicial en cuanto supone una resolución judicial motivada que la ordene. Vid. *infra*, VI.A.2.4.

convocatoria que hace el tribunal. En el proceso penal, la citación es la vinculación que se produce entre el proceso y el sujeto, conforme al cual el individuo queda convocado a presentarse a los actos de instrucción del juicio y a la ejecución de la sentencia, pero no en términos neutros, sino que bajo una amenaza vigente: que su incumplimiento tornará ese simple llamado en una orden de privación de libertad”.²⁷

2.2. NATURALEZA CAUTELAR DE LA CITACIÓN

La citación es, claramente, una medida cautelar personal desde el punto de vista normativo, ya que así lo indica inequívocamente su ubicación en el párrafo 2º del título V del Libro I del CPP. No obstante, considerando el problema analíticamente, parece evidente que en cuanto orden de comparecencia dirigida al imputado, ella no constituye propiamente una medida cautelar personal, toda vez que no se orienta a garantizar los fines del procedimiento, ni siquiera si se incluye entre éstos el aseguramiento de la persona del imputado. Si bien –como veremos– la incomparecencia ante la citación puede dar lugar al arresto, lo cierto es que en tal caso es esta modalidad de detención, y no la citación, la que verdaderamente opera como medida cautelar.²⁸

Los casos en que el CPP considera a la citación como una medida cautelar personal constituyen, por el contrario, un límite puesto en principio a la aplicación de medidas privativas de libertad, que opera excluyendo la aplicación de dichas medidas cuando la imputación se refiere a hechos de poca gravedad. Así surge del artículo 124 del CPP, conforme al cual la procedencia de la citación determina que en estos casos “no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan 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”. Lo anterior no implica desconocer el carácter restrictivo de la libertad personal que tiene la citación, en cuanto imposición de

²⁷ PFEFFER, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, art. 123, p. 146.

²⁸ MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1640.

una carga de comparecencia bajo amenaza compulsiva.²⁹ Este carácter, sin embargo, alcanza sólo para calificarla como medida de coerción procesal, y no como medida cautelar.

2.3. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

La citación como medida cautelar personal es procedente, conforme a lo dispuesto por los artículos 123 y 124 CPP, en los siguientes casos:

- 1º Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal.
- 2º Cuando la imputación se refiriere a alguno de los siguientes delitos:
 - a. *Faltas;*
 - b. *Delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, y*
 - c. *Delitos que la ley sancionare con penas privativas o restrictivas de libertad que no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.*

2.4. FORMA DE LA CITACIÓN

Formalmente, no existe diferencia alguna entre la citación judicial, generalmente hablando, y la citación como medida cautelar personal, ya que al regular la forma de esta última, la ley se remite explícitamente a la primera, haciendo aplicable lo dispuesto por el artículo 33 del CPP (art. 123 CPP).

²⁹ Como expresa MORENO CATENA, refiriéndose a la institución española, "la citación coercitiva de los arts. 486 a 488 LECRIM presenta unos caracteres de coerción de mayor intensidad (que las citaciones en el proceso civil), en cuanto consiste en una orden de comparecencia para un día y hora determinados, cuyo acatamiento supone desde luego el traslado a la sede del Juzgado y su permanencia en la misma durante el tiempo de la declaración, bajo la intimación de que si el citado no comparece sin justa causa que se lo impida, podrá acordarse su detención". MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1640.

Lo anterior implica que la citación se practicará notificando al imputado de la resolución que ordena su comparecencia, comunicándosele, en el mismo acto, el tribunal ante el cual debe comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se trate y el motivo de su comparecencia.³⁰ Al mismo tiempo se le advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que causare y que pueden imponérsele sanciones. También se le deberá indicar que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo y justificarlo ante el tribunal con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible (art. 33 CPP).

2.5. EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE LA CITACIÓN

La sola procedencia de la citación, como medida cautelar, esto es, el hecho de estar en presencia de alguno de los casos en que procede, determina, como decíamos, una limitación a la procedencia de las demás medidas cautelares personales. En los términos del artículo 124 CPP, ello significa que, en estos casos, “no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan 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”.

Lo anterior implica, en otras palabras, que:

2.5.1 *Determina la improcedencia de la detención sin citación previa*

Un imputado jamás podrá ser detenido, sin previa citación, cuando el hecho que se le impute sea de los enumerados en el artículo 123 CPP. La citación constituye así una limitación a la procedencia de la detención judicial imputativa (art. 127) e incluso de la detención por flagrancia (art. 134 CPP). El art. 134

³⁰ En el caso del imputado, la citación debiera expresar el hecho que se le imputa, ya que en este caso debe reconocerse a la citación el carácter de imputación. MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1642.

CPP establece que quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, debe sólo ser citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio.³¹ La misma disposición agrega que si se hubiere procedido a la detención del imputado por un delito de este tipo, informado de ese hecho el fiscal deberá otorgar al detenido su libertad en el más breve plazo, exigiendo previamente el cumplimiento del deber de señalamiento de domicilio previsto por el artículo 26 CPP.

La detención, sin embargo, puede llegar a constituir –en su modalidad de *arresto*– una forma de privación de libertad posterior a la citación, que opera ante la negativa del imputado de obedecer a la orden de comparecencia (art. 124 CPP). Como veremos, el arresto es la única consecuencia admisible del incumplimiento del imputado a la orden de comparecencia judicial en los casos del artículo 124. Ello es así por expresa disposición de la misma norma que establece que en los casos de ese artículo “no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, *el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33*. Se trata, como veremos,³² de una regla especial que excluye la posibilidad de imponer la prisión preventiva en los términos del inciso 3º del artículo 33 CPP (norma que debe entenderse referida a la no comparecencia del imputado en procedimientos relativos a delitos de mayor gravedad), y del inciso 4º del artículo 141 CPP (que debe entenderse referido a los eventos previstos en las letras b) y c) del mismo artículo).

2.5.2. *Determina la improcedencia absoluta de la prisión preventiva*

Un imputado jamás podrá ser sometido a prisión preventiva cuando el hecho que se le impute sea de los enumerados en

³¹ La “comprobación de domicilio” es una expresión inadecuada. Actualmente debe entenderse que esta actuación se satisface con el “señalamiento de domicilio” por parte del imputado, ya que de otro modo resultaría una inconsistencia, dentro del mismo artículo, entre el deber que se impone a la policía y al fiscal como paso previo al reconocimiento de la libertad en caso de flagrancia.

³² Vid. infra, VI.A.2.5.2.

el artículo 124 CPP. A diferencia de lo que sucede con la detención, aquí la presencia de un caso que sólo hace procedente la citación determina que, ni aun en el evento de falta de comparecencia, puede llegar a imponerse la prisión preventiva.

La afirmación resulta importante porque el tenor literal de algunas disposiciones del CPP puede mover a duda al respecto. En efecto, el art. 141 inciso 2º letra a) CPP considera, como casos de improcedencia de la prisión preventiva, los mismos que sólo hacen procedente la citación. Señala esta norma que no procederá la prisión preventiva “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”.

Como es obvio, la consideración de estas situaciones como casos de improcedencia de la prisión preventiva resulta innecesaria, ya que, tratándose de las mismas hipótesis que sólo hacen procedente la citación, la prisión preventiva se encontraba ya excluida en principio, por aplicación de la regla del art. 124 CPP. Adicionalmente, sin embargo, la reiteración resulta problemática, porque el inciso 4º del art. 141 CPP establece que “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 previstas en el párrafo 6º de este título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inciso precedente”, esto es, el deber de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, y 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 CPP. Como se observa, entonces, pareciera que la no comparecencia a una citación despachada al imputado en los casos del artículo 141, que son los mismos que hacen procedente la citación en el artículo 123, habilitaría al tribunal, por disposición del artículo 141 inciso 4º, para decretar la prisión preventiva en el mismo caso en que el artículo 124 CPP sólo permite el arresto. El conflicto entre estas normas debe resolverse en favor del artículo 124 CPP, por aplicación de la regla de especialidad y de lo dispuesto por el artículo 5º inciso 2º CPP, que

ordena la interpretación restrictiva de las disposiciones que autorizan la restricción de la libertad del imputado.³³

2.5.3. *Determina la improcedencia absoluta de las medidas cautelares generales*

Finalmente, cabe mencionar que en los casos que hacen procedente la citación el imputado tampoco podrá ser sometido a alguna de las medidas cautelares personales de carácter general, previstas por el artículo 155 CPP. Esta conclusión se desprende de la circunstancia que las medidas del artículo 155 son de aquellas que *recaen sobre la libertad del imputado*, y se encuentran por tanto sometidas a la regla general de exclusión del artículo 124 CPP. Adicionalmente debe considerarse que el artículo 155 inciso final CPP establece que la procedencia de estas medidas se rige por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, por lo que no puede adoptarse a su respecto una regla diversa de la que se aplica a esta última.

3. LA DETENCION

3.1. LA DETENCIÓN EN SENTIDO AMPLIO

La detención, en un sentido amplio, puede ser definida como toda privación de la libertad ambulatoria de una persona, dis-

³³ Adicionalmente, debe tenerse en consideración que el conflicto, surgido de la reiteración en el artículo 141 CPP de las mismas situaciones del artículo 124 CPP, obedece a una inconsistencia surgida durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados. En efecto, en el texto del proyecto propuesto por el Ejecutivo, la disposición correspondiente al actual artículo 141 CPP consideraba improcedente la prisión preventiva en la letra a) cuando el delito imputado no mereciere pena aflictiva; y en la letra b) cuando la pena mínima asignada al delito no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Se trataba, como se observa, de casos en que la pena era superior a la de aquellas imputaciones que sólo hacían procedente la citación. La Cámara de Diputados modificó esta norma determinando su redacción definitiva, ya que a pesar de que el Senado había restituido el límite a los casos en que el delito no mereciere pena aflictiva, la Cámara de Diputados insistió en su texto, resolviendo definitivamente en favor de esta última, la Comisión Mixta.

tinta de la prisión provisional o de la ejecución de una pena privativa de libertad, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico.³⁴

La consideración en sentido amplio del concepto de detención resulta sumamente relevante, porque permite aplicar el estatuto jurídico del detenido, esto es, afirmar los derechos y garantías que el sistema le reconoce, con independencia de la denominación que se dé oficialmente al acto. Como ha dicho el Tribunal Constitucional Español sentando una doctrina que bien podría ser aplicada en nuestro país:

“Una recta identificación del concepto de ‘privación de libertad’, que figura en el artículo 17.1 CE, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad –en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita– queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la CE por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean...” “debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...”³⁵

Entender el concepto de detención en sentido amplio, impone desconocer todo valor a giros lingüísticos tales como “retención”, o “conducción”, que a menudo se utilizan para encubrir situaciones objetivas de detención practicadas en casos o de formas no autorizadas por la ley.

Finalmente, debe tenerse presente que considerar la detención en sentido amplio como una “pura situación fáctica”, implica incorporar en el análisis no sólo aquellos casos en que ésta

³⁴ Citando a GIMENA SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 485.

³⁵ STC 98/1986, citada por MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1550.

cumple una función estrictamente cautelar, sino también aquellos en que opera como medida ejecutiva o tiende a garantizar el cumplimiento de la obligación legal de comparecencia de una persona distinta del imputado.

A continuación analizaremos estas modalidades separadamente.

3.2. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL

La detención, como medida cautelar personal, es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento.³⁶

Aunque asegurar la comparecencia del imputado es la finalidad común a todas las modalidades de detención que tienen una naturaleza cautelar, el tratamiento legislativo de esta medida en nuestro país permite hacer una distinción entre dos modalidades. La primera, que llamaremos *detención imputativa* es aquella que se decreta o practica sin citación previa, con el objeto de poner al imputado en situación de que se formalice la investigación y, eventualmente, se adopte alguna medida cautelar personal de mayor intensidad, en su contra; la segunda, que llamaremos *detención por incomparecencia o arresto*, es aquella que tiene exclusivamente por objeto obtener compulsivamente la presencia del imputado para la realización de un determinado acto del procedimiento.

3.2.1. *Detención imputativa*

Detención imputativa es aquella que se decreta o practica sin citación previa, con el objeto de asegurar la presencia del imputado a la audiencia en que se pretende formalizar la investigación

³⁶ Vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 219.

y, eventualmente, adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra.³⁷

Esta forma de detención se caracteriza porque da lugar a un procedimiento específico de control de la detención, que está regulado por el art. 132 CPP.

Constituyen modalidades de esta forma de detención, las siguientes:

3.2.1.1. Detención judicial imputativa

3.2.1.1.a. Concepto

La detención judicial imputativa es la detención ordenada por el juez, sin previa citación, con el fin de poner a una persona formalmente a disposición del tribunal, en calidad de imputado, para asegurar su comparecencia a la audiencia destinada a formalizar la investigación y, eventualmente, a adoptar una medida cautelar de mayor intensidad, en su contra. En términos legales, corresponde a la detención del imputado que es decretada por el juez, a solicitud del ministerio público y sin citación previa, cuando de otra manera la comparecencia pudiere verse demorada o dificultada (art. 127 inciso 1º CPP).

3.2.1.1.b. Supuestos de aplicación

El tratamiento legislativo de esta forma de detención judicial, que constituye la regla general, resulta sumamente deficiente en el CPP, ya que resulta evidente que el solo hecho de que la comparecencia de un imputado pudiere verse demorada o dificultada no es razón suficiente para ordenar la detención de una persona.

³⁷ Nótese que, en nuestro sistema, la detención imputativa no tiene nunca por objeto asegurar la disponibilidad del imputado *para el interrogatorio del juez*, ya que éste carece de atribuciones al efecto. La posibilidad de que el imputado declare ante el juez de garantía está concebida como un derecho del imputado, que éste puede ejercer o no como medio de defensa (art. 98 CPP). La detención puede, sin embargo, ser decretada por el juez para asegurar que el imputado comparecerá a declarar ante el fiscal, pero sólo cuando éste no haya comparecido a la citación del ministerio público (arts. 23 y 193 CPP). En este último caso no se trata de una detención imputativa, sino de una detención por incomparecencia.

El problema se ha generado, fundamentalmente, porque el CPP –dando un paso atrás respecto de la situación existente en el CdPP de 1906– ha omitido precisar las exigencias de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora* que el juez debe tomar en consideración para efectos de decretar la detención.³⁸ La indeterminación resulta problemática desde un punto de vista constitucional, ya que para satisfacer el estándar del art. 19 N° 7° letra b), la ley debería determinar “los casos y formas” que autorizan esta forma de privación de libertad.

Esta omisión, por lo tanto, debe ser subsanada por la vía interpretativa. En lo que se refiere a la exigencia general de *fumus boni iuris*, parece evidente que no basta el solo hecho de la imputación para justificar la detención. El principio de proporcionalidad exige que no exista privación de la libertad personal si no puede formularse, siquiera en grado de sospecha, un juicio de probabilidad acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado.

En lo que se refiere a la exigencia general de *periculum in mora*, el artículo 127 inciso 2° CPP, que requiere que “de otra manera, la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada”, debe sin duda complementarse con la limitación general que impone el artículo 122 CPP en orden a que la detención sea “absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento”. Así, puede observarse que no cualquier demora o dificultad en la comparecencia permite justificar una orden de detención, sino sólo aquella que crea un riesgo serio para que el procedimiento cumpla sus fines de averiguar correctamente la verdad o actuar la ley penal. En otras palabras, estamos ante la hipótesis de que la demora o dificultad de la comparecencia sean modalidades del peligro de obstaculización de la investigación o del peligro de fuga.

³⁸ El artículo 255 del CdPP de 1906 establecía: “El juez que instruye un sumario podrá decretar la detención: 1° Cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene”.

3.2.1.1.c. Procedimiento

El procedimiento de detención judicial imputativa comprende las siguientes actuaciones:

i) *Despacho de la orden de detención.* El procedimiento comienza con el despacho por el juez, a solicitud del ministerio público, de la orden de detención (art. 127 CPP).

La orden de detención es un acto formal. Debe ser expedida por escrito por el tribunal y contener las siguientes menciones:

- a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaran o determinaren;
- b) El motivo de la detención, y
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere (art. 154 CPP).

Conviene destacar que, en nuestro sistema, el juez sólo tiene facultades para despachar de oficio una orden de detención en el caso del art. 128 CPP, esto es, delito flagrante cometido dentro de la sala de su despacho. En los demás casos, la adopción de esta medida cautelar depende de la iniciativa del ministerio público, a cuyo cargo se encuentra la persecución penal pública de los delitos.

ii) *Cumplimiento de la orden de detención por la policía.* El cumplimiento de la orden de detención está a cargo de la policía, toda vez que corresponde a ésta ejecutar las medidas de coerción que se decreten (art. 79 inc. 1º, parte final CPP) y cumplir las órdenes que les dirigieren los jueces para la tramitación del procedimiento (art. 80 inc. 2º CPP y art. 73 incs. 3º y 4º CPR).

En el cumplimiento de la orden, la ley faculta a la policía para efectuar el registro de lugares y recintos de libre acceso público en búsqueda del imputado (art. 204 CPP) y puede incluso entrar y registrar edificios o lugares cerrados en los que se presume que el imputado se encontrare, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia (art. 205 CPP). Por el contrario, si el propietario o en-

cargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía debe limitarse a adoptar las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado mientras el fiscal solicita al juez la autorización para proceder a la entrada y registro (art. 205 inc. final CPP).

Si, por cualquier causa, el funcionario policial se encontrare impedido de cumplir la orden, debe poner inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del juez que la hubiere emitido y de su superior jerárquico en la institución a que perteneciere, quien podrá sugerir o disponer las modificaciones que estimare convenientes para su debido cumplimiento, o reiterar la orden si en su concepto no existiere imposibilidad (art. 82 CPP).

En todo caso, y aunque parezca obvio, el hecho de que el cumplimiento de la orden corresponda a la policía no impide la presentación voluntaria del imputado contra el cual se ha emitido una orden de detención. Éste tiene siempre la facultad de concurrir ante el juez que correspondiere a solicitar un pronunciamiento sobre su procedencia o la de cualquier medida cautelar (art. 126 CPP). La norma procura reconocer en forma explícita al imputado el derecho a presentarse directamente ante el juez, sin tener que someterse en forma previa a la policía.³⁹

iii) *Intimación legal de la orden.* Antes de practicar la detención, el funcionario policial encargado de su cumplimiento debe intimarla en forma legal al imputado (art. 125 CPP). La intimación de la orden es una garantía constitucional (art. 19 N° 7° letra c) CPR). La obligación de intimación legal que pesa sobre el funcionario policial tiene como natural contrapartida el derecho del imputado a que la orden le sea exhibida (art. 94, letra a) CPP) y a obtener una copia de ella (art. 19 N° 7° letra d) inc. 3° CPR).

iv) *Deber de información de garantías y derechos.* En el acto de la detención, el funcionario policial debe cumplir, además, con el deber de informar al afectado acerca del motivo de la detención, y de los siguientes derechos (art. 135 CPP):

- a) Derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (art. 93 letra a) CPP);

³⁹ PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, cit., art. 126, p. 148.

- b) Derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (art. 93 letra b) CPP);
- c) Derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento (art. 93 letra g) CPP);
- d) Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto (art. 94, letra f) CPP), y
- e) Derecho a tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare (art. 94 letra g) CPP).

El inciso 2º del art. 135 CPP establece que “con todo, si por las circunstancias que rodearen la detención, no fuere posible proporcionar inmediatamente al detenido la información prevista en este inciso, ella le será entregada por el encargado de la unidad policial a la cual fuere conducido”.

La información de derechos puede efectuarse verbalmente o por escrito, si el detenido manifestare saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le debe entregar al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el ministerio público (art. 135 inc. 3º CPP).

La ley establece que 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 hubiere realizado, del funcionario que la hubiere entregado y de las personas que lo hubieren presenciado (art. 135 inc. 2º CPP).

Aunque no sustituye el deber de informar sus derechos al imputado, el art. 137 CPP prevé bajo la denominación “difusión de derechos” que en todo recinto de detención policial y casa de detención deberá existir, en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de los detenidos. El texto y formato de estos carteles serán determinados por el ministerio público (art. 137 CPP).

Corresponde al fiscal y al juez cerciorarse del cumplimiento del deber de información por parte de los funcionarios policiales. Si comprobaren que no se ha cumplido, deben informar de

sus derechos al detenido y remitir oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren (art. 136 CPP).

Más allá de la posibilidad de imponer sanciones a los funcionarios policiales, nuestro CPP no ha resuelto de manera específica cuáles son los efectos que el incumplimiento del deber de información acarrea a la eficacia de los actos del procedimiento. Esta materia es de fundamental importancia en el derecho comparado, ya que constituye un punto crítico en el balance entre garantías individuales y poder de persecución penal del Estado. No obstante la carencia de un tratamiento explícito, teniendo en consideración que los deberes de información tienen sus raíces en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, parece evidente que la eficacia de los actos del procedimiento deberá medirse en relación con la entidad de la omisión, y la posibilidad de que ella determine una declaración de nulidad procesal (arts. 159 y 160) o la exclusión de pruebas para el juicio oral (art. 276 CPP).

v) *Conducción del detenido ante el tribunal que hubiere ordenado la detención.* Una vez practicada la detención, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención, deben conducir inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden (art. 131 inc. 1º CPP). Esta obligación conlleva el derecho correlativo del imputado privado de libertad a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) CPP). Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, la ley permite hacer permanecer al detenido en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno puede exceder de veinticuatro horas (art. 131 inc. 1º CPP).

3.2.1.2. Detención imputativa por funcionarios públicos

La detención imputativa por funcionarios públicos es la detención ordenada por un funcionario público diferente del juez, pero autorizado expresamente por la ley, con el mismo objeto

de la detención judicial imputativa y sujeta a sus mismos supuestos de aplicación y procedimientos.

Constituye —como hemos dicho— una anormalidad de nuestro sistema jurídico, que atenta contra el principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares.⁴⁰ Encuentra su sustento constitucional en la Constitución Política de la República de 1980 y su concreción en diversas normas legales que, excepcionalmente, autorizan a autoridades gubernamentales a despachar órdenes de detención.

El CPP eliminó, a lo menos, las disposiciones de nuestro antiguo CdPP de 1906 que autorizaban a los intendentes regionales y gobernadores provinciales (art. 258 CdPP de 1906) e incluso a los alcaldes (art. 259 CdPP 1906), para decretar en ciertos casos la detención.

Sin embargo, el CPP no llegó al punto de derogar las disposiciones contenidas en leyes especiales que, hasta el día de hoy, contienen autorizaciones de este tipo. Por el contrario, en la discusión legislativa de la disposición que dio origen al actual artículo 125 CPP, se tuvo expresamente en consideración que como exigencia básica de la detención no debía señalarse la orden del juez, sino del “funcionario público expresamente facultado por la ley” por tratarse de una norma basada en la Constitución, que admite tal posibilidad en leyes especiales.⁴¹

Entre las leyes especiales que, hasta el día de hoy, admiten que la detención sea decretada por funcionarios públicos distintos del juez, debe mencionarse la Ley N° 18.314 (1984) que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Esta ley permite despachar órdenes de detención al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, los Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición, pero sólo cuando recabar previamente la orden judicial pudiera frustrar el éxito de la diligencia (art. 13 Ley 18.314).

⁴⁰ Vid. supra, VI.A.1.4.2.

⁴¹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Boletín 1.630-07, art. 154.

3.2.1.3. Detención judicial en caso de flagrancia en la sala de despacho

3.2.1.3.a. Concepto

Se trata de la detención que puede decretar todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito (art. 128 CPP). Tiene un carácter imputativo en cuanto su objeto es poner al detenido a disposición del juez para asegurar su comparecencia a la audiencia en que se formalizará la investigación y, eventualmente, se adoptará alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra.

Aunque la detención proviene, en este caso, de una orden judicial, su naturaleza se encuentra más cercana a la detención por flagrancia, toda vez que surge de la constatación personal y directa, por el juez, de la comisión actual de un delito dentro de la sala de su despacho.

3.2.1.3.b. Procedimiento

El procedimiento es el mismo de la detención judicial imputativa, cuyos pasos hemos detallado precedentemente.

3.2.1.4. Detención particular o policial en caso de flagrancia

3.2.1.4.a. Concepto

Se trata de la detención que puede realizar cualquier persona que sorprendiere a otra en delito flagrante, para poner al detenido a disposición del juez con el objeto de que se celebre la audiencia en que ha de formalizarse la investigación y, eventualmente, se adopte alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra.

La detención por flagrancia constituye una excepción a la exigencia de la orden de detención previa, y aparece reconocida como tal a nivel constitucional (art. 19 N° 7° letra c) CPR). Para los particulares constituye una facultad; para los agentes policiales, en cambio, una obligación (art. 129 CPP). La policía debe cumplir esta obligación sin necesidad de orden judicial pre-

via (art. 94 y art. 125 letra a) CPP) ni de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales (art. 83 letra b) CPP).

3.2.1.4.b. Supuestos de aplicación

El artículo 130 CPP precisa que se entenderá 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.

Cabe precisar que el delito flagrante que autoriza la detención por los particulares o la policía sin orden previa es, por regla general, el delito de acción penal pública y excepcionalmente el delito de acción penal pública previa instancia particular, cuando se tratare de los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quarter del Código Penal (art. 129 inciso 3º). En los demás casos de delitos de acción penal pública previa instancia particular y en todos los casos de delitos de acción penal privada, la detención por flagrancia no se encuentra autorizada.

Desde el punto de vista de la gravedad debe tratarse, además, de un delito cuya pena sea superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, ya que de lo contrario no procede la detención sino sólo la citación por flagrancia (art. 134 CPP).

3.2.1.4.c. Procedimiento

El procedimiento de detención por flagrancia, a diferencia de la detención judicial imputativa, carece por definición de las

exigencias ligadas al despacho e intimación de una orden judicial, pero se encuentra sujeto a los mismos deberes de información de derechos al detenido y a la obligación de conducción ante el juez competente.

Entre las particularidades del procedimiento hay que considerar varias normas especiales.

En primer lugar, la detención por flagrancia es una forma de detención que, por regla general, se practicará en lugares y recintos de libre acceso público. Nada obsta, sin embargo, a que pueda realizarse por la policía en un determinado edificio o lugar cerrado, al que se haya ingresado con el consentimiento de su propietario o encargado, o en cumplimiento de una orden de entrada y registro (art. 205 CPP). Adicionalmente, la ley autoriza en forma excepcional a la policía para entrar en un lugar cerrado y registrarlo, aun sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito (art. 206 CPP).

El objeto general de la detención es poner al detenido a disposición del tribunal en el más breve plazo. No obstante, en el caso de la detención practicada por particulares, la ley los autoriza para entregarlo alternativamente a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

La policía, por su parte, sea que haya practicado por sí misma la detención o que haya recibido al detenido de un particular, debe cumplir con el deber de informar al fiscal que es previo a la conducción del detenido ante el juez. En efecto, la ley impone al agente policial que hubiere realizado la detención y al encargado del recinto de detención al que hubiere sido conducido el detenido, el deber de informar de ella al ministerio público, dentro de un plazo de doce horas (art. 131 inc. 2º CPP). Si se tratare de un simple delito y no fuere posible conducir al detenido inmediatamente ante el juez, el oficial a cargo del recinto puede otorgarle la libertad de inmediato, cuando considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia (art. 134 inc. final CPP). Por su parte, el fiscal a quien se comunica la detención por flagrancia puede dejar desde luego sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea

conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas contado desde la detención (art. 131 inc. 2º CPP).

La facultad del fiscal para dejar sin efecto la detención y ordenar la inmediata libertad del detenido puede tener su fundamento en varias circunstancias, tales como el hecho de tratarse de un delito que sólo hace procedente la citación por flagrancia (art. 134 CPP), la imposibilidad de conducir al detenido inmediatamente ante el juez, o cualquier otro motivo que lo mueva a considerar improcedente la detención. Que el fiscal disponga de esta facultad se explica porque, como hemos visto, el ministerio público dirige y tiene el control de la investigación, siendo además responsable de las actuaciones de la policía. Se trata de una derivación del principio de responsabilidad y de la función de dirección de la investigación.⁴²

En cualquier caso, si ante la comunicación policial el ministerio público nada manifiesta en el sentido de dejar en libertad inmediata al detenido u ordenar su conducción ante el juez, corresponde a la policía presentar al detenido ante éste dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención (art. 131 inc. 2º CPP).

Cabe señalar, finalmente, que nuestro sistema contempla un procedimiento especial para el caso de que el detenido por delito flagrante sea un diputado o senador (art. 417 CPP y art. 58 CPR) o un juez, fiscal judicial o fiscal del ministerio público (art. 426 CPP y art. 78 CPR). En todos estos casos, el fiscal al cual se comunica el hecho de la detención debe poner al detenido inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, remitiendo la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto.

Una vez que el detenido ha sido puesto a disposición del juez, debe seguirse el procedimiento común a todas las detenciones que tienen una naturaleza cautelar.

⁴² Vid. *supra*, III.A.2.3.1.1. y III.A.2.3.2.5.

3.2.2. *Detención judicial por incomparecencia del imputado*

3.2.2.1. Concepto

La *detención judicial por incomparecencia*, también llamada *arresto*, es la detención del imputado, que es decretada por el juez, de oficio o a petición del ministerio público, como consecuencia del incumplimiento injustificado, por parte de éste, de la citación despachada previamente por el juez o el fiscal y con el objeto de asegurar su comparecencia a la actuación respectiva (arts. 33 inciso 3º, 124; 127 y 193 CPP).

La detención por incomparecencia del imputado tiene una naturaleza cautelar, ya que su objeto es asegurar la comparecencia del imputado a un acto del procedimiento. No obstante lo anterior, constituye una categoría distinta de la detención imputativa, en cuanto la finalidad última no es ponerlo a disposición del tribunal para que se formalice la investigación y, eventualmente, se adopte una medida cautelar de mayor intensidad en su contra, sino sólo para asegurar su presencia en el acto, tras lo cual éste recupera en forma inmediata e ineludible su libertad ambulatoria.

Aunque se aplican a esta forma de detención todas las normas de procedimiento que estudiamos a propósito de la detención judicial imputativa, difiere de ésta en cuanto no da lugar a la audiencia prevista por el art. 132 CPP, sino que se agota con la presencia del imputado a la actuación respectiva.

3.2.2.2. Supuestos de aplicación

Esta modalidad de detención judicial tiene un supuesto único, que es la incomparecencia ante una citación judicial.

En el caso del imputado, la citación puede haberse despachado con el objeto de que comparezca para llevar a cabo una actuación ante el tribunal (art. 33 CPP), o porque su presencia es necesaria en un caso que no admite detención sin citación previa (art. 123 CPP), o debido a que su presencia en una audiencia judicial es condición de ésta (art. 127 inc. 2º CPP). También puede haber tenido por objeto que el imputado comparezca ante el fiscal, ya que ésta constituye una obligación del imputado durante la etapa de investigación, que se entiende, por supuesto, sin perjuicio de su derecho a guardar silencio (arts. 23 y 193 CPP).

3.2.2.3. Procedimiento

3.2.2.3.a. Citación judicial

La detención por incomparecencia supone una citación judicial previa válidamente despachada y notificada. La citación es un acto formal que involucra, por una parte, una resolución que ordena la comparecencia y por la otra, la notificación de esa resolución. Esta notificación debe hacerse conforme a las reglas generales del título VI del Libro I del Código de Procedimiento Civil y debe incluir la comunicación acerca del tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Debe advertirle al citado, asimismo, que la incomparecencia injustificada dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que causare y que puede imponérsele sanciones. También le debe indicar que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible (art. 33 CPP).

3.2.2.3.b. Despacho de la orden de detención

Verificada la incomparecencia injustificada del citado, corresponde al juez despachar la orden de detención.

En el caso del imputado, el tribunal despachará una orden de que sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva (art. 33 inc. 3º CPP). En todo caso, si se trata de un delito que sólo hace procedente la citación, el juez debe limitarse a decretar el arresto (art. 124 CPP).

En todo caso, la intimación de la orden, el deber de información de los derechos del detenido y su conducción ante el tribunal deben cumplirse de la misma manera prevista para la detención judicial imputativa.

3.3. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA EJECUTIVA

La *detención como medida ejecutiva* es aquella que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un proceso de ejecución ya inicia-

do o que debió iniciarse y al cual se ha sustraído el condenado. Se trata de modalidades de detención que no tienen una naturaleza cautelar, porque no están destinadas a garantizar una ejecución futura, sino a imponer la ejecución actual⁴³ de una sentencia condenatoria.

En nuestro sistema asume las siguientes modalidades:

3.3.1. *Detención judicial para permitir la ejecución de la sentencia condenatoria*

Se trata de la detención que debe decretar el tribunal, en contra del condenado que estuviere en libertad, con el objeto de que se proceda a la ejecución de la sentencia que lo ha condenado a una pena privativa de libertad, en el establecimiento penitenciario correspondiente (art. 468).

3.3.2. *Detención policial por quebrantamiento de condena y fuga*

La policía debe también detener, sin necesidad de orden judicial previa, al sentenciado a pena privativa de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva (art. 129 inc. final CPP).

3.4. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA TENDIENTE A GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES

Existen, finalmente, modalidades de detención que no tienen naturaleza cautelar, ya sea porque no se dirigen en contra del imputado o no están vinculadas con los fines del procedimiento penal. Son las modalidades de detención que buscan asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones legales.

En nuestro sistema, podemos reconocer las siguientes:

⁴³ MONTERO AROCA (J.) y otros, *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 448.

3.4.1. *Detención judicial por incomparecencia de testigos y peritos*

3.4.1.1. Concepto

La *detención judicial por incomparecencia* o *arresto*, que ya estudiamos en relación con el imputado, puede también dirigirse por el juez en contra de los testigos o peritos, de oficio o a petición del ministerio público, como consecuencia del incumplimiento injustificado, por parte de éstos, de la citación despachada previamente por el juez o el fiscal y con el objeto de asegurar su comparecencia a la actuación respectiva (arts. 33 inciso 3º y 193 CPP).

3.4.1.2. Supuestos de aplicación

Esta modalidad de detención judicial tiene –como hemos dicho– un supuesto único que es la incomparecencia ante una citación judicial.

En el caso de los testigos, peritos, u otras personas cuya presencia se requiriere, la citación puede haberse despachado para llevar a cabo una actuación cualquiera ante el tribunal (art. 33 CPP), para declarar como testigos en el juicio oral (art. 298 CPP), en el procedimiento simplificado (art. 393 CPP), o en el procedimiento por delito de acción penal privada (art. 405 CPP). Puede también haberse despachado para que el testigo compareciera ante el fiscal durante la etapa de investigación, ya que éstos tienen, salvo escasas excepciones legales, la obligación de comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo (arts. 23 y 190 CPP).

3.4.1.3. Procedimiento

La detención por incomparecencia de testigos y peritos se rige por el mismo procedimiento que la detención por incomparecencia del imputado.

La particularidad es que, en este caso, se trata de una orden de arresto hasta la realización de la actuación que tiene un plazo máximo de veinticuatro horas (art. 33 inc. 3º, art. 299 y art. 319 CPP).

3.4.2. *Detención para fines de identificación*

El control de identidad que la ley autoriza a los funcionarios policiales no implica, en principio, la privación de libertad de una persona. El art. 85 CPP faculta a la policía, actuando sin orden previa del tribunal ni de los fiscales, para solicitar la identificación de cualquiera persona en casos fundados, entre los cuales menciona, a modo de ejemplo, “la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito”, o “de que se dispusiere a cometerlo”.⁴⁴

Nuestro CPP establece el control de identidad como una forma alternativa a la infame “detención por sospecha”, que constituyó en el pasado una fuente profusa de arbitrariedad y discriminación en nuestro país. Por esta razón, el procedimiento previsto por la ley se limita, en principio, a facultar al agente policial para solicitar la identificación, precisando que, a continuación, ésta 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”. La disposición agrega que el funcionario policial debe otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos documentos (art. 85 CPP).

No obstante lo anterior, la misma disposición añade en su inciso 2º que 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*”. El procedimiento que se sigue a continuación exige, una vez en la unidad, dar a la persona facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los documentos de identificación mencionados, y si esto no fuere posible, ofrecer a la persona “*ponerla en libertad de inmediato*” si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales. La norma termina exigiendo a la policía ejercer estas facultades de la forma más expedita posible, señalando que en caso alguno el conjunto de procedimientos

⁴⁴ Excluimos el tercer ejemplo citado por la disposición, esto es, que la persona “pudiera suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito”, porque tal situación, en cuanto se dirige a un tercero, escapa del marco de las medidas cautelares personales, que es el objeto de este capítulo.

detallados “podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales *será puesta en libertad*”.

Sostener que esta disposición constituye una forma de detención por sospecha que, en forma encubierta, autorizaría nuestra legislación, nos parece algo exagerado. En el contexto cultural de nuestro país, en que el porte de documentos de identificación y, en particular, de la cédula nacional de identidad es una costumbre sumamente arraigada, pareciera que, de respetarse el procedimiento de control de identidad previsto por la ley, éste debiera llevar muy rara vez a la conducción de la persona a la unidad policial.⁴⁵ Lo anterior no debe, sin embargo, ocultar el hecho de que, una vez verificada la negativa o imposibilidad de acreditar la identidad mediante tales documentos, la persona se encuentra propiamente sometida a una detención, aunque la ley no la denomine de ese modo. Para ponerlo en palabras de DE LLERA: “toda privación efectiva de libertad deambulatoria será una detención con independencia de que se la denomine de una forma u otra. Así los términos ‘presentación’, sin más, en unas dependencias (policiales, judiciales o fiscales) de una persona o ‘retención’ de la misma, en cuanto impuestas coactivamente a una persona, constituyen una verdadera detención, por mucho que se pretenda encubrirla terminológicamente”.⁴⁶

Se trata, por lo demás, de una forma de detención revestida de garantías y plazos especiales. Así, el artículo 85 inciso final impone un límite temporal de cuatro horas contado desde la

⁴⁵ Por otra parte, los verdaderos intentos de restablecer la detención por sospecha durante la tramitación del proyecto de Código Procesal Penal corrieron por parte de la Cámara de Diputados, que había agregado a la enumeración de las situaciones de flagrancia propuestas por el Ejecutivo una letra g) que entendía encontrarse en situación de flagrancia “el que inequívocamente se aprestare a dar comienzo a la ejecución de un delito”. La hipótesis fue afortunadamente suprimida por el Senado, aun cuando la razón para ello no fue el deseo de impedir la reedición de la detención por sospecha sino la circunstancia de tratarse, supuestamente, de una situación ya contemplada en las letras anteriores, debido a que en tal caso habría siempre principio de ejecución o actos preparatorios penados por la ley. PFEFFER, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, cit., art. 129, pp. 149 y ss.

⁴⁶ DE LLERA SUAREZ (B.), *Derecho procesal penal* (Manual para criminólogos y policías), Valencia, 2ª ed., 1997, pp. 288 y 289, citado por MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1560.

solicitud inicial de identificación, y el artículo 86 establece los “derechos de la persona sujeta a control de identidad”, imponiendo al funcionario a cargo del traslado el deber de informarle verbalmente de su derecho a comunicar a su familia o a la persona que indicare, el hecho de su permanencia en el cuartel policial, y prohibiendo que el “afectado” sea ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas “detenidas”.

3.5. DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

La detención consiste, por definición, en una privación de libertad de corta duración, a la cual se pone término tan pronto ha comparecido el detenido al acto del procedimiento que motivó la medida.

Aunque la situación de privación de libertad puede subsistir, posteriormente, será en tal caso la prisión preventiva y no la detención la medida que producirá tal efecto.

Precisamente para evitar que la detención pudiera ser utilizada con fines que son propios de otras medidas cautelares, y asegurar que los objetivos que ésta persigue se cumplirán con el mínimo grado posible de afectación a la libertad ambulatoria, la Constitución y la ley han impuesto a la medida límites temporales absolutos, esto es, ha fijado plazos cuyo vencimiento determina necesariamente la libertad inmediata del detenido.

3.5.1. *Plazo de la detención por orden judicial*

Todas las modalidades de detención asociadas al cumplimiento de una orden judicial obligan a los agentes policiales que la hubieren realizado o al encargado del recinto de detención correspondiente a conducir *inmediatamente* al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden (art. 131 inc. 1º CPP). Esta obligación conlleva el derecho correlativo del imputado privado de libertad a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) CPP). Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, la ley permite hacer permanecer al detenido en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un pe-

río que en caso alguno puede exceder de veinticuatro horas (art. 131 inc. 1º CPP).⁴⁷

El plazo *para poner al detenido a disposición del tribunal* que hubiere expedido la orden no es ampliable. Sin embargo, *una vez puesto el imputado a disposición del tribunal* el fiscal puede solicitar una ampliación de la detención hasta por tres días fundando su petición en que no está en condiciones de formalizar inmediatamente la investigación o solicitar las medidas cautelares que fueren procedentes, debido a que no cuenta con los antecedentes necesarios o no se encuentra presente el defensor del imputado. Para acceder a esta solicitud, el juez debe estimar que los antecedentes justifican la medida (art. 132 inc. 2º CPP).

Se ha dicho que resulta problemática la exigencia de respeto al plazo máximo de veinticuatro horas establecido por la ley para poner al detenido a disposición del juez que emitió la orden, toda vez que, en un país de las características geográficas del nuestro, el imputado puede ser detenido en un lugar tan distante al de asiento del tribunal que emitió la orden, que exista sencillamente imposibilidad física de ponerlo a su disposición en un plazo tan breve. Para resolver este tipo de situaciones, en derecho comparado suele establecerse como tribunal competente para recibir al detenido al juez más próximo al lugar de detención. Así, por ejemplo, en España, el tema es resuelto por el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordenando que la entrega se haga al “juez más próximo al lugar en que se hubiere hecho la detención, con independencia de que resultara o no competente para conocer del proceso que tiene por objeto los hechos determinantes de la detención”.⁴⁸ En Alema-

⁴⁷ En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se estimó que este plazo de detención era inferior al plazo establecido constitucionalmente. Esto, sin embargo, sólo es correcto con respecto a la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez, caso para el cual el art. 19 Nº 7º letra c) CPR establece un plazo de cuarenta y ocho horas, dentro de las cuales la autoridad debe “dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado”. La detención por orden judicial no tiene fijado un plazo máximo por la CPR. Era el CdPP de 1906 el que establecía un plazo máximo de cinco días *desde que el detenido sea puesto a disposición del tribunal* (art. 272 Nº 1º CdPP de 1906), entendiéndose que en ese caso el detenido quedaba a disposición del tribunal “por el mismo hecho de la detención” (art. 291 inc. final CdPP de 1906).

⁴⁸ MORENO CATENA, *El proceso penal*, cit., p. 1626.

nia, por su parte, la ley prevé que, en caso de no ser posible llevar al detenido en el tiempo debido ante el tribunal competente, debe ser conducido inmediatamente “ante el Juez Municipal más próximo”.⁴⁹

En nuestro país, la norma es clara en cuanto a que el tribunal a cuya presencia debe ser conducido el imputado es *el juez que hubiere expedido la orden* (art. 131 CPP), lo que ha llevado a utilizar soluciones algo descabelladas para enfrentar el problema, tales como la aplicación directa –con prescindencia de la ley– de una supuesta norma constitucional que autorizaría a ampliar la detención hasta por cinco días. La verdad es que no existe disposición alguna, legal ni constitucional, que autorice la ampliación hasta por cinco días de la detención practicada por orden judicial. El art. 19 N° 7° letra c) inc. 2° CPR sólo autoriza la ampliación de la *detención ordenada por otra autoridad distinta del juez*, posibilidad que, como veremos, sólo subsiste actualmente respecto de los delitos terroristas.

Lo cierto es que el problema planteado no parece realmente existir al tenor literal de las disposiciones legales involucradas. El art. 131 CPP no exige que el detenido esté materialmente en presencia del juez dentro del plazo de veinticuatro horas, sino que sea *conducido inmediatamente* a su presencia. La obligación de conducción inmediata se cumplirá, por cierto, en la medida en que la policía acredite que todos los actos posteriores al momento de la detención han estado dirigidos, sin solución de continuidad, a materializar dicha conducción inmediata, aunque transcurran más de veinticuatro horas entre el momento en que la detención se hizo efectiva y el momento en que el detenido sea puesto a disposición del juez. El plazo de veinticuatro horas establecido por el artículo 131 inc. 1° no está establecido para poner límites temporales al proceso de conducción inmediata, sino para fijar el plazo máximo de permanencia en el recinto policial o de detención cuando no fuere posible llevar al detenido a presencia del juez por no ser hora de despacho.⁵⁰ La so-

⁴⁹ Para una revisión de la discusión doctrinaria existente en Alemania acerca de las facultades del Juez Municipal para ordenar la liberación del detenido o revocar la orden de detención. Véase ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 266 y ss.

⁵⁰ En España, donde el problema de respeto al plazo de la detención se planteó al Tribunal Constitucional español con ocasión de una detención practicada

lución aquí propuesta no disminuye en modo alguno la garantía de rodear a la detención de un mecanismo de control judicial pronto y oportuno, toda vez que el detenido conserva el derecho, durante todo el proceso de conducción hacia el tribunal que expidió la orden, de exigir un control judicial previo a través de la presentación de un recurso de amparo ante el juez de garantía más próximo (art. 95 CPP).

3.5.2. *Plazo de la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez*

El CPP no contiene una norma destinada a regular el plazo máximo de la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez, lo cual se explica porque la posibilidad de detención por otras autoridades no existe en este cuerpo legal, sino que subsiste sólo en leyes especiales.

De esta manera, para la determinación de los plazos máximos habrá que estarse, en principio, a lo que establezcan dichas leyes especiales. En ausencia de norma expresa, correspondería aplicar por analogía la disposición del art. 131 inc. 1º CPP, que ordena la *conducción inmediata* del detenido a presencia del juez y establece un plazo máximo de permanencia en el recinto policial o de detención por un período no superior a las veinticuatro horas. Para llegar a esta conclusión hay que tener presente que, aunque el plazo máximo de la detención por otras autoridades previsto por el art. 19 Nº 7º letra c) CPR es de cuarenta y

en alta mar, a considerable distancia de las costas españolas más próximas, el TCE consideró que debía desestimarse en ese caso una vulneración a la garantía del art. 17.2, al poner el énfasis en el "pleno control judicial sobre la libertad del recurrente", más que en la presencia física del detenido ante el juez dentro del plazo previsto constitucionalmente. Teniendo en consideración que el Juzgado Central de Instrucción competente, dentro de las 72 horas establecidas por la Constitución, había dictado un auto en el que, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo que impedían la presencia física de los detenidos ante el órgano judicial y valorando los indicios de criminalidad existentes, había acordado la prisión provisional del detenido, el TCE estimó que no existía infracción constitucional, recordando que "el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad" (STC 115/1987), lo que se había cumplido en la especie (STC 21/1997).

ocho horas, el CPP no reiteró la disposición de los arts. 270 bis y 272 bis inc. 1º CdPP de 1906, que reiteraba a nivel legal el plazo constitucional previsto para este caso. La historia legislativa del proyecto de CPP evidencia, por su parte, que la intención de la ley fue acortar el plazo de cuarenta y ocho horas establecido en la Constitución y uniformar todos los plazos de detención en veinticuatro horas.⁵¹

Con respecto a la posibilidad de ampliación del plazo de la detención, nuevamente habrá que estarse a si dicha posibilidad se contempla o no en leyes especiales. Así, por ejemplo, el art. 11 de la Ley Nº 18.314 que fija conductas terroristas y fija su penalidad, faculta al tribunal, por resolución fundada y siempre que las necesidades de la investigación lo requieran, para ampliar hasta por diez días el plazo para poner el detenido a su disposición. A falta de norma expresa en leyes especiales, nos parece que la posibilidad de ampliación de este plazo debe entenderse vedada. Lo anterior no obsta a que, una vez puesto el detenido a disposición del juez, éste pueda ampliar la detención hasta por tres días si concurren las circunstancias del art. 132 CPP.

3.5.3. *Plazo de la detención sin orden judicial*

En los casos de detención por delito flagrante, el plazo máximo establecido por la ley para poner al detenido a disposición del juez es de veinticuatro horas (art. 131 inc. 2º CPP). Como hemos revisado al analizar el procedimiento aplicable a esta modalidad de detención, la misma norma prevé incluso la posibilidad de que, en forma previa al cumplimiento de ese plazo, el fiscal deje sin efecto la detención (arts. 134 inc. final CPP y 131 inc. 2º CPP).⁵² Para estos efectos se impone al agente policial que la hu-

⁵¹ En la discusión legislativa del proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado tuvo presente "que la ley puede establecer plazos menores, lo que se explica en el nuevo procedimiento por las restricciones a las diligencias policiales autónomas y el derecho a guardar silencio que se reconoce al detenido". Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Boletín 1.630-07, arts. 161 y 162.

⁵² Vid. supra, VI.A.3.2.1.4.c.

biere realizado o al encargado del recinto de detención el deber de informar de ella al ministerio público dentro de un plazo de doce horas.

3.6. CONTROL DE LA DETENCIÓN

El control de las condiciones de la detención puede producirse básicamente por dos vías:

3.6.1. *Audiencia de control de la detención*

Con este nombre se ha denominado, en la práctica, a la primera audiencia judicial del detenido, que se celebra en el momento en que éste es puesto a disposición del juez que ordenó su detención (art. 132 CPP). Se trata, como se observa, de la forma de control de la detención imputativa.

Esta audiencia constituye la oportunidad establecida por la ley para que el fiscal formalice la investigación. Lo cierto es, sin embargo, que la transformación de la audiencia de control de la detención en audiencia de formalización es siempre eventual, ya que el fiscal puede sencillamente no concurrir o, concurriendo, podría incluso negarse a formalizar la investigación. En efecto, aunque el artículo 132 CPP pareciera no admitir esta posibilidad, la oportunidad de la formalización de la investigación es una decisión que corresponde siempre al fiscal, conforme a lo dispuesto por el art. 230 CPP que le faculta para hacerlo cuando lo “considerare oportuno”. Por otra parte, la detención puede haberse practicado sin que le haya precedido una solicitud del fiscal, como sucede con la detención en caso de flagrancia, de manera tal que debe reconocerse al fiscal la posibilidad de optar, derechamente, por no formalizar la investigación en esta audiencia.

La audiencia de control de la detención debiera iniciarse con la verificación, de oficio, por parte del juez de garantía, de que se ha dado cumplimiento al deber de información de derechos al detenido (art. 136 CPP) y de que se han respetado las normas legales que establecen sus derechos y garantías, dejando constancia en los respectivos registros (art. 97 CPP). Si el juez esti-

mare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, debe adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio (art. 10 CPP).

En todo caso, debe tenerse en consideración que la audiencia de control de la detención es el momento del procedimiento a través del cual se pone necesariamente fin a la detención, toda vez que, si el fiscal desea prolongar la situación de privación de libertad, debe hacerlo, en principio, por la vía de solicitar y obtener la prisión preventiva del imputado. En el evento de que el tribunal deniegue la solicitud, el imputado debe ser puesto inmediatamente en libertad. La única excepción a lo anterior está constituida por la posibilidad de que el juez, accediendo a una solicitud del fiscal, disponga la ampliación del plazo de detención hasta por tres días. Esta ampliación sólo puede ser concedida cuando el fiscal no pudiere proceder directamente en la audiencia a formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares, por no contar con los antecedentes necesarios o por no encontrarse presente el defensor del imputado. En cualquier caso, el juez accederá a la ampliación del plazo de la detención sólo cuando estimare que los antecedentes justifican esta medida (art. 132 inc. 2º CPP). El examen del juez debiera incluir, a nuestro modo de ver, un juicio de probabilidad acerca de la posibilidad de que se produzcan antecedentes que justifiquen una solicitud posterior de prisión preventiva y, por otra, la consideración de que la falta de dichos antecedentes en la audiencia de control no es imputable al ministerio público.

El art. 132 CPP prevé que si el fiscal no concurre a esta audiencia, su sola ausencia da lugar a la liberación del detenido. La misma consecuencia debiera producirse si, concurriendo, no formaliza la investigación o no solicita la prisión preventiva del detenido.

3.6.2. *Amparo ante el juez de garantía*

El amparo ante el juez de garantía es un derecho que se reconoce a toda persona privada de libertad para 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, a objeto de que el juez ordene la libertad del afectado o adopte las medidas que fueren procedentes, según el caso (art. 95 CPP).

A diferencia de la audiencia de control de la detención, el amparo puede ser solicitado ante cualquier juez de garantía y no sólo ante el juez que hubiere ordenado la detención o fuere competente conforme a las reglas generales.

4. LA PRISION PREVENTIVA

4.1. CONCEPTO

La prisión preventiva es una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento.⁵³

Se trata de una medida cautelar personal de carácter excepcional, que sólo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento (art. 139 inc. 2º CPP).

4.2. FUNDAMENTO

Hemos dicho ya, al analizar el fundamento de las medidas cautelares personales en general, que el derecho al juicio previo y, en particular, el principio de inocencia, aparece claramente en tensión con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal pendiente el procedimiento de persecución penal.⁵⁴ Esta tensión alcanza, sin duda, su punto más crítico en el debate en torno a la prisión preventiva, porque ella involucra una for-

⁵³ MORENO CATENA, *Derecho procesal penal* (con GIMENO SENDRA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 524.

⁵⁴ Vid. supra, VI.A.1.2.

ma de afectación del derecho a la libertad personal (*encarcelamiento*) que no logra distinguirse de la que produce la pena privativa de libertad. En otras palabras, desde la perspectiva de la libertad ambulatoria del afectado, pareciera no existir ninguna diferencia entre la prisión preventiva y la prisión punitiva.⁵⁵

En otras palabras, si la pena privativa de libertad, que constituye la sanción penal más generalizada en nuestro sistema, sólo puede ejecutarse después de haber sido impuesta por una sentencia judicial (derecho al juicio previo), y si el imputado debe ser considerado inocente en tanto no exista dicha sentencia condenatoria, lo que implica, por una parte, la carga para el Estado de probar la culpabilidad más allá de una duda razonable (principio de inocencia como regla de enjuiciamiento) y, por otra parte, la exigencia de tratarlo como inocente en tanto dicha sentencia no exista (principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado), lo cierto es que la sola existencia de la posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio implica una contradicción que es difícil de justificar.

En doctrina, existen dos corrientes de signo opuesto que buscan resolver esta contradicción. La primera resuelve el problema en favor de la prisión preventiva, declarando el principio de inocencia como un absurdo conceptual. El representante más destacado de esta tendencia es, sin lugar a dudas, MANZINI, para quien no existe “nada más burdamente paradójico e irracional” que la presunción de inocencia. En sus palabras: “Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?” (...) “Y además, ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él?, ¿o lo uno y lo otro a la vez? Y

⁵⁵ Desde luego, nos parecería incorrecto un argumento destinado a elaborar esta diferencia a partir de las garantías de segregación y trato menos riguroso a que alude el artículo 150 CPP. Si el trato de inocente que permite distinguir la prisión preventiva de la prisión punitiva consiste en que la primera se cumpla, como expresa la ley, “de manera tal que no provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encuentran en el recinto”, lo que cabe realmente discutir es por qué razón la pena privativa de libertad involucra limitaciones adicionales de ese tipo, que no tienen justificación alguna en su propia naturaleza.

entonces, ¿por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no abolir la detención preventiva?⁵⁶ Entre nosotros, FONTECILLA puede ser considerado un entusiasta partidario de esta corriente.⁵⁷ En las antipodas de esta tesis está FERRAJOLI, quien, casi 60 años más tarde, pretende responder la pregunta de MANZINI reafirmando la presunción de inocencia como fuente de absoluta ilegitimidad de la prisión preventiva. Sostiene FERRAJOLI: “Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las garantías penales y procesales”.⁵⁸ La tesis de FERRAJOLI asume que no existe ningún fin que legitime la prisión preventiva y que, por lo tanto, ésta debiera abolirse.⁵⁹

La mayoría de la doctrina procesal penal, sin embargo, ha evitado ubicarse en alguno de los polos de este debate y ha centrado la discusión en el análisis de los fines de la prisión preventiva, entendiendo que la posibilidad de coexistencia entre este instituto y la presunción de inocencia está condicionada por los fines que se reconozcan al primero. En este contexto, se ha entendido que el derecho a la presunción de inocencia sería respetado en la misma medida en que la prisión preventiva estuviere fundada en el cumplimiento de finalidades distintas de aquellas perseguidas por la pena, esto es, finalidades de carácter

⁵⁶ MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, cit., t. I, pp. 253 a 256.

⁵⁷ En su *Tratado de derecho procesal penal*, y bajo el título “La presunción de inocencia está fuera de lugar”, FONTECILLA sostiene que ésta debe considerarse “desterrada” por resultar “inaplicable desde el momento en que la extraviada conducta del hombre comienza a revelarse en los ámbitos del proceso penal, donde impera el régimen de prueba legal, que encauza y guía el convencimiento del juez”. A su juicio, frente a las leyes reguladoras de la prueba “ninguna relevancia puede tener la llamada presunción de inocencia, y resaltarían en forma más elocuente su falta de lógica y su ausencia de realidad si el juez pretendiera mantener la presunción de inocencia frente a un individuo confeso o convicto o sorprendido in fraganti”. Sobre la base de estos fundamentos, FONTECILLA califica la presunción de inocencia como “absurda”. FONTECILLA RIQUELME, (R.), *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 1978, t. II, p. 442.

⁵⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 555.

⁵⁹ Para un completo desarrollo del argumento véase: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 549 a 561.

estrictamente procesal. En esta línea encontramos a BECCARIA, para quien “siendo una especie de pena, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga”. Por lo tanto, la custodia preventiva “no puede ser más que la necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”.⁶⁰ Para CARRARA, en cambio, la prisión preventiva está legitimada “para interrogar al reo y obtener de viva voz suya todos los esclarecimientos que la instrucción puede necesitar”, tras lo cual su prolongación podría justificarse por las siguientes necesidades: “1º, necesidad de *justicia*: para impedir la fuga del reo; 2º, necesidad de *verdad*: para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del delito, intimidar a los testigos; 3º, necesidad de *defensa pública*: para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno”.⁶¹ Como se observa, entonces, en esta última variante la prisión preventiva ya no sólo sirve a finalidades procesales (peligro de fuga, peligro de ocultación de pruebas), sino que desborda los límites cautelares de la medida, constituyéndose en un instrumento de prevención y de defensa social tendiente a evitar la comisión de delitos futuros por parte del imputado (peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).

La forma en que los estados resuelven la contradicción entre presunción de inocencia y prisión preventiva está en directa relación con los grados de libertad individual que se reconocen en una determinada sociedad. La solución que el derecho chileno ha dado a este conflicto se expresa normativamente en una suma de principios y reglas no siempre consistentes, cuyo contenido estudiaremos a continuación.

4.3. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La regulación constitucional de la prisión preventiva en la CPR de 1980 obedece, propiamente, a la de un sistema inquisitivo

⁶⁰ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., t. XIX, pp. 60-61, citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 552.

⁶¹ CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Traducción dirigida por Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, v. II, 897, p. 285.

donde la tensión entre pretensión punitiva y libertad personal se resuelve claramente en favor de la primera. Consistente con el esquema del CdPP de 1906, que establecía la prisión preventiva como consecuencia automática del auto de procesamiento (arts. 276 y 277 CdPP) y concebía a la situación de libertad como una excepción condicionada y por lo tanto "provisional" a la situación de privación de libertad (arts. 356 y ss. CdPP), la CPR no afirma el carácter excepcional de la prisión preventiva, sino que pretende elevar al rango de garantía constitucional su modo de *suspensión*, esto es, la *libertad provisional*.⁶²

De este modo, nuestra CPR reza textualmente:

Art. 19 CPR: *La Constitución asegura a todas las personas: 7. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: (...) b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; (...) e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9^o,⁶³ deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.*

A la fecha de entrada en vigencia de la CPR, una definición de este tipo en materia de prisión preventiva resultaba del todo

⁶² Conforme a la doctrina predominante en Chile, la libertad provisional del CdPP constituía la suspensión de los efectos de la prisión preventiva. No debe ser confundida con la libertad provisional del sistema español, donde constituye una medida cautelar personal alternativa a la prisión preventiva. Véase LOPEZ (O.), *Derecho procesal penal chileno*, EDIAR Editores Ltda., 2ª ed., Santiago, 1983, p. 201, quien sin embargo considera a la libertad provisional del CdPP chileno como una medida cautelar.

⁶³ La norma se refiere a conductas terroristas. Véanse art. 9º CPR y Ley 18.314 de 1984.

consistente con las disposiciones legales vigentes y no parecía contradecir ninguna obligación del Estado en materia internacional. Sin embargo, esta situación cambia radicalmente el 29 de abril de 1989, fecha de publicación del decreto promulgatorio del PIDCP,⁶⁴ que ordena que las disposiciones de ese Pacto Internacional se cumplan y lleven a efecto en todas sus partes como Ley de la República.

En efecto, el PIDCP establece, en materia de prisión preventiva, lo siguiente:

Art. 9 PIDCP: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...)

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su 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.

Como se aprecia entonces, a simple vista, la coexistencia entre la CPR y el PIDCP, como ley de la República, materializaba una contradicción, tanto en lo que se refiere al ámbito de aplicación del instituto (prisión preventiva como regla general en la CPR y como excepción en el PIDCP), como en consideración a los fines que los diferentes instrumentos consideraban legítimos como fundamentación de la prisión preventiva (éxito de la investigación y peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, en la CPR; aseguramiento de la comparecencia del acusado por insuficiencia de garantías, en el PIDCP).

La situación se habría de agravar con la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, que modificó el inciso 2° del art. 5° de la CPR, que a partir de entonces reza:

⁶⁴ El PIDCP había sido suscrito por Chile en el año 1966 y ratificado en el año 1972.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Se trata, como se ve, de una norma que impone la incorporación al derecho interno, con rango constitucional, de las declaraciones de derechos incorporadas en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, lo que importa, a partir de entonces, la existencia de una contradicción entre normas del mismo rango.⁶⁵

Posteriormente, con fecha 5 de enero de 1991, fue publicado en el Diario Oficial el Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que mandó cumplir, previa aprobación del Congreso Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". Esta convención, reiterando los principios consagrados en el PIDCP, establece en la materia:

Artículo 7 CADH: Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. (...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Como se observa, entonces, a la fecha en que se empieza a discutir un nuevo proyecto de Código Procesal Penal para nuestro país, el sistema adolecía ya de una seria inconsistencia entre las finalidades legitimantes de la prisión preventiva reconocidas

⁶⁵ MEDINA (C.), *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 39 y ss.

en los tratados internacionales ratificados por Chile (asegurar la comparecencia del imputado ante la insuficiencia de garantías de dicha comparecencia) y las contenidas en la CPR (necesidad para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad).

Aunque el proyecto de CPP aparecía llamado a resolver esta contradicción, en particular teniendo presente que el mensaje presidencial que lo acompañó sostuvo que la CPR, el PIDCP y la CADH eran “los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto”,⁶⁶ lo cierto es que éste en definitiva las acentuó. En efecto, el CPP parece someterse en parte a las convenciones internacionales y en parte a la CPR, creando un régimen que no satisface íntegramente los presupuestos de ninguno de estos instrumentos. En efecto, en la medida en que el CPP reconoce a la libertad ambulatoria su carácter general y restituye a la prisión preventiva su excepcionalidad (art. 139 CPP), reforzando esta última con la creación de medidas cautelares de aplicación preferente (art. 155 CPP), resulta evidente que su régimen se aproxima al del PIDCP y de la CADH, con lo que torna obsoletas las referencias constitucionales a la institución de la *libertad provisional* (que desaparece en el nivel legislativo) y a las *investigaciones del sumario* (que son reemplazadas por una etapa de investigación preliminar a cargo del ministerio público, y sometida al control de un juez de garantía). Curiosamente, sin embargo, cuando el CPP se enfrenta a la necesidad de superar la mayor fuente de sus contradicciones, que está dada por el reconocimiento legal de finalidades no admitidas en las convenciones internacionales como legitimantes de la prisión preventiva, el CPP cede a favor de la CPR, reproduciendo en su art. 140 CPP los mismos objetivos que la CPR consideraba legítimos para denegar la libertad provisional (necesidad para el éxito de la investigación, peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).

De esta manera, tanto en la perspectiva del actual tenor de la CPR como en la de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, el actual tratamiento legislativo de la prisión preventiva se enfrenta a un serio problema

⁶⁶ Mensaje N° 110-331 de S.E. el Presidente de la República a S.E. el Presidente de la H. Cámara de Diputados, de fecha 9 de junio de 1995.

de constitucionalidad, toda vez que autoriza la prisión preventiva sobre la base de finalidades que no están reconocidas por los tratados internacionales vigentes en Chile, y que sólo encuentran sustento en disposiciones de la CPR que se encuentran obsoletas, ya que su operatividad depende de instituciones inexistentes en el contexto del nuevo sistema procesal penal chileno.

4.4. CASOS DE IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Decíamos anteriormente que el principio de proporcionalidad, aplicable en general a todas las medidas cautelares personales, exige que las medidas que se adopten estén en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.⁶⁷

Tuvimos ya ocasión de estudiar una primera aplicación de este principio al señalar que los casos de procedencia de la citación determinan que quede excluida la posibilidad de ordenar medidas cautelares personales que afecten más intensamente la libertad del imputado, tales como la detención o la prisión preventiva (art. 124 CPP).⁶⁸

El mismo principio de proporcionalidad, unido al carácter excepcional de la prisión preventiva, ha llevado a la ley a establecer ciertos casos de improcedencia absoluta de esta última, por aparecer “desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable” (art. 141 CPP). Se trata de casos de delitos de menor gravedad establecidos en el art. 141 inc. 2º CPP. Esta disposición señala, en lo pertinente:

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;

⁶⁷ Vid. supra, VI.A.1.4.5.

⁶⁸ Vid. supra, VI.A.2.5.

- 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.

Analizamos ya, que la hipótesis de la letra a) de esta norma no constituye más que una reiteración de la norma del art. 124 CPP, que excluye la posibilidad de prisión preventiva por tratarse de casos que sólo hacen procedente la citación. Analizamos, asimismo, las razones por las cuales esta reiteración era innecesaria y problemática.⁶⁹

Ahora bien, el artículo 141 inc. 3º CPP dispone que, no obstante la improcedencia de la prisión preventiva, el imputado debe 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, referidos a la citación judicial. La obligación del imputado de permanecer en el lugar del juicio debe interpretarse, como es lógico, en relación con el art. 285 CPP, que impone al acusado el deber de estar presente durante la *audiencia de juicio oral* y no como una restricción general de la libertad ambulatoria mientras se encuentre pendiente la investigación. Debe recordarse al efecto que la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residire o del ámbito territorial que fijare el tribunal, constituye una medida cautelar general que debe ser específicamente decretada en contra del imputado cuando se cumplan los requisitos del caso, de conformidad con lo dispuesto por el art. 155 inc. 1º letra d) CPP.

La improcedencia de la prisión preventiva en los casos del art. 141 CPP deviene relativa en su inciso 4º, conforme al cual el tribunal puede, no obstante, llegar a decretar la prisión preventiva cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6º de este Título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo es-

⁶⁹ Vid. supra, VI.A.2.5.2.

tablecido en el inciso precedente, o cuando no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral. En primer lugar, debe tenerse presente que esta disposición sólo se aplica a las hipótesis de las letras b) y c) del art. 141 inc. 2º CPP, ya que para los casos de la letra a) sólo cabe el arresto por falta de comparecencia, conforme a lo previsto por el art. 124 CPP, que impone la exclusión absoluta de la prisión preventiva.⁷⁰ En segundo lugar, resulta claro que la prisión preventiva decretada en estas circunstancias sólo habilita para dictar la medida con el objeto de asegurar la comparecencia para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación. Esto significa que, en estos casos, sería absolutamente improcedente pretender incorporar criterios de peligrosidad como fundamento de la medida, y que ésta debe cesar, inmediatamente, tan pronto la actuación que requiere la presencia del imputado se haya ejecutado.⁷¹

La ley establece una hipótesis adicional de improcedencia de la prisión preventiva en el art. 141 inc. final CPP, al señalar que ésta no procederá respecto del imputado que se encuentre cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. La disposición alude a una situación en que la improcedencia de la medida no obedece a razones de proporcionalidad, sino de instrumentalidad, ya que es evidente que, en tal caso, cualquier fin cautelar que pudiera perseguirse mediante la prisión preventiva se encuentra desde luego cumplido por la pena privativa de libertad en actual ejecución. Consecuentemente con lo anterior, la posibilidad de decretar la prisión preventiva se activa cuando la pena privativa de libertad fuere a cesar su cumplimiento efectivo (art. 141 inc. final CPP).

Por último, puede considerarse también como una hipótesis adicional de improcedencia de la prisión preventiva, la situación prevista por el art. 464 CPP, que ordena la *internación provisional* del imputado en un establecimiento asistencial cuan-

⁷⁰ Vid. supra, VI.A.2.5.2.

⁷¹ La diferencia entre el arresto por falta de comparecencia y la prisión preventiva destinada a asegurar comparecencia nos parece tenue pero real. En el primer caso, la privación de libertad debe preceder a la actuación el tiempo mínimamente necesario para permitir la conducción del arrestado al tribunal y no puede incluir el encarcelamiento en un recinto penitenciario; en el segundo caso, la medida conlleva encarcelamiento y puede ejecutarse con mayor anticipación que la mínimamente requerida para la celebración de la audiencia.

do, concurriendo los requisitos del art. 140 y no estando excluida la prisión preventiva por las hipótesis del art. 141 CPP, exista un informe psiquiátrico practicado al imputado que señale que éste sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas. La *internación provisional* puede también ser considerada como una medida cautelar personal alternativa aplicable a los enajenados mentales. Opera siempre a petición de parte (art. 464 CPP).

4.5. LOS REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE

Los requisitos generales de la prisión preventiva en Chile pueden estudiarse en relación con los requisitos de toda medida cautelar personal, que son los siguientes:

4.5.1. Fumus boni iuris (*apariencia de buen derecho*)

La exigencia de *fumus boni iuris* establecida para la prisión preventiva comprende la obligación del solicitante de “acreditar” (art. 140 inc. 1º, letras a) y b) CPP):

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; y
- b) que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Como se observa, el CPP optó por mantener en esta materia los mismos requisitos que el sistema inquisitivo imponía para la dictación del *auto de procesamiento*, conforme a lo previsto por el art. 274 CdPP de 1906.

La reiteración de la regla conforme a la cual deben existir antecedentes que “justificaren la existencia del *delito* que se investigare” genera dos problemas:

El primero consiste en definir cuál es el estándar de convicción que se exige al tribunal en torno a la existencia del delito. Siguiendo a MAIER, quien afirma que el juez puede estar, en el momento de apreciar los elementos de prueba, en un estado de

duda, probabilidad o certeza,⁷² la pregunta que se plantea es si el estándar de la legislación chilena en materia de existencia del delito se satisface con la *probabilidad* o exige la *certeza*. La pregunta es relevante porque si bien se acepta generalmente que, en este punto, el estándar requerido consiste en un mero juicio de probabilidad,⁷³ la redacción de la norma positiva chilena permite sostener lo contrario en cuanto contrapone la expresión “antecedentes que justificaren la existencia del delito”, a nivel de hecho punible, con la expresión “antecedentes que permitieren presumir fundadamente”, a nivel de participación, dando a entender así que el juicio de probabilidad propio del segundo elemento no sería suficiente para satisfacer el primero.

El segundo problema de la regla consiste en la interpretación de la voz “delito” que revalida la ya larga discusión en torno a si con ella se está aludiendo exclusivamente al elemento *tipicidad* o si el juez debe también verificar, en dicho estado de la investigación, que concurran sus demás elementos, esto es, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*.⁷⁴ Esta discusión había perdido gran parte de su relevancia en Chile a partir de la incorporación del art. 279 bis del CdPP mediante la Ley N° 18.857 de 6 de diciembre de 1989, que permitía al juez “no someter a proceso al inculpado y disponer su libertad aunque aparezcan reunidos los antecedentes para procesarlo”, cuando hubiere adquirido la convicción de que con los antecedentes acumulados en la investigación se encontraba establecido alguno de los motivos que

⁷² Dice MAIER: “Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar decisiones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la *certeza* de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma la *probabilidad* de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la *duda* es absoluta”. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 258.

⁷³ Vid. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 262; ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 259; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 481.

⁷⁴ A favor de la tesis que exige sólo tipicidad en el nivel de procesamiento, véase FONTECILLA (R.), *Derecho procesal penal*, Imprenta El Imparcial, Santiago, 1943, t. I, pp. 79 y ss.; QUEZADA MELENDEZ (J.), *Derecho procesal penal. Del sumario*, EDIAR Conosur Ltda., Santiago, 1988, pp. 159-161.

daban lugar al sobreseimiento definitivo previstos en los artículos 4º a 7º del art. 408 del CdPP. Como por la vía del numeral 4º del art. 408 se incorporaban todas las eximentes de responsabilidad del art. 10 del Código Penal, resultaban claramente incorporados al juicio valorativo del juez los elementos de antijuridicidad y culpabilidad, con prescindencia de la interpretación que se hiciera de la voz *delito*, contenida en el art. 274 inc. 1º Nº 1º del CdPP. Sin embargo, teniendo en consideración que el CPP no contiene una norma similar al art. 279 bis del CdPP, y que la disponibilidad de antecedentes que justifiquen la existencia del delito constituye ahora uno de los requisitos para decretar *la prisión preventiva*, la discusión en torno a los alcances de la voz *delito* en el art. 140 CPP pareciera retrotraerse al estado anterior al año 1989.

Entre las opiniones más frecuentemente citadas a favor de la identificación de la voz *delito* con el elemento tipicidad se encuentra la de JIMENEZ DE ASUA, para quien, durante la instrucción, “el juez instructor debe abstenerse, en general, del juicio valorativo sobre la antijuridicidad, y en principio, del juicio de culpabilidad, porque su función es cognoscitiva”.⁷⁵ JIMENEZ DE ASUA fundamenta su opinión en el hecho de que el juez de instrucción “no valora, no hace juicio, no enjuicia. Sencillamente porque no juzga. En cuanto aparece la necesidad de valorizar, aunque sea elementalmente, la Ley remite la tarea, al Tribunal de sentencia, y si alguna de las acusaciones exige plenitud de garantías para valorar, para hacer el juicio, el juicio oral se abre”.⁷⁶ JIMENEZ DE ASUA sólo acepta que el juez vaya más allá de la función cognoscitiva en los que él denomina *tipos anormales*, “en que a más de elementos puramente descriptivos, hay elementos normativos y subjetivos”.⁷⁷ En nuestro medio, esta misma tesis fue defendida por Daniel

⁷⁵ JIMENEZ DE ASUA (L.), *Tratado de derecho penal*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1951, t. III, 1236 y 1237, p. 804.

⁷⁶ JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 808.

⁷⁷ JIMENEZ DE ASUA sostiene que “...en los tipos *anormales* en que a más de elementos puramente descriptivos, hay elementos normativos y subjetivos, el juez no puede contentarse con el mero proceso de conocimiento. Incluso ante elementos subjetivos del tipo la *función objetiva* debe ser superada, y, sin quebrantar su *papel cognoscitivo*, penetrar en el *ánimo del agente*. Con mayor motivo aún, en presencia de *elementos normativos*, el juez de instrucción no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis que han de ser fijadas cuidadosamente en cada caso, el juez de ins-

SCHWEITZER en el Segundo Congreso Latino Americano de Criminología celebrado en Chile en enero de 1941, y luego seguida por FONTECILLA, quien escribió: "Siendo, pues, la primera función que incumbe al juez, antes de juzgar, la justificación del tipo, es obvio que para declarar reo debe abstenerse de hacer apreciaciones valorativas atinentes a la antijuridicidad y culpabilidad, salvo cuando esté en presencia de los elementos subjetivos o normativos enraizados al tipo, pues, en estos casos, esas valoraciones quedan comprendidas dentro del tipo mismo, y, por lo tanto, deben establecerse. Un análisis anticipado de la antijuridicidad o de la culpabilidad en el auto de reo importaría prejuzgar y resolver desde luego el juicio criminal, lo que es contrario a nuestra técnica procesal".⁷⁸ La tesis aquí planteada fue en su momento aceptada con gran generalidad por la doctrina nacional.⁷⁹

Los argumentos más representativos de la tesis contraria fueron expuestos en su momento por CLARIA OLMEDO,⁸⁰ para quien "el procesamiento debe ser conceptualizado como un juicio provisional acerca de la posible culpabilidad o merecimiento de pena por parte del imputado, con respecto a un hecho penalmente relevante verificado en concreto, y apoyado en un conocimiento probable ante la existencia de elementos suficientes de convicción para dar paso a una acusación".⁸¹ Sobre esta base, considera que "se trata, pues, de un mérito más estricto que los anteriores en el avance de la instrucción, por cuanto capta todos los elementos integrantes de lo que se considera como imputación jurídica delictiva. La exclusión de alguno de ellos haría imposible poner a cargo del imputado un delito, a los fines que responda penalmente por él. Esto conduce a valorar, a más de

trucción está obligado a hacer un *juicio valorativo* sobre la índole antijurídica de la conducta del autor". JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 807.

⁷⁸ FONTECILLA (R.), *Tratado de derecho procesal penal*, cit., 281, pp. 172-173.

⁷⁹ Véase QUEZADA MELENDEZ, *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 159-161; POZO SILVA (N.), *El cuerpo del delito en nuestra ley procesal penal*, Ediciones Centumancia, Santiago, 1984, pp. 47-49; en contra: PAILLAS (E.), *Derecho procesal penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, v. I, pp. 175 y ss.

⁸⁰ CLARIA OLMEDO (J.), *Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, t. II, 717 y 718, pp. 502-504.

⁸¹ CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, cit., p. 503.

la tipicidad y participación que fueron suficientes para el llamado a indagatoria, la presencia o ausencia de otras circunstancias que excluyan la acción, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, o que eximan de pena”.⁸² En el mismo sentido, VELEZ MARICONDE ha dicho que “no cabe suponer que el instructor realice una valoración ‘parcelada del hecho que juzga’, ‘seccionando la acción en segmentos estancos’ y colocando *sucesivamente* lentes distintos a sus catalejos. Con uno solo observa, simultáneamente, todos los elementos que integran la infracción penal, sin pretender seccionarla en partes independientes, pero dirigiendo su visual a toda la superficie que la constituye”.⁸³

Si bien es cierto los argumentos expuestos en su momento para sostener una correcta interpretación de la voz *delito* sigue siendo pertinente en cuanto el CPP plantea el mismo problema, debe tenerse presente que dicha discusión se dio en el contexto de la incorporación de esa voz como requisito del auto de procesamiento propio de un procedimiento inquisitivo, lo que constituye un marco de referencia completamente distinto del actual, en que la misma voz juega como requisito de una medida cautelar de prisión preventiva, sobre la cual ha de pronunciarse un juez que no tiene a su cargo la instrucción sino la tutela de garantías. En estas circunstancias, constituiría a nuestro juicio un serio error pretender resolver el problema que nos plantea actualmente el art. 140 inc. 1º letra a) CPP con los argumentos desarrollados para resolver el problema que anteriormente planteaba el art. 274 inc. 1º Nº 1º CdPP.

En un sistema acusatorio formal que no pone la instrucción a cargo del juez sino de un órgano autónomo como es el ministerio público, no existe razón alguna para privar al juez de garantía (juez de control, en definitiva), del desempeño de funciones valorativas durante el desarrollo de la investigación. Por el contrario, desde el momento en que la función esencial que define a dicho juez consiste en la tutela de garantías de los intervinientes, debe admitirse que la función valorativa es propia de su desempeño, ya que sin ella sería imposible compren-

⁸² CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, cit., p. 504.

⁸³ VELEZ MARICONDE (A.), *Estudios de derecho procesal penal*, Córdoba, 1956, t. II, pp. 232 y ss., citado por PAILLAS, *Derecho procesal penal*, cit., v. II, p. 193.

der, por ejemplo, su papel en la autorización de medidas intrusivas, en la adopción de medidas cautelares o en la exclusión de pruebas. Al resolver la prisión preventiva de una persona, el juez de garantía cumple, sin duda, con una función propiamente valorativa. Esto es a tal extremo evidente, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que constituye una infracción a la garantía del juez imparcial el hecho de que el juez de instrucción que ha despachado una orden de detención preventiva en contra del imputado forme parte posteriormente del tribunal de primera instancia que conoce el juicio y dicta sentencia en su contra.⁸⁴ Por otra parte, si el rol fundamental del juez de garantía consiste en tutelar las garantías de los intervinientes, resulta evidente que la exigencia de acreditar todos los elementos del delito y no sólo la tipicidad cautela de mejor manera las garantías del imputado contra el cual se pretende la medida de prisión preventiva.⁸⁵ Finalmente, debe considerarse que la voz *delito*, utilizada por el artículo 140 CPP, constituye una palabra definida expresamente por el legislador en el artículo 1º del Código Penal, razón por la cual debe dársele su significado legal, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del Código Civil. Más aun, una interpretación que propiciara la identificación de la voz *delito* exclusivamente con el elemento tipicidad, constituiría a nuestro modo de ver una forma de interpretación extensiva de una disposición del CPP que autoriza la restricción de la libertad del imputado, lo que está explícitamente prohibido por el art. 5º inc. 2º CPP.

La interpretación del término delito en su sentido técnico no constituye, como erróneamente se ha sostenido, la defensa

⁸⁴ Caso De Cubber (26 de octubre de 1984). MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez...*, cit., pp. 43 y 45.

⁸⁵ Los partidarios de la tesis que identifica delito con tipicidad sostienen, por ejemplo, la inevitabilidad del procesamiento (y en su caso de la prisión preventiva) del imputado que ha obrado en legítima defensa, afirmando que esta última sólo puede ser establecida en la sentencia definitiva. Véase JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 808. FONTECILLA tuvo la oportunidad de redactar una sentencia aplicando la teoría a un caso concreto en que el imputado invocaba haber obrado en legítima defensa. Véase Resolución de 17 de septiembre de 1947 de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Revista de Ciencias Penales*, segunda época, tomo X, N° 4, octubre-diciembre de 1948, p. 382, citada por PAILLAS, *Derecho procesal penal*, cit., v. I., p. 177.

de una forma de prejuzgamiento.⁸⁶ Al juicio valorativo emitido por el juez de control de la instrucción en orden a estimar acreditada la existencia del delito, no puede reconocérsele valor en la sentencia por la sencilla razón de que es un juicio valorativo que proviene de un tribunal diverso de aquel ante el cual se desarrollará el juicio, y que se funda en los antecedentes de la investigación preparatoria, todos los cuales son esencialmente inadmisibles como prueba durante el juicio oral, ya que no han sido sometidos al debate contradictorio que legitima formalmente su consideración en el momento de decisión del conflicto.⁸⁷ De esta manera, la valoración del juez de garantía proviene de una autoridad judicial distinta y tiene por base antecedentes diversos de la prueba efectivamente producida ante el tribunal del juicio oral, lo que naturalmente impide reconocer valor alguno como prejuzgamiento a la resolución que decreta la prisión preventiva.⁸⁸

Por el contrario, la exigencia de que se encuentre acreditada la existencia de delito constituye una garantía integrante del *fumus boni iuris* sin el cual no procede adoptar medidas cautelares de ninguna especie.

En lo que se refiere al segundo requisito establecido por el art. 140 CPP, en orden a que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, resulta evidente que la discusión existente al tenor del antiguo sistema, en orden a si dichas presunciones debían o no reunir los requisitos del art. 488 del CdPP de 1906, ha quedado completamente fuera de lugar en el contexto del nuevo sistema procesal penal,

⁸⁶ JIMENEZ DE ASUA ha dicho: "Es curioso que quienes combaten nuestra doctrina, en nombre del principio individualista favorable al acusado y contra el principio *pro societate*, no vean que con su tesis se llega a un resultado contrario. Si el procesamiento supusiera la *existencia de un criminal y la valoración de antijuridicidad, culpabilidad y hasta punibilidad de la conducta*, los autos llegarían a manos de los jueces y tribunales sentenciadores verdaderamente prejuzgados, y en el juicio no comparecería ya un simple procesado o acusado, sino *un criminal autor de una conducta antijurídica, culpable y punible*". JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 809.

⁸⁷ Vid. supra, II.C.2.3.2.

⁸⁸ Lo anterior no implica desconocer, por supuesto, que la resolución inhabilitará al juez que la pronuncia para participar en el juicio oral por el hecho de afectar tal resolución su imparcialidad, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo. Vid. supra, II.C.2.1.2.1.

que no opera sobre los parámetros de un sistema de prueba legal o tasada y no contiene, por tanto, normas de valoración de la prueba. Las *presunciones fundadas* del art. 140 CPP no pueden ser consideradas, entonces, como referencias a un medio de prueba legal, sino como un estándar de convicción que no está llamado a ser definido, sino sólo a ser ubicado en un lugar intermedio entre la duda y la convicción. Se trata, en otras palabras, de requerir del juez la formulación de un *juicio de probabilidad* acerca de la participación del imputado.⁸⁹

4.5.2. *Periculum in mora* (peligro de retardo)

La exigencia de *fumus boni iuris* establecida para la prisión preventiva, comprende la obligación del solicitante de “acreditar”: (art. 140 inc. 1º letra c) CPP).

“Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido” (art. 140 inc. 1º letra c) CPP).

La exigencia de *periculum in mora*, requisito general de toda medida cautelar personal, tiene, en materia de prisión preventiva, un carácter particularmente conflictivo, ya que dice relación directa con los fines de la prisión preventiva como institución, respecto de los cuales no existe ningún consenso en derecho comparado.

El problema, sin embargo, se presenta con particular fuerza en nuestro país, ya que —como hemos dicho— los fines reconocidos a nivel legal no resultan del todo consistentes con los establecidos por la CPR, los que, a su vez, parecen estar en abierta contradicción con los principios emanados de las declaraciones sobre derechos humanos ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes.⁹⁰

Estudiaremos estos fines en orden de complejidad.

⁸⁹ Sobre la relación entre duda, probabilidad y certeza, vid. supra, VI A.4.5.1. (nota 72).

⁹⁰ Vid. supra VI.A.4.3.

4.5.2.1. El peligro de obstaculización de la investigación

El peligro de obstaculización de la investigación ha sido generalmente considerado como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de inocencia.⁹¹ Si se acepta que uno de los fines del procedimiento penal es el correcto establecimiento de la verdad, parece evidente que una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida. Aunque el reconocimiento de esta finalidad no aparece explícito en la CADH ni en el PIDCP, lo cierto es que la Corte IDH, aplicando el art. 7º de la Convención, ha considerado como legítimas las restricciones de libertad del imputado tendientes a “asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones”.⁹² En la CPR, por su parte, la finalidad aparece, en principio, cubierta por la posibilidad de restringir la libertad cuando la prisión preventiva sea considerada por el juez como *necesaria para las investigaciones del sumario*.

En el CPP, el peligro de obstaculización de la investigación, como finalidad justificadora de la prisión preventiva, encuentra reconocimiento en el art. 141, inc. 1º letra c) CPP, que autoriza al tribunal para decretarla cuando se acredite “Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es *indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación...*”. El inciso siguiente precisa que “se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.

Con respecto a esta norma, debe tenerse presente su carácter claramente excepcional. La exigencia de “acreditar” que

⁹¹ Véanse MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., pp. 274 y ss. En contra: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 556 y ss.

⁹² Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párrs. 76-78.

“existen antecedentes calificados” para considerar a la prisión preventiva “indispensable” para el éxito de diligencias “precisas y determinadas de la investigación”, y el criterio de que estos dos últimos caracteres sólo se cumplen cuando existiere “sospecha grave y fundada” de obstaculización de la investigación, deja en evidencia que no será suficiente la mera aserción del ministerio público en este sentido, ni la simple posibilidad de que la investigación se obstaculice. Adicionalmente, parece claro que una justificación de este tipo para la prisión preventiva sólo podría permitir que ésta se decretara por un lapso muy breve, esto es, el estrictamente necesario para obtener aquellos antecedentes probatorios que estuvieren en riesgo de alteración.

4.5.2.2. El peligro de fuga

La consideración del peligro de fuga como una finalidad legítima de la prisión preventiva supone, en términos positivos, entender que ésta tiende a asegurar la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal.⁹³ En otros términos, la finalidad que se persigue es “mantener la presencia del imputado en el proceso declarativo y asegurar su presencia a los efectos de la ejecución de la pena que en su caso se dictara”.⁹⁴ Se trata de una finalidad generalmente aceptada por el pensamiento liberal clásico,⁹⁵ y consagrada con bastante generalidad en los países europeos. Según ROXIN, es el motivo invocado por más del 80% de las órdenes de prisión que se despachan en Alemania.⁹⁶

En la CADH y en el PIDCP, la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado no está consagrada como un fundamento legítimo de la prisión preventiva sino sólo del otorgamiento de *garantías*, a las cuales puede quedar subordinada la libertad del imputado mientras se encuentre pendiente el proceso (arts. 9.3

⁹³ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 279.

⁹⁴ BARONA VILAR, *Prisión previsional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 20.

⁹⁵ Para una sintética descripción y crítica de la aceptación del peligro de fuga como justificación de la prisión preventiva, véase, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 551-559.

⁹⁶ ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 258.

PIDCP y 7.5 CADH). En el CPP chileno, por su parte, la finalidad de *asegurar la comparecencia del imputado* no constituye un fundamento general de la prisión preventiva, sino exclusivamente de las medidas cautelares generales, conforme a lo dispuesto por el art. 155 CPP. No obstante lo anterior, parece evidente que se trata de una finalidad que está implícitamente considerada en los casos en que la prisión preventiva se impone como consecuencia del incumplimiento de la obligación de comparecencia impuesta al imputado.

En efecto, la asociación entre ambas nociones (aseguramiento de la comparecencia y peligro de fuga) puede elaborarse ya a partir del sistema interamericano de derechos humanos. Aunque el art. 7.5 de la CADH establece que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable “o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”, la Corte IDH ha entendido que la frase siguiente: “Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”, importa una autorización para restringir la libertad del detenido dentro de los límites estrictamente necesarios para asegurar que éste “no eludirá la acción de la justicia”.⁹⁷ En la CPR, el peligro de fuga podría entenderse incorporado dentro de aquellas circunstancias que convierten a la prisión preventiva en “necesaria para las investigaciones del sumario” (art. 19 N° 7° letra e) CPR).

Las normas del CPP no elevan el peligro de fuga a la categoría de justificación general de la prisión preventiva. Aunque una primera lectura del art. 140 CPP podría llevar a entender esta finalidad incluida como circunstancia que permite considerar a la prisión preventiva como “indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación” (art. 140 inc. 1° letra c) CPP), el inciso siguiente explicita que esta justificación sólo alcanza para cubrir el peligro de obstaculización de 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”.

⁹⁷ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párrs. 76-78.

Curiosamente, sin embargo, es una norma secundaria relativa a la posibilidad de reemplazo de la prisión preventiva la que da pábulo para entender comprendido el peligro de fuga dentro de las finalidades de la prisión preventiva previstas por nuestro ordenamiento. Dice el art. 146 que “cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará”.

En el CPP chileno, la posibilidad de imponer la prisión preventiva “para garantizar la comparecencia del imputado al juicio” aparece vinculada a dos disposiciones legales:

1º) La que faculta al tribunal para detener o someter a prisión preventiva al imputado que no compareciere injustificadamente habiendo sido previamente citado para llevar a cabo una actuación ante el tribunal (art. 33 inc. 3º CPP);

2º) La que permite decretar la prisión preventiva aun en casos de improcedencia general de dicha medida cuando el imputado:

a) Incumpliere el deber de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, o de 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 (art. 141 inc. 4º CPP);

b) Incumpliere alguna de las medidas cautelares generales del párrafo 6º, título V del Libro I CPP, en el entendido de que tal medida haya sido dictada con el objeto de asegurar su comparecencia (art. 141 inc. 4º CPP),⁹⁸ o

c) No hubiere asistido a la audiencia del juicio oral (art. 141 inc. 4º CPP).⁹⁹

Como se aprecia, entonces, en nuestro sistema no existe el peligro de fuga ni la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado como una justificación general de la prisión pre-

⁹⁸ Las hipótesis de este numeral y el anterior deben entenderse con excepción de los casos en los que sólo procede la citación. Vid. *supra*, VI. A. 2.5.2.

⁹⁹ Aunque en este último caso la ley utiliza una fórmula imperativa (“se decretará”), lo cierto es que la posibilidad de reemplazo de la medida por una caución, conforme a lo dispuesto por el art. 146 CPP, reafirma el carácter facultativo de la adopción de la medida.

ventiva, sino sólo como una justificación implícita, que requiere previamente la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado.¹⁰⁰ Más aún, cabe agregar que, incluso en estos casos, la incomparecencia no es, por sí misma, una razón suficiente, toda vez que el art. 139 inc. 2º CPP sólo admite la procedencia de la prisión preventiva cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para satisfacer los fines del procedimiento, y debe recordarse que medidas cautelares de aplicación preferente (las medidas cautelares generales del art. 155 CPP y la detención del art. 127 inc. 2º CPP) tienen entre sus justificaciones principales el aseguramiento de la comparecencia del imputado. Así lo confirma, por otra parte, el carácter mayoritariamente facultativo que tiene, para el tribunal, la imposición de la prisión preventiva por incomparecencia. La consideración conjunta de todas estas disposiciones implica, a nuestro juicio, que el tribunal sólo debiera decretar la prisión preventiva cuando la incomparecencia esté calificada por la evidencia de que, a través de ella, se procura eludir la acción de la justicia, lo que constituye, en su esencia, el peligro de fuga que la prisión preventiva procura evitar.

Pero incluso en estos casos, cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado, la ley faculta al tribunal para autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente (art. 146 CPP). Esta norma concreta, en el derecho interno, las garantías establecidas en el art. 9.3 del PIDCP y art. 7.5 de la CADH, que sólo autorizan a subordinar la libertad del imputado a garantías que aseguren su comparecencia, dejando en evidencia que la prisión preventiva por esta causal sólo puede operar de manera excepcionalísima. En todo caso, cuando ella se decretara, debe considerarse que, en todas las hipótesis anteriormente mencionadas, tendrá por exclusivo objeto asegurar la comparecencia a la actuación respectiva, por lo que debe cesar inmediatamente después que la actuación se haya realizado.

¹⁰⁰ Nótese, por el contrario, que sí constituye una justificación general de las medidas cautelares personales generales del art. 155 CPP.

4.5.2.3. El peligro para la seguridad de la sociedad

El peligro para la seguridad de la sociedad ha sido considerado como un fundamento para la prisión preventiva, no ya para satisfacer fines procesales, sino propiamente penales. Se trata, como recuerda críticamente FERRAJOLI, de un criterio que promueve la utilización de la prisión preventiva como “instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”¹⁰¹ Como afirma el mismo FERRAJOLI, “es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida ‘procesal’, o ‘cautelar’, y, en consecuencia, ‘no penal’, en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*”.¹⁰²

El peligro para la seguridad de la sociedad es, sin lugar a dudas, la justificación más problemática para la prisión preventiva, porque resulta evidente que, en este caso, deja de ser una medida cautelar para convertirse en un instrumento de control social, lo que claramente pone en crisis su legitimidad. Aunque en Chile aparece todavía reconocida constitucionalmente en el art. 19 N^o 7^o letra e) CPR, que autorizaba al juez del antiguo sistema para denegar la “libertad provisional” cuando considerara a la prisión preventiva como necesaria para “la seguridad de la sociedad”, lo cierto es que se trata de una norma cuya vigencia es discutible, habida consideración que la “libertad provisional”, como instituto, ha dejado de existir legalmente en el sistema procesal penal de la reforma. Más aún, cualquiera sea la posición que se adopte en cuanto a la vigencia de la disposición constitucional en cuestión, lo cierto es que el “peligro para la seguridad de la sociedad” no está reconocido como una finalidad legítima de la prisión preventiva por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile. En efecto, el art. 7.5 de la CADH sólo autoriza a condicionar la libertad del

¹⁰¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 553.

¹⁰² Idem nota anterior.

imputado “a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” y el art. 9.3 del PIDCP, por su parte, sólo permite subordinar la libertad 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”. Si tenemos en consideración que ambas disposiciones tienen rango constitucional, y que su entrada en vigencia en Chile es posterior a la de la CPR, no cabría sino concluir que la disposición del art. 19 N° 7° letra e) CPR se encuentra tácitamente derogada. No obstante lo anterior, la reforma procesal penal chilena claramente no entendió el problema de este modo, ni enfrentó de manera alguna la contradicción existente. Así, aunque el mensaje del proyecto de CPP declaró a los tratados sobre derechos humanos como fuente del mismo, y explicitó que uno de los objetivos centrales del nuevo sistema era ajustar nuestro ordenamiento interno para cumplir los compromisos del Estado ante la comunidad internacional, lo cierto es que el tratamiento de la prisión preventiva en el CPP siguió de cerca la disposición constitucional que el mismo Código estaba dejando obsoleta, distanciándose abiertamente del estrecho ámbito en que dichos tratados toleran la prisión preventiva.

Así, el artículo 140 inc. 1° letra c) faculta al tribunal para decretar la prisión preventiva cuando el solicitante acredite que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la libertad del imputado es *peligrosa para la seguridad de la sociedad*... Por su parte, el inciso 3° del mismo artículo entrega al juez criterios para establecer la existencia de la causal:

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.

La interpretación que debe darse al concepto de “peligro para la seguridad de la sociedad” al tenor de esta norma, resulta claramente discutible, toda vez que los criterios orientadores entregados por la ley pueden ser leídos como presunciones legales de la existencia de “peligro de fuga”, lo que permitiría elaborar un argumento en orden a que nuestra ley haría equivalente la noción de “peligro para la seguridad de la sociedad” con la noción de “peligro de fuga”, y no admitiría la prisión preventiva como un mecanismo de defensa social ante el “peligro de reincidencia”. El argumento, ha sido expuesto, entre nosotros, por MARIN, quien sostiene que los criterios orientadores entregados por la ley aparecen asociados a situaciones en que la pena probable es muy alta, lo que haría presumible la intención de eludir la acción de la justicia. Esto evidenciaría que cuando el CPP reconoce el peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de la prisión preventiva, no estaría sino refiriéndose al peligro de fuga, con lo que ambas nociones debieran estimarse como equivalentes.¹⁰³ Obviamente, un argumento en esta línea reclama una aplicación más restrictiva que la que nuestros tribunales hacen cotidianamente de la prisión preventiva y resulta, por supuesto, más consistente con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

El mérito de este argumento es indudable, en cuanto pretende solucionar, por vía interpretativa, una seria inconsistencia de nuestro ordenamiento jurídico que, entendido de otro modo, autoriza la privación de libertad sobre la base de crite-

¹⁰³ Afirma MARIN que “Este criterio de peligrosidad social aisladamente considerado es desde todo punto de vista censurable como elemento para negar la libertad del imputado y decretar en su contra la prisión preventiva. Con todo, al explicitar el legislador en el inc. 3º del art. 140 el contenido de la peligrosidad para la sociedad vemos aparecer algunos elementos que atenúan la crítica señalada. En efecto, el legislador reconoce fines cautelares a la prisión preventiva en cuanto pretende evitar la fuga del imputado. Las situaciones previstas por el legislador van desde la gravedad de la pena asignada al delito (entendiéndose que a mayor gravedad hay mayor riesgo de fuga y, por tanto, mayor posibilidad de que se aplique la medida), del número y carácter de los delitos; de los antecedentes del imputado (existencia de condenas anteriores, de procesos pendientes, de otras medidas cautelares, etc.) hasta las circunstancias mismas del hecho delictivo que revelen una peligrosidad especial del imputado (haber actuado en grupo o pandilla). Todo ello en una interpretación que debe armonizarse necesariamente con el principio de proporcionalidad”. MARIN (J.C.), *Las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal chileno*, cit., p. 30.

rios de defensa social que nos parecen inaceptables. Sin embargo, se trata de un esfuerzo interpretativo que no resulta convincente, porque no logra desvirtuar toda la fuerza que, en nuestra cultura jurídica, tiene la noción de “peligro para la seguridad de la sociedad”, como equivalente de “peligro de reincidencia”. Si bien es cierto que los criterios orientadores del art. 140 CPP pueden ser leídos plausiblemente como indiciarios de peligro de fuga, resulta más consistente leerlos como peligro de reincidencia, porque a ello aluden más directamente situaciones tales como *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, y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente*. Más aun, la idea de que en el peligro para la seguridad de la sociedad se encuentra implícita la idea de prevención especial negativa y de necesidad de defensa social, parece evidente en criterios tales como *el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla*. Esta lectura de la disposición podría fácilmente ser corroborada con el estudio de la historia de las diversas leyes que, en los últimos años, han modificado los criterios legales de peligrosidad social, todas las cuales han estado motivadas por preocupaciones de seguridad ciudadana que se encuentran, como es obvio, más próximas a la idea de establecer mecanismos de defensa social que a la idea de garantizar el éxito de las investigaciones penales.

Admitir que nuestro CPP reconoce el peligro para la seguridad de la sociedad, entendido como peligro de reincidencia y como necesidad de defensa social no es, entonces, más que una necesidad descriptiva. Ella constituye el punto de partida para dejar en evidencia que tal reconocimiento está en absoluta contradicción con los tratados internacionales ratificados por Chile y que representa un instrumento de control social ilegítimo, en cuanto nos aproxima a un derecho penal de autor y no de acto. Al reconocer a la noción de peligro para la seguridad de la sociedad su verdadero carácter no hacemos sino dejar en evidencia la fuente de su ilegitimidad, y la necesidad de revisión de su constitucionalidad al amparo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno.

4.5.2.4. El peligro para la seguridad del ofendido

Finalmente, nuestro CPP reconoce como fundamento de la prisión preventiva el peligro para la seguridad del ofendido. El art. 140 inc. 4º CPP precisa que “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”.

El peligro para la seguridad del ofendido, en cuanto juicio en torno a la peligrosidad del imputado, está sometido a los mismos cuestionamientos del peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de la prisión preventiva. Desde un punto de vista normativo, sin embargo, su aplicación debe considerarse extraordinariamente excepcional en relación con el principio de proporcionalidad, toda vez que la finalidad de protección de la víctima está ya suficientemente cautelada por el derecho de ésta a solicitar medidas de protección (arts. 6º, 78, 83 letra a), 109 inc. 1º letra a), 171 CPP), y la posibilidad de imponer al imputado la medida cautelar general del art. 155 inc. 1º letra g) CPP, esto es, la prohibición de acercarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

4.6. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para que se decrete la prisión preventiva de una persona debe cumplir con las siguientes etapas:

4.6.1. *Formalización de la investigación*

El primer paso en el procedimiento para la adopción de la prisión preventiva, lo constituye la formalización de la investigación, ya que éste es un requisito sin el cual dicha medida no puede decretarse (art. 140 CPP). Se expresa en esta exigencia la dimensión garantista de dicho acto, en cuanto representa la concreción más completa, durante la etapa de investigación, del derecho a conocer el contenido de la imputación.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Vid. supra, III.D.3.1.1.

Como resulta evidente, el control de cumplimiento de esta exigencia, por el tribunal, deberá comprender la verificación de que el delito que fundamenta la solicitud de prisión preventiva coincida y se encuentre descrito con el grado de determinación suficiente en la formalización de la investigación (art. 229 CPP). Cualquier insuficiencia o discrepancia entre ambos actos debería conducir, a nuestro juicio, a denegar la solicitud de prisión preventiva.

4.6.2. *Solicitud de parte*

En nuestro sistema procesal penal el tribunal no está facultado para decretar la prisión preventiva de oficio, sino que debe hacerlo siempre a solicitud del ministerio público o del querellante (art. 140, inc. 1º CPP).

Podría suscitarse alguna duda a este respecto al tenor de lo previsto por el art. 144 CPP, conforme al cual “la resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable *de oficio* o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento”. Aunque la redacción de esta norma pareciera permitir sostener que el tribunal estaría facultado para decretar de oficio la prisión preventiva que previamente ha rechazado, nos parece que un argumento en esa línea constituiría un error sin más fundamento que una inadecuada redacción de la norma, que incorporó en una misma frase la situación de la prisión preventiva previamente ordenada (que es modificable de oficio o a petición de parte) y la situación de la prisión preventiva previamente rechazada (que sólo es modificable a solicitud de parte). En efecto, la correcta interpretación de este artículo debe considerar que, en nuestro sistema, al juez de garantía le corresponde asegurar los derechos del imputado en el proceso penal (art. 14 inc. 2º letra a) CPP), por lo que resulta lógico reconocerle iniciativa para revocar (art. 144 inc. 2º CPP), substituir (art. 145 CPP) y reemplazar (art. 146 CPP) la prisión preventiva previamente decretada, pero no así para decretarla. Muy por el contrario, la necesidad de la prisión preventiva es una decisión de persecución penal pública cuya iniciativa corresponde necesariamente al fiscal, quien está a cargo de procurarse y proporcionar al tribu-

nal los “otros antecedentes” exigidos por el artículo 144 inc. final CPP, sin los cuales el tribunal no tiene forma de decretar posteriormente, ex officio, una orden de prisión preventiva que previamente ha denegado.

La solicitud de que se decrete la prisión preventiva puede plantearse verbalmente, en la misma audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral (art. 142 inc. 1º CPP), o por escrito en cualquier etapa de la investigación, caso en el cual el juez debe citar a los intervinientes a una audiencia para la resolución de la solicitud (art. 142 inc. 2º CPP).

4.6.3. *Audiencia*

La realización de una audiencia constituye un requisito procedimental ineludible para que pueda decretarse la prisión preventiva. La presencia del imputado y su defensor en esta audiencia es un requisito de validez de la misma (art. 142 inc. 3º CPP).

En la audiencia, el fiscal o el querellante que han presentado la solicitud deben comenzar exponiendo los fundamentos de la misma (art. 142 inc. final CPP). El solicitante debe acreditar que se cumplen los requisitos del artículo 140, exhibiendo los antecedentes que sirvan a tal efecto. A continuación, el tribunal debe oír al defensor, a los demás intervinientes que estuvieren presentes y quisieran hacer uso de la palabra, y al imputado (art. 142 inc. final CPP).

4.6.4. *Resolución*

La resolución que se pronuncia sobre la solicitud de prisión preventiva debe ser fundada, expresándose claramente en ella los antecedentes calificados que justificaren la decisión (art. 143 CPP). La exigencia de fundamentación alcanza tanto a la resolución que decreta como a la que rechaza la prisión preventiva.

En el caso que el tribunal resuelva decretar la medida, está obligado a expedir por escrito una orden de prisión preventiva, la que debe contener las mismas menciones de la orden de de-

tención, que ya hemos mencionado con anterioridad y que se encuentran en el art. 154 CPP.¹⁰⁵ Los encargados de establecimientos penitenciarios tienen prohibición legal de aceptar el ingreso de personas en calidad de presos si no es en virtud de esta orden (art. 133 CPP).

4.6.5. *Renovación de la discusión en torno a la procedencia de la medida*

La discusión en torno a la procedencia de la medida puede renovarse de diferentes maneras en el procedimiento.

Ello puede ocurrir tanto para obtener un nuevo pronunciamiento en torno a una solicitud de prisión preventiva previamente rechazada, como para revisar la mantención de una medida de prisión preventiva previamente decretada.

En el primer caso, esto es, cuando la prisión preventiva ha sido previamente rechazada, sólo puede procederse a petición de parte, y la nueva solicitud debe necesariamente fundarse en antecedentes diversos de los que tuvo en consideración el tribunal al rechazar la medida. Si el interviniente no invoca nuevos antecedentes que, a juicio del tribunal, justifiquen discutir nuevamente su procedencia, éste puede rechazar la solicitud de plano; de lo contrario, debe llamar a una audiencia en la que se procederá a la discusión de la medida (art. 144 inc. final CPP).

En el segundo caso, esto es, cuando la prisión preventiva hubiere sido previamente decretada, su mantención puede discutirse de oficio, o a petición del imputado (art. 144 inc. 1º CPP).

La revisión de oficio puede producirse en cualquier momento en que el juez lo estime pertinente, pero el tribunal está obligado a citar de oficio a una audiencia para discutir su cesación o prolongación en dos casos:

a) cuando hubieren transcurrido seis meses desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido (art. 145 inc. final CPP), y

b) cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudie-

¹⁰⁵ Vid. supra, VI.A.3.2.1.1.c.i.

re esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (art. 152 inc. 2º CPP).

La revisión provocada por una solicitud de revocación del imputado puede ser rechazada de plano por el tribunal o puede ser este último, alternativamente, 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, el tribunal está obligado a citar a audiencia si hubieren transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva (art. 144 inc. 2º CPP).

4.6.6. *Impugnación de las resoluciones relativas a la prisión preventiva*

La resolución que ordena, mantiene, niega lugar o revoca la prisión preventiva es apelable cuando ha sido dictada en una audiencia. Cuando, excepcionalmente, la ley autoriza al tribunal para resolver de plano, la resolución no es susceptible de recurso alguno (art. 149 CPP).

Esto significa que las resoluciones que ordenan y revocan la prisión preventiva serán siempre susceptibles de recurso de apelación, ya que resulta ineludible que dichas resoluciones sean adoptadas previa audiencia (art. 142 incs. 1º y 2º, art. 144 incs. 2º y 3º CPP). Por el contrario, la resolución que niega lugar o mantiene la prisión preventiva previamente decretada puede no ser susceptible de recurso alguno, ya que la ley autoriza que dichas resoluciones sean, en ciertos casos, adoptadas de plano (art. 144 incs. 2º y 3º CPP).

4.7. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

4.7.1. *Inexistencia de un límite temporal absoluto*

A diferencia de la detención, la prisión preventiva no tiene establecido por ley un límite temporal absoluto, es decir, no exis-

te un plazo que, una vez vencido, determine la terminación automática de la prisión preventiva.¹⁰⁶

El transcurso del plazo sólo determina mecanismos obligatorios de revisión de la medida, que hemos estudiado más arriba.¹⁰⁷

En todo caso, la falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.¹⁰⁸

Por esta razón, la terminación de la prisión preventiva está íntimamente ligada a sus características de excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad, que se expresan a través de las siguientes modalidades.

4.7.2. *Formas de terminación de la prisión preventiva*

4.7.2.1. Terminación natural

La prisión preventiva termina, naturalmente, por haberse puesto término al procedimiento cuyos fines ha procurado cautelar. Esta es una consecuencia del principio de instrumentalidad de las medidas cautelares personales.

La consideración anterior resulta relevante porque evidencia la conexión existente entre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la necesidad de evitar un encarcelamiento excesivo pendiente el juicio, conexión a la que ya aludimos al estudiar este principio.

¹⁰⁶ Cabe recordar que, aunque el proyecto del Ejecutivo consideraba el establecimiento de un límite temporal absoluto de 18 meses a la prisión preventiva, la norma fue suprimida por la Cámara de Diputados, y el Senado se negó a reponerla. Por otra parte, fue también modificado el proyecto del Ejecutivo en cuanto obligaba al juez a ordenar la cesación de la prisión preventiva cuando su duración alcanzare la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto, existiendo recursos pendientes. Se estableció, en definitiva, que el transcurso de este término sólo hace obligatoria la revisión de la medida. PFEFFER, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, cit., art. 152, pp. 173 y ss.

¹⁰⁷ Vid supra, VI.A.4.6.5.

¹⁰⁸ Art. 7.5 CADH. Vid. supra, II. C.2.2.2.

Un sistema procesal penal que procura evitar que la prisión preventiva se convierta en una forma de pena anticipada debe extremar las medidas tendientes a evitar la prolongación indebida del procedimiento una vez que se ha decretado una medida cautelar personal de esta índole. Es ésta una de las consideraciones que subyace a la facultad que se reconoce al juez de garantía para fijar un plazo judicial para el cierre de la investigación cuando “lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes” (art. 234 CPP).

4.7.2.2. Revocación

La revocación de la prisión preventiva es la forma de terminación de la medida que procede, por resolución judicial, cuando ya no subsisten los requisitos que la autorizan (art. 144 inc. 2º CPP) o los motivos que la hubieren justificado (art. 152 inc. 1º CPP).

La posibilidad de revocación de la prisión preventiva es una consecuencia del principio de instrumentalidad, que somete a las medidas cautelares a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento.

La revocación de la prisión preventiva puede ser decretada de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento, conforme a las reglas de los artículos 144 incs. 1º y 2º y 152 inc. 1º CPP, y supone el cumplimiento de los fines para los cuales se decretó la medida, o la alteración de los antecedentes o circunstancias que se tuvieron a la vista al decretarla.

Una modalidad especial de revocación de la medida es la que establece el art. 153 CPP, al imponer al tribunal el deber de poner término a la prisión preventiva cuando se haya dictado sentencia absolutoria y decretado sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas. Se trata en este caso de una verdadera evaluación legal del cambio de circunstancias, que opera por la significación que tiene el sobreseimiento en las condiciones de *fumus boni iuris* que justificaron, en su momento, la adopción de la medida.

4.7.2.3. Sustitución por una medida cautelar personal de carácter general

La sustitución de la prisión preventiva es el mecanismo mediante el cual las finalidades perseguidas por la prisión preventiva pasan a cumplirse, en lo sucesivo, por una medida cautelar general que se dicta en su reemplazo (art. 145 inc. 1º CPP).

La posibilidad de sustitución surge de la aplicación de los principios de excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares. Si una vez decretada la prisión preventiva se constata la posibilidad de que la finalidad perseguida pueda ser cumplida eficientemente mediante una medida menos gravosa para la libertad del imputado, la sustitución puede ser decretada, ya sea de oficio o a petición de parte.

El art. 153 CPP contempla una modalidad especial de sustitución que opera cuando el tribunal haya dictado sentencia absolutoria y decretado sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas. En este caso, la sustitución es una facultad que se otorga al tribunal como contrapartida del deber legal de poner fin a la prisión preventiva, y sólo puede tener por objeto asegurar la comparecencia del imputado.

La sustitución, como es lógico, sólo puede operar cuando las medidas cautelares generales tienden a satisfacer los mismos fines que justificaron la prisión preventiva. Esto excluye, por ejemplo, la posibilidad de sustituir la prisión preventiva fundada en peligro para la seguridad de la sociedad, que no se encuentra entre las finalidades cauteladas por el art. 155 CPP.

4.7.2.4. Reemplazo por una caución económica

El reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica opera cuando ésta hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena (art. 146 CPP).

Como hemos expuesto precedentemente, el aseguramiento de la comparecencia del imputado no es una finalidad generalmente autorizada por la ley como justificación de la prisión preventiva, sino sólo en los casos en que el imputado no cumple

oportunamente con su deber de comparecencia. Por esta razón, el reemplazo por una caución no procederá si el fundamento de la prisión preventiva ha sido el peligro de obstaculización de la investigación o el peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

La institución constituye una forma de concreción, en el derecho interno, de las garantías establecidas en el art. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH que sólo autorizan a subordinar la libertad del imputado a garantías que aseguren su comparecencia.

La caución económica debe ser calificada por el juez como suficiente, correspondiéndole a éste fijar su monto. Puede consistir en el depósito por parte del imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas calificadas por el tribunal (art. 146 CPP). La forma de ejecución y, en su caso, de cancelación de la caución, está regulada por los artículos 147 y 148 CPP, respectivamente.

4.8. EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva importa la privación absoluta de la libertad ambulatoria de una persona mediante su ingreso en un recinto penitenciario. Esto significa que, desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales, la prisión preventiva no presenta ninguna diferencia con la prisión punitiva, esto es, aquella que surge de la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta por una sentencia condenatoria.¹⁰⁹

Esta situación resulta crítica para la legitimidad de la prisión preventiva como institución. Justificar la prisión preventiva como una medida cautelar, orientada a satisfacer finalidades exclusivamente procesales y, por lo tanto, distinta de la pena, no pasa de ser mera retórica si los efectos de la medida respecto de la libertad personal del afectado no pueden distinguirse en uno y otro caso.

¹⁰⁹ Lo anterior es tan evidente, que la ley no ha podido menos que establecer que el tiempo durante el cual el imputado ha permanecido sometido a prisión preventiva (e incluso detenido) debe abonársele al cumplimiento de la pena (art. 348 CPP).

Con la intención de evitar esta situación, el art. 150 CPP establece un régimen especial para la ejecución de la prisión preventiva, imponiendo las siguientes medidas:

a) Segregación. La prisión preventiva debe ejecutarse en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.

b) Trato de inocente. El imputado debe ser tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva debe cumplirse de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.

c) Deber de protección. El tribunal debe adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.

d) Permisos de salida. Excepcionalmente, el tribunal puede conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un período determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegurare convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.

El tribunal competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva y conocer de todas las solicitudes y presentaciones relativas a ella es el que la hubiere ordenado (art. 150 inc. 1º CPP). La autoridad penitenciaria está obligada a comunicar inmediatamente al tribunal cualquier restricción que impusiere al imputado, pudiendo este último dejarla sin efecto si la considerar ilegal o abusiva, previa audiencia, si lo estimare necesario (art. 150 inc. final CPP).

La pretensión legal de diferenciar prisión preventiva y prisión punitiva, mediante el establecimiento, para la primera, de condiciones más favorables en su nivel de ejecución, fracasa porque no se aprecian razones para no aplicar las mismas condiciones de seguridad y trato a los condenados a una pena privativa

de libertad.¹¹⁰ La crítica a la prisión preventiva como forma de anticipación de pena parece no tener respuesta por la vía de mejorar las condiciones de la prisión, a menos que se mejoren tanto que la medida deje de consistir en la internación en un recinto penitenciario, que es lo mismo que decir que ha dejado de ser prisión preventiva.

4.9. ESTATUTO JURÍDICO DEL DETENIDO O PRESO

El imputado privado de libertad, más allá de los derechos que la ley le reconoce como imputado, goza de las siguientes garantías y derechos:

4.9.1. *Derecho a la información*

El derecho a la información tiene dos aspectos:

4.9.1.1. Derecho a ser informado de los motivos de la privación de libertad: consiste en el derecho 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 dispusiera (art. 94 letra a) CPP). Este derecho constituye la concreción legal en nuestro sistema de las garantías reconocidas en el art. 7.4. CADH, conforme al cual “toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

¹¹⁰ En otras palabras, no se observa razón para no adoptar respecto de los condenados las mismas medidas de protección que aquí se garantizan a los sometidos a prisión preventiva. Los condenados no son menos merecedores de que la ejecución de la pena no “provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o que por cualquier motivo se encontraran en el recinto”. El “trato de inocente” que la ley ofrece a los presos no supone que deba existir para los condenados un “trato de culpable”. Si alguna diferencia pudiera establecerse entre prisión preventiva y pena en materia de ejecución, ella debería aparecer vinculada exclusivamente a consideraciones de prevención especial positiva. Esto implica excluir la posibilidad de que el “tratamiento resocializador” eventualmente asociado a la ejecución de la pena pueda tener cabida en la ejecución de la prisión preventiva.

El mismo derecho está reconocido en similares términos en el art. 9.2. PIDCP.

4.9.1.2. Derecho a ser informado de sus derechos: consiste en el derecho 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.

Nos hemos referido ya al alcance de esta garantía al tratar el deber de información de garantías y derechos como parte del procedimiento de detención judicial.¹¹¹

4.9.2. *Derecho a ser llevado sin demora ante un juez*

Consiste en el derecho a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) CPP). La garantía correlativa, contenida en el art. 9.3 PIDCP y en el art. 7.5 CADH se satisface con que la persona sea llevada “sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”.

Este derecho se ve reafirmado con la prohibición de que el detenido, en forma previa a su conducción ante el juez, sea llevado a una unidad penitenciaria. Para estos efectos, la ley establece que los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales (art. 133 CPP). La norma constituye una precisión de la garantía establecida en el art. 19 N° 7° letra d) inc. 2° CPP.

El término “sin demora” debe estudiarse asociado a los plazos de la detención, que están regulados por el art. 19 N° 7° letra d) CPR y art. 131 CPP. Analizamos ya este aspecto al estudiar la duración de la detención.¹¹²

4.9.3. *Derecho a ser juzgado sin demora o ser puesto en libertad*

Este derecho está consagrado en términos bastante débiles en el art. 93 letra d) CPP, que reconoce el derecho “a solicitar del tri-

¹¹¹ Vid. supra, VI.A.3.2.1.1.c.iv.

¹¹² Vid. supra, VI.A.3.5.

bunal que le conceda la libertad”. Son más decisivos, en esta materia, sus correlatos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el art. 7.5 CADH, la garantía consiste en el derecho de la persona a “ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” y de que su libertad pueda estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. El art. 9.3 PIDCP expresa el mismo principio base, pero con el agregado de que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su 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”.

El derecho a ser juzgado sin demora está garantizado en nuestro sistema por la existencia de plazos legales y la posibilidad de fijación de plazos judiciales para la formalización y el cierre de la investigación. Por su parte, el derecho a ser puesto en libertad se puede ejercer a través de todos los mecanismos de que dispone una persona privada de libertad para impugnar la orden de detención o de prisión y para ponerle término.

4.9.4. *Derecho a la comunicación de la privación de libertad*

Se materializa en el derecho “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” (art. 94 letra e) CPP). Cabe recordar que este derecho se encuentra reafirmado por una norma especial para la situación de detención con fines de identificación, denominada por nuestro CPP “sujeción a control de identidad”. En tal caso, el derecho consiste en que “se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial” (art. 86 CPP).

El derecho a comunicación de la privación de libertad opera también, en forma inversa, mediante el reconocimiento a los abogados de un derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención o prisión, la confirmación sobre si se encuentra o no privada de libertad alguna persona en

ese establecimiento o en otro del mismo servicio ubicado en la comuna (art. 96 inc. 1º CPP). El funcionario requerido está obligado a extender, en el acto, a requerimiento del interesado, una constancia de no encontrarse privada de libertad en el establecimiento la persona por la que se ha consultado (art. 96 inc. final CPP).

4.9.5. *Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado*

Se expresa legalmente como el derecho “a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto” (art. 94 letra f) CPP). Es materia de un reconocimiento adicional en el caso del abogado que obtiene la confirmación de encontrarse privada de libertad una persona en cualquier lugar de detención, en ejercicio del derecho que le reconoce el art. 96 CPP (art. 96 inc. 2º CPP).

Este derecho presupone, por cierto, el que tiene todo imputado a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (art. 8º CPP), también consagrado como el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (arts. 93 letra b) y 102 CPP).

La ley prevé que, aun en el evento excepcional de que el juez restrinja o prohíba temporalmente las comunicaciones del detenido o preso en ejercicio de la facultad que le reconoce el art. 151 CPP, éste no podrá restringir el acceso del imputado a su abogado en los términos del art. 94 letra f) CPP (art. 151 CPP).

Las normas legales citadas constituyen la materialización de la garantía reconocida en el artículo 19 Nº 3º inc. 2º CPR, conforme al cual “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”.

4.9.6. *Derecho a procurarse comodidades y ocupaciones*

Consiste en el derecho del detenido o preso a tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare (art. 94 letra g) CPP).

4.9.7. *Derecho a recibir visitas y a comunicarse*

Consiste en el derecho a recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio (art. 94 letra h) CPP).

Excepcionalmente, la ley permite que el juez, a petición del fiscal, restrinja o prohíba las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación. En todo caso, esta facultad no habilita para restringir el derecho del detenido o preso a entrevistarse privadamente con su abogado, ni el derecho de acceder al propio tribunal o a una apropiada atención médica (art. 151 inc. 1º CPP).

Con el objeto de evitar que el ejercicio de esta facultad permita la subsistencia de prácticas indebidas, desarrolladas en el antiguo sistema al amparo de la medida de “incomunicación”, la ley agrega que el tribunal debe instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo (art. 151 inc. 2º CPP).

Estas disposiciones legales constituyen la concreción de la garantía constitucional del art. 19 Nº 7º letra d) inc. 3º CPP, conforme al cual “ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito”.

4.9.8. *Derecho a recurrir ante un tribunal para que examine la legalidad de la detención*

Aunque este derecho no está incorporado al listado del artículo 94 CPP, debe entenderse incorporado por aplicación de las disposiciones que establecen reglas de control de la detención y la posibilidad de amparo ante el juez de garantía.

A nivel de derechos fundamentales, aparece reconocido en el art. 9.4 PIDCP conforme al cual “toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”. Con mayor detalle, incluso, el art. 7.6 CADH establece que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

En nuestra CPR, la garantía se cumple a través del recurso de amparo (o hábeas corpus), que permite a todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (art. 21 CPR). En el CPP, esta garantía se cumple a través de la audiencia de control de la detención (art. 132 CPP) y del recurso especial del amparo ante el juez de garantía (art. 95 CPP), a los que nos hemos referido ya anteriormente.¹¹³

¹¹³ Vid. Supra, VI.A.3.6.

4.9.9. *Derecho a obtener reparación por la detención o prisión ilegal*

Está establecido en estos términos en el art. 9.5 PIDCP: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Con un fuerte matiz de diferencia, ya que la norma no protege a quien haya sido “ilegalmente detenido o preso” sino a quien haya sido “sometido a proceso o condenado”, nuestra CPR establece en el art. 19 N° 7º letra i) que “una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en un procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”. El procedimiento para obtener la declaración previa a que se refiere este artículo está establecido en el Auto Acordado de la Corte Suprema publicado en el Diario Oficial de fecha 24 de mayo de 1996.

Nuestro CPP, a propósito de la sentencia que acoge el recurso de revisión de las sentencias firmes, establece una excepción a la aplicación de este procedimiento señalando que “cuando hubiere mérito para ello y así lo hubiere recabado quien hubiere solicitado la revisión, la Corte podrá pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización a que se refiere el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política”.

Aunque el fundamento de estas normas es el mismo de la disposición constitucional, una reforma que adecue los términos de la Carta Fundamental a la nueva realidad del proceso penal chileno parece, en todo caso, ineludible.

5. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES DE CARACTER GENERAL

5.1. CONCEPTO

Las medidas cautelares personales de carácter general son medidas restrictivas de la libertad personal de aplicación preferen-

te a la medida de prisión preventiva, que pueden ser decretadas durante la sustanciación de un proceso penal, con el objeto de asegurar los fines del procedimiento.¹¹⁴

5.2. FUNDAMENTO

Una de las diferencias fundamentales entre el régimen de las medidas cautelares personales en el nuevo CPP y el existente bajo la vigencia del CdPP, está marcada por la intensificación del carácter excepcional de la prisión preventiva, y la irrupción de la idea de proporcionalidad como elemento definitorio de su adopción. En efecto, si bien una primera lectura de las normas sobre prisión preventiva podría forjar la impresión de que la institución sigue igual, en cuanto sus actuales requisitos no son más que la suma de aquellos establecidos en el CdPP de 1906 para la dictación del auto de procesamiento y de las causales que autorizaban al juez para denegar la libertad provisional, lo cierto es que la creación de un conjunto de medidas cautelares personales menos intensas en su afectación de la libertad individual, de aplicación preferente a la prisión preventiva, ha reducido enormemente el ámbito de justificación de esta última.

Estas medidas cautelares se encuentran reguladas en el párrafo 6º del título V del Libro I del CPP bajo la denominación “otras medidas cautelares personales”. La denominación, unida a su ubicación sistemática en el CPP, resulta sin duda errónea, porque altera la estructura conceptual de la institución, creando la imagen de que se trata de medidas “alternativas” o “subsidiarias” a la prisión preventiva, en circunstancias que el sistema impone exactamente la operación inversa. Conforme al artículo 139 inc. 2º del CPP, la prisión preventiva sólo procederá “cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”. De lo que se trata, entonces, es que ante la invocación de alguno de los fines del procedimiento que sirven simultáneamente de sustento a estas medidas y a la prisión preventiva, el juez de garantía no

¹¹⁴ MORENO CATENA, *Derecho procesal penal* (con GIMENO SENDRA y CORTES DOMINGUEZ) cit., p. 524.

utilice las medidas del art. 155 CPP como una pauta subsidiaria para casos en que la prisión preventiva no demuestra su necesidad, sino que, a la inversa, el análisis comience por establecer si la finalidad cautelar que se invoca puede ser debidamente satisfecha por estas medidas, y sólo después de acreditada su insuficiencia se analice la procedencia de la prisión preventiva como medida subsidiaria tendiente a la satisfacción del mismo fin.

Proponemos, entonces, la denominación de *medidas cautelares personales de carácter general*, para aludir a este catálogo de medidas cautelares personales que tienden a garantizar fines procesales, cuya aplicación es de carácter general y preferente a la medida de prisión preventiva.

5.3. ENUMERACIÓN

Las medidas cautelares personales de carácter general que se pueden imponer al imputado están enumeradas en el art. 155 CPP, y son las siguientes:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

El tribunal puede imponer una o más de estas medidas según lo estime adecuado al caso (art. 155 inc. 2º CPP).

5.4. REQUISITOS

Los requisitos de las medidas cautelares generales son los mismos que el art. 140 CPP establece para la prisión preventiva conforme a la remisión del art. 155 inc. final CPP.

Esta remisión suscita el problema interpretativo de determinar si los requisitos del art. 140 CPP serían exigibles con la misma intensidad y medida con que aparecen exigidos para la prisión preventiva. A nuestro juicio, la menor intensidad de la afectación de la libertad personal que importan las medidas cautelares generales es suficiente, en relación con el principio de proporcionalidad, para entender que dichas exigencias tienen en esta materia un carácter más tenue.

Por otra parte, en relación con las finalidades legitimantes de la medida, debe tenerse presente que el art. 155 CPP contiene una clara variación respecto del art. 140 CPP en cuanto sólo autoriza que las medidas cautelares personales de carácter general sean decretadas “para 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”. Como se aprecia, el aseguramiento de la comparecencia del imputado se convierte así en una finalidad justificadora que se aplica a estas medidas con carácter general, lo que no ocurre, como hemos visto, con la medida de prisión preventiva. Por otra parte, la ley no autoriza fundar estas medidas en la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, fundamento que se convierte así en privativo de la prisión preventiva.

5.5. REGULACIÓN

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de las medidas cautelares personales de carácter general se rigen por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en todo cuanto el párrafo 6º del Título V del Libro I no contiene norma especial diversa (art. 155 inc. final CPP).

Al tribunal que decreta la medida le corresponde conocer de todo lo relacionado con su ejecución, lo que incluye ordenar las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (arts. 150 inc. 1º y 155 inc. 2º CPP).

Las únicas normas especiales contenidas en el párrafo 6º antes mencionado dicen relación con la iniciativa para la solicitud de la medida y con la posibilidad de suspenderla temporalmente.

En relación con el primer punto, el art. 155 inc. 1º CPP concede iniciativa para solicitar la medida no sólo al fiscal y al querrelante como lo hace el art. 140 CPP respecto de la prisión preventiva, sino también a la víctima. En relación con el segundo punto, el art. 156 CPP, permite se decrete la suspensión temporal de una medida de esta índole ya decretada, cuando ello no pusiera en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al imponerlas. La suspensión se resuelve a petición del afectado por la medida, oyendo al fiscal y previa citación de los demás intervinientes que hubieren participado en la audiencia en que se decretaron. A efectos de acceder a la suspensión en casos en que el objetivo perseguido fuera asegurar la comparecencia del imputado, el juez puede admitir las cauciones económicas a que se refiere el art. 146 CPP.

B. *LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES*

1. CONCEPTO

Las medidas cautelares reales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad de administración y/o disposición patrimonial, que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines civiles del procedimiento, y eventualmente de los fines penales, cuando la pena asignada al delito tenga un contenido patrimonial.

2. FUNDAMENTO

El sistema procesal penal chileno admite el ejercicio de acciones civiles en el procedimiento penal, tanto de carácter restitutorio como indemnizatorio, aunque estas últimas sólo cuando son ejercidas por la víctima y se dirigen a hacer efectiva la responsabilidad civil del imputado (art. 59 CPP). Por otra parte, la

eventual sentencia condenatoria puede tener también un contenido patrimonial, en cuanto la ley ordena imponer en principio al condenado el pago de las costas de la causa (art. 47 CPP) y la pena asignada al delito puede consistir, ya sea como pena única, conjunta o alternativa, en el pago de una multa.

En estos casos, para asegurar la ejecución de la sentencia en sus aspectos patrimoniales, existen en el proceso penal las mismas necesidades cautelares que justifican la adopción de medidas cautelares reales en el proceso civil.

3. REGLAMENTACION

El CPP chileno no establece medidas cautelares reales específicas para el procedimiento penal ni contiene una reglamentación especial al respecto. Apenas existen en el CPP dos artículos referidos a esta materia, el primero de los cuales se remite a las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, relativo a las medidas precautorias, disponiendo que las solicitudes respectivas se substanciarán y registrarán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro, esto es, conforme a las disposiciones que regulan la tramitación de las medidas prejudiciales (art. 157 CPP).

Lo anterior significa que las medidas cautelares reales aplicables en el procedimiento penal son las mismas medidas precautorias autorizadas por los artículos 290 y siguientes del CPC que son, a saber, las siguientes:

- 1º) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda (art. 290, N° 1º CPC);
- 2º) El nombramiento de uno o más interventores (art. 290 N° 2º CPC);
- 3º) La retención de bienes determinados (art. 290 N° 3º CPC);
- 4º) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados (art. 290 N° 4º CPC), y
- 5º) Otras medidas que no están expresamente autorizadas por la ley (art. 298 CPC).

4. REQUISITOS

La remisión legal anteriormente mencionada supone que los requisitos que deben satisfacerse para obtener la concesión de una medida cautelar real son aquellos que el CPC establece en los artículos 290 y siguientes para cada una de dichas medidas.

La referencia resulta problemática porque, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del CdPP de 1906, no existen actualmente exigencias generales de *fumus boni iuris* dentro del CPP. En efecto, nuestro CdPP de 1906 requería en sus artículos 380 y ss. la calidad de procesado, como exigencia previa a la posibilidad de ordenar el embargo penal, a través de lo cual estaba implícitamente exigiendo una apariencia de buen derecho fundada en los mismos requisitos del auto de procesamiento, esto es, que estuviera justificada la existencia del delito investigado y aparecieran presunciones fundadas para estimar que el inculpado había tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. Más aun, incluso en los casos en que se autorizaba excepcionalmente trabar embargo contra el inculpado, el CdPP incorporaba una exigencia específica de *fumus boni iuris*, cual era la existencia de “fundadas sospechas de su participación en un hecho que presente caracteres de delito” (art. 381 CdPP).

Al desaparecer en el CPP toda alusión al *fumus boni iuris* respecto de las medidas cautelares reales, al punto que conforme al art. 157 CPP basta para decretarlas la calidad de imputado, pareciera que la ley procesal penal ha confiado en las exigencias contenidas en esta materia en el CPC para las medidas precautorias. Sin embargo, cuando acudimos a esa normativa nos encontramos con que el art. 298 CPC exige, a nivel de *fumus boni iuris* en materia civil, que el demandante acompañe “comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”. Como en materia penal, el derecho que se reclama, aun siendo de contenido patrimonial, supone el éxito de la pretensión penal en la cual la pretensión civil se fundamenta, la norma reconduce al problema de determinar previamente cuáles son las exigencias que debe satisfacer el juicio valorativo del juez en torno a las probabilidades de que se obtenga una sentencia condenatoria en materia penal. De esta manera, la situación del *fumus boni iuris* para la dictación de medidas cautelares reales es parecida a la que estudiamos respecto

de la detención. Es el juez quien deberá, primero, emitir un juicio de probabilidad acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado, como juicio valorativo penal previo al juicio valorativo civil referido a la existencia de una presunción grave del derecho que se reclama.

En relación con el *periculum in mora*, no nos parece, en cambio, que resulte aplicable la exigencia de un peligro propiamente *penal*, tal como la existencia de peligro para la seguridad de la sociedad o el peligro de fuga. Las exigencias que, en este sentido, formula el Código de Procedimiento Civil en sus arts. 291, 293, 295 y 296 nos parecen suficientes para justificar la adopción de estas medidas.

5. PROCEDIMIENTO

La iniciativa de las medidas cautelares reales se reconoce al ministerio público y a la víctima (art. 151 CPP). La referencia al ministerio público debe entenderse, como es lógico, en las hipótesis en que la necesidad de aseguramiento dice relación con el pago de una multa o de las costas de la causa. La víctima puede, además, solicitarla al momento de presentar su demanda civil (art. 157 CPP).

Si la solicitud de medida cautelar real se formula en cualquier momento durante la etapa de investigación, ella se subsancia y rige por lo previsto en el Título IV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (art. 157 CPP); sin perjuicio de lo anterior, si la solicitud la hubiere presentado la víctima al deducir su demanda civil, el juez de garantía debe resolverla en la audiencia de preparación del juicio oral, después de llamar a las partes a conciliación sobre la responsabilidad civil (art. 273 inc. 2º CPP).

La única norma especial existente en el CPP en relación con la tramitación de la medida cautelar real, dice relación con el plazo para la presentación de la demanda civil, que conforme al art. 280 CPC es de treinta días. El CPP establece que, una vez concedida la medida cautelar real, dicho plazo se extiende hasta la oportunidad fijada por el CPP para la presentación de la demanda civil en el procedimiento penal (arts. 60 y 157 CPP), esto es, hasta quince días antes de la fecha fijada para la realiza-

ción de la audiencia de preparación del juicio oral, como regla general (art. 261 CPP), o conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación, si la demanda civil la presenta el querellante (art. 60 inc. 1º CPP).

Las resoluciones que negaren o dieren lugar a medidas cautelares reales son impugnables por la vía del recurso de apelación (art. 158 CPP).

6. EFECTOS

Más allá de los efectos que son propios a las medidas cautelares reales y que se traducen en restricciones a la libertad de administración y/o disposición de bienes del imputado, su sola solicitud produce también ciertos efectos en el proceso penal.

En efecto, la ley reconoce a la simple solicitud de una medida cautelar real valor para determinar la calidad de imputado de una persona, si en ella se le atribuyere responsabilidad en un hecho punible (art. 7º inc. 2º CPP). Por otra parte, la presentación de una solicitud de medida cautelar real constituye una forma de ejercicio de la acción civil que interrumpe la prescripción. Aunque esta consecuencia no se desprende nítidamente del art. 61 CPP, que pareciera dar un tratamiento diferenciado a la solicitud de cautelares reales y a la solicitud de diligencias necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de la demanda, la identidad de efectos entre ambas actuaciones se manifiesta evidente en el art. 66 inc. 2º CPP, que expresamente declara, refiriéndose a los efectos del ejercicio exclusivo de la acción civil en un delito de acción penal privada, que, para esos efectos, “no constituirá ejercicio de la acción civil la solicitud de diligencias destinadas a preparar la demanda civil o a asegurar su resultado”.

VII. PROCEDIMIENTO ORDINARIO POR CRIMEN O SIMPLE DELITO DE ACCION PENAL PUBLICA

A. ETAPAS DEL NUEVO PROCESO PENAL

El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública se encuentra regulado en el Libro II del CPP.¹ A este procedimiento general se remiten, en lo no especialmente regulado, las normas de los procedimientos especiales contemplados en el Libro IV del CPP. Así ocurre, por ejemplo, con el procedimiento simplificado (art. 389 CPP), con el procedimiento por delito de acción privada, que se remite a aquél (art. 405 CPP), y con el procedimiento abreviado (art. 415 CPP).

El proceso penal ordinario se divide en tres grandes etapas: de investigación (Título I del Libro II), de preparación del juicio oral (Título II del Libro II) y de juicio oral (Título III del Libro II). A ellas se añade la etapa de ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad, regulada en el Título VIII del Libro IV del CPP.

La etapa de investigación preparatoria consiste, como su nombre lo indica, en la indagación preliminar, por parte del ministerio público y la policía, de los hechos denunciados que revistan caracteres de delito. Su función principal es la recolec-

¹ Las faltas penales se rigen por las normas del procedimiento simplificado contemplado en el Título I del Libro IV del CPP. Hay que destacar que este procedimiento es también aplicable a los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el ministerio público requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, salvo que su conocimiento y fallo se someta a las normas del procedimiento abreviado, cuando proceda (art. 388 CPP).

ción de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado. Sin embargo, la ley procesal prevé numerosos supuestos en que se produce la terminación del procedimiento en esta etapa, ya sea por insuficiencia de antecedentes para investigar (archivo provisional, decisión de no perseverar en el procedimiento), por aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto o amplio (suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios) o por la concurrencia de alguna causal de sobreseimiento temporal o definitivo de la causa. Esta etapa carece, salvo excepciones muy estrictas, de todo valor probatorio y las actuaciones de investigación son controladas por un órgano jurisdiccional, el juez de garantía, quien debe aprobar previamente cualquier diligencia o medida que afecte o pueda afectar derechos constitucionales del imputado o de terceros.

La etapa de preparación del juicio oral presupone la formulación de la acusación en contra del imputado. Función principal de esta etapa es el control, por parte del juez de garantía, de la corrección formal de la acusación o acusaciones y de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes. En ella deben resolverse las incidencias previas al juicio (excepciones de previo y especial pronunciamiento) y constituye la última oportunidad procesal para terminar anticipadamente el proceso a través de una salida alternativa o un procedimiento especial. El auto de apertura del juicio oral que dicta el juez de garantía al término de la audiencia intermedia fija el tribunal competente y las personas que deban intervenir en el juicio, delimita su objeto y las pruebas que van a presentarse en el curso del mismo.

El juicio oral constituye la etapa central del nuevo procedimiento, regida por los principios de inmediatez, oralidad, continuidad, publicidad, contradictoriedad y libre convicción del tribunal en relación a las pruebas producidas. El tribunal del juicio se encuentra integrado con al menos tres jueces letrados e imparciales, quienes deciden sobre la acusación formulada en base a las pruebas rendidas durante el juicio y a las alegaciones de las partes, debiendo emitir su decisión de absolución o condena al término de la audiencia y fundamentar razonadamente su sentencia con arreglo a las reglas de la sana crítica, circuns-

tancia que permite el control de la legalidad y el nexo entre convicción y pruebas.

Seguidamente iniciaremos el estudio pormenorizado de cada una de estas etapas del nuevo procedimiento penal.

B. LA ETAPA DE INVESTIGACION

1. BASES DEL NUEVO SISTEMA DE INSTRUCCION CRIMINAL

1.1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos principales de la reforma del proceso penal chileno es la nueva estructura de la fase de investigación de los hechos a que da lugar la *notitia criminis*. En el nuevo sistema, ella deja de estar en manos del juez del crimen y pasa a constituirse en la función esencial del ministerio público,² el que es controlado en su actividad de investigación por un nuevo órgano jurisdiccional, el juez de garantía.

Un importante desafío en la configuración de la instrucción criminal consistía en determinar los mecanismos idóneos para conferir eficacia y agilidad a la actividad persecutoria estatal con el fin de superar el ritualismo y la burocratización típicos del sumario inquisitivo.³ La creación de una organización flexible de fiscales, que dispone de una serie de mecanismos legales para llevar a cabo una investigación dinámica, desformalizada

² Vid. supra, Capítulo II.C.1.3.2.

³ BINDER (A.), "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina", en *Justicia penal y Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201 y ss. También, "Funciones y disfunciones del Ministerio Público penal" en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 161 y ss. Para este autor, el sistema inquisitivo exagera la mediatización de la información a través de la formalización y el sistema de registros (*Quod non est in acta non est in mundo*), circunstancia que tiene como explicación histórica la funcionalidad de la escritura en el fenómeno de la centralización del poder que tiene lugar con el nacimiento del Estado absoluto. Es así como se consolida una burocracia al servicio de la centralización del Estado, en el contexto de una Europa analfabeta y de gran tradición oral; la sacralización de las formas se convierte en el lenguaje del poder.

y selectiva, conforme a criterios públicos y objetivos, constituyó un importante primer paso hacia la solución de un problema endémico de la justicia criminal en toda América Latina,⁴ además de poner fin definitivamente a los cuestionamientos dirigidos hacia el modelo de juez que concentraba las funciones de investigar, acusar y fallar existente con anterioridad a la reforma.

La transformación de un sistema de instrucción de carácter judicial a uno que podríamos denominar “administrativo con control jurisdiccional” tiene la ventaja de liberar al juez de la carga de gestionar la persecución penal, función para la cual no se encuentra llamado políticamente ni adaptado estructural ni funcionalmente,⁵ permitiéndole dedicarse en forma exclusiva a tareas clásicamente jurisdiccionales. En efecto, en el diseño de las constituciones republicanas el concepto de jurisdicción descansa en la idea de control de ciertos actos que, por experiencia histórica, ponen en peligro o afectan derechos fundamentales de los ciudadanos. La atribución de la función de investigación a los jueces compromete seriamente esta tarea y afecta inexorablemente su imparcialidad a la hora de resolver

⁴ BINDER (A.), “Cooperación internacional para la reforma de los sistemas judiciales en Latinoamérica. Un nuevo desafío”, en *Justicia penal y estado de derecho*, op. cit., pp. 231 y ss.

⁵ Se citan al efecto la rigidez y formalización de la posición del juez, derivadas de las exigencias de independencia e imparcialidad, y la ausencia de movilidad, de adiestramiento en técnicas de investigación criminal, de mediación con el órgano policial, etc. El Mensaje del Proyecto de nuevo Código Procesal Penal (110-331, de 9 de junio de 1995) señalaba que “la labor judicial aparece estrechamente vinculada a algunas características que parecen propias de su naturaleza y que se justifican en ciertos valores que debe cautelar. Por ejemplo, el rol judicial se distingue por una cierta pasividad, por la disposición de los jueces a la resolución de conflictos promovidos por las partes, frente a las cuales mantienen una actitud imparcial. Asimismo, el rol judicial se caracteriza por una cierta rigidez en cuanto a la posición de sus integrantes en el sistema. Características como la inamovilidad en los cargos, la formalidad en los nombramientos, así como reglas bastante rígidas en cuanto a la competencia de cada tribunal, se justifican en orden a garantizar la independencia de cada juez, así como la preexistencia del tribunal y de reglas objetivas para su integración”. “Estas particularidades” —concluye el Mensaje— “resultan contradictorias con la necesidad de una organización racional de la persecución penal. Esta última es una tarea fundamentalmente activa, que requiere un compromiso de la organización con la promoción de intereses estatales concretos, como son la investigación de los delitos, su sanción y la satisfacción de las necesidades de las víctimas”.

importantes cuestiones de la instrucción que la ley somete a su competencia.⁶

Como es evidente, durante la investigación preparatoria se produce de modo inevitable una tensión entre la necesidad de eficacia de la persecución penal del Estado y el respeto de las garantías individuales comprometidas con dicha persecución, y la solución a ese conflicto se convierte en ficción si la decisión de la misma se encarga a un mismo ente.⁷ Como se ha afirmado repetidamente, el modelo de división estricta de funciones dentro del proceso penal responde al paradigma del “no auto-control”, es decir, a la necesidad de establecer mecanismos de frenos y contrapesos que impidan el abuso en el ejercicio de la propia función. La idea de mutuo control, propia del constitucionalismo clásico, es el principio fundamental según el cual se soluciona, en el marco del estado de derecho, la antinomia eficacia-garantías individuales. De este modo, el juez de garantía se constituye en el órgano que durante la investigación tiene como principal función la de evitar que se afecten, por parte de los órganos de persecución penal, los derechos y garantías del imputado o de terceros, o que esa afectación sea la mínima posible y, en todo caso, proporcionada a los fines del procedimiento.

Como sabemos, el inciso 6º del artículo 80-A de la Carta Constitucional dispone que “las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa, en su caso”. De similar tenor es el artículo 9º del CPP. Excepto las hipótesis de flagrancia, se excluyó cualquier posibilidad de que el ministerio público, en casos graves y urgentes, pudiera actuar sin autorización previa del órgano jurisdiccional, como se planteaba de modo muy restrictivo en el Proyecto del Ejecutivo.⁸

⁶ No sólo estamos pensando en la dictación de medidas cautelares o en la autorización de ciertas diligencias de investigación, sino en otras solicitudes que también requieren o presuponen la imparcialidad del juez, como la aprobación de salidas alternativas o la resolución del procedimiento abreviado.

⁷ Sobre el punto, HORVITZ (M.I.), “Ministerio Público y selectividad” en *Ministerio público*, Revista Pena y Estado, Año 2 N° 2, 1997, pp. 111 y ss.

⁸ La norma aludida era del siguiente tenor y tenía como fuente el parágrafo 105 de la Ordenanza Procesal Penal alemana: “No obstante lo dispuesto en el in-

Para asegurar la centralidad del juicio oral, la etapa de investigación se constituye en una fase meramente preparatoria de la acusación y del juicio, tiene carácter predominantemente desformalizado y las actuaciones que en ella se realizan carecen, por regla general, de valor probatorio. Algunos principios que informan todo el proceso penal tienen una manifestación particularmente gravitante en esta etapa, como el principio de legalidad y su excepción, el principio de oportunidad, así como el denominado principio de objetividad. Estas y otras bases y principios serán brevemente examinados o recapitulados, a fin de contar con una visión panorámica de las principales características de la etapa de investigación.

1.2. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Se podría decir que de una estructura normativamente rígida de instrucción (sumario criminal), determinada básicamente por la vigencia irrestricta del principio de legalidad procesal, se pasa a otra que, sin abandonar el mencionado principio, incorpora elementos que permiten flexibilizarlo conforme a criterios político-criminales orientados valorativamente hacia las consecuencias,⁹ con externalidades positivas para la persecución penal.¹⁰

ciso anterior, en casos urgentes el ministerio público podrá realizar la diligencia en cuestión, informando al juez de control de la instrucción dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su inicio. El juez resolverá sobre la legalidad de la diligencia y, si no la estimare ajustada a derecho, declarará su nulidad ordenando que se ponga término inmediato a la misma, en su caso. Si el fiscal no informare oportunamente al juez, la actuación o diligencia deberá ser declarada nula por ese solo hecho" (Cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 26).

⁹ Si afirmamos que es preciso superar las barreras entre el derecho penal y la política criminal en el sentido de orientación del sistema penal hacia las consecuencias prácticas o empíricas de su aplicación, no puede dejar de examinarse el papel que las normas procesales penales juegan o deben jugar en esa misión. Pero esa orientación debe ser presidida conforme a valores, esto es, que el derecho penal en sentido amplio no sólo tiene fines instrumentales de control sino que asume también como fin la realización de determinados valores (SILVA-SANCHEZ (J.M.), "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en ROXIN (C.), *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 95 y ss. Es desde esta perspectiva, se-

En efecto, el artículo 166 inciso 2º del CPP consagra el denominado principio de legalidad procesal, cuyo fundamento, contenido y significación fue analizado en otra parte de este trabajo.¹¹ Las excepciones a este principio, organizadas en torno al denominado principio de oportunidad, responden, en general, a la idea que en determinados casos debe renunciarse a la persecución penal y a la imposición de la pena cuando no existan razones preventivas, ya sean generales o especiales.¹² En los países pertenecientes al ámbito cultural continental europeo se cimentó el predominio del principio de legalidad en la persecución penal, y ello puede explicarse por la importante influencia de la filosofía especulativa, contraria al tradicional pragmatismo

gún creo, que puede efectuarse la crítica deslegitimadora de la política criminal en un Estado determinado. El principialismo no excluye una co-fundamentación instrumental del derecho penal; sin embargo, parece claro que pueden surgir tensiones entre la realización de los valores del mismo y la obtención de las consecuencias instrumentales. En este sentido, y parafraseando a Roxin, el principio de presunción de inocencia, al igual que el *nullum crimen sine lege*, no tiene menos naturaleza de postulado político-criminal que el mandato de combatir eficazmente la criminalidad (*Strafrecht*, AT, I, 2ª ed., & 7, V, Nº 68, p. 169). Desde otra perspectiva, y como señala acertadamente Miguel Soto, el derecho moderno, el derecho penal liberal nace con el principio de legalidad penal, su evolución y desarrollo posterior se explica y produce por la forma en que se define la relación entre el derecho penal en sentido estricto (garantía) y política criminal (prevención), relación que con los matices correspondientes al modelo de organización estatal que exista en un momento histórico determinado se resuelve en la función de límite, de "barrera infranqueable", que Von Liszt asignó al primero en relación al segundo (Cfr. SOTO (M.), "Ministerio público y política criminal", en AA.VV., *El ministerio público: para una nueva justicia criminal*, Fundación Paz Ciudadana, U. Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994, p. 141). De allí que los criterios de política criminal de un Estado liberal puedan jugar un importante rol, especialmente cuando falta la necesidad de pena por ausencia de razones preventivas.

¹⁰ Así, en general, se reconoce que la aplicación del principio de oportunidad posibilita la descongestión de casos del sistema de enjuiciamiento criminal que dan cuenta de hechos de mínima relevancia jurídico-penal y permite invertir los siempre escasos recursos del sistema en la persecución de delitos más graves o de mayor interés público (vid. SOTO (M.), "Ministerio público y política criminal", en AA.VV., *El ministerio público: para una nueva justicia criminal*, cit., p. 152; DUCE (M.), "Las salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena" en AA.VV., *La reforma de la justicia penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 38, Escuela de Derecho. UDP, Santiago, 1998, pp. 171 y ss. (esp. 190 y ss.).

¹¹ Vid. supra, II.C.1.4.

¹² ROXIN, *Strafverfahrsrecht*, cit., & 14 A, Nº 2, p. 76.

anglosajón.¹³ En este último ámbito, por el contrario, ha dominado el principio de oportunidad.

Existe, sin embargo, divergencia acerca del contenido de este último principio, pues es posible encontrar autores que incluyen en el mismo desde la facultad del ministerio público para no iniciar o hacer cesar la persecución penal de un delito, ya sea incondicionalmente o sujeto a ciertas prestaciones, hasta la negociación sobre los cargos y la pena solicitada a cambio de la aceptación de los hechos o la culpabilidad del acusado.¹⁴ Excluyéndose sólo las técnicas de individualización penal y la denominada “oportunidad judicial”, esto es, la facultad de sobreseimiento atribuida al órgano jurisdiccional y la discrecionalidad ejercida en el ámbito de la actuación policial.¹⁵

Un concepto más restringido del principio de oportunidad abarca las modalidades de renuncia *tout court* a la persecución penal (principio de oportunidad *strictu sensu*) y las denominadas “salidas alternativas” del proceso penal, esto es, soluciones al conflicto que importan, en general, una menor afección en los derechos del sujeto que las que comportaría la aplicación de la reacción punitiva prevista en la ley penal¹⁶ y que implican la

¹³ MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, cit., pp. 544 y ss.

¹⁴ SANTANA VEGA (D.M.), “Principio de oportunidad y sistema penal”, en ADPCP, tomo 47, II, 1994, pp. 105 y ss. ARMENTA DEU (M.T.), *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 46 y ss. Vid. también DUCE (M.), “Las salidas alternativas...”, cit., pp. 171 y ss.

¹⁵ SANTANA, cit., p. 108. ROXIN niega enfáticamente la posibilidad de un ámbito legítimo para la discrecionalidad policial; para este autor, la policía está sujeta al principio de legalidad sin excepciones (*Strafverfahrensrecht...*, cit., & 14 A N° 3, p. 76. Sobre la discrecionalidad policial en el ámbito norteamericano, vid. OHLIN/REMINGTON, cit., pp. 23 y ss.; WILLIAMS (G.H.), “Police discretion: a comparative perspective”, en *Indiana Law Journal*, vol. 64, 1989, pp. 873 y ss.

¹⁶ Esto no significa que ellas impliquen, como señala DUCE, un “nivel menor de (...) intensidad de intervención por parte del sistema penal” (“Las salidas alternativas...”, cit., p. 177), pues es un hecho comprobado empíricamente y aceptado en forma creciente por la doctrina que la masificación de salidas o medidas alternativas determinan, en una buena cantidad de casos, una importante cuota de intervención y control sobre el sujeto (vid. COHEN (S.), *Visiones de control social* (trad. Elena Larrauri), PPU, Barcelona, 1988, *passim*; HORVITZ (M.I.), “Las medidas alternativas a la prisión” en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 21, Escuela de Derecho de la U. Diego Portales, Santiago, 1991, pp. 131 y ss.). Por otra parte, no siempre las “salidas alternativas” –en el concepto empleado por este autor– implican “la búsqueda de una solución al conflicto que representa el delito más que una respuesta puramente sancionatoria al mismo” si en ellas incluye el procedimiento abreviado (cit., p. 178), que significa, simplemente, una pena tradicional eventualmente mitigada.

satisfacción de otros intereses que los meramente punitivos. En esta situación se encuentran instituciones procesales novedosas como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.¹⁷

Son diversos los fundamentos que se han aducido para justificar la introducción del principio de oportunidad, en un sentido amplio, en el proceso penal, los que pueden ser reconducidos a razones prácticas de utilidad social o de justicia. Ellos pueden agruparse del siguiente modo:¹⁸

- a) La necesidad de sujetar la selectividad inherente a todo sistema penal a principios de razonabilidad y transparencia, respetando al máximo el principio de igualdad;¹⁹
- b) La evitación de los efectos criminógenos de la prisión preventiva y las penas privativas de libertad y, por consiguiente, de la reincidencia;
- c) La ausencia de utilidad y sentido de esperar hasta la sentencia para el goce de un beneficio, cuyo otorgamiento resulta evidente ya en la etapa de instrucción;
- d) La posibilidad de otorgar rápida y oportuna reparación a la víctima;
- e) La descongestión del sistema de justicia criminal de infracciones bagatelarias y la solución rápida y adecuada del conflicto;
- f) La necesidad de racionalizar y planificar la persecución penal, lo que significa considerar las limitaciones económicas y políticas en la utilización de los recursos disponibles y la obtención de los objetivos político-criminales deseados. Esta

¹⁷ Vid. *infra*, VII.B. 8 y 9.

¹⁸ Vid. GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal*, II, 3ª ed., 1990, pp. 163 y ss.; SANTANA, cit., pp. 111 y ss.; DUCE (M.), "Las salidas alternativas...", cit., pp. 89 y ss., especialmente 91 y ss.

¹⁹ Sobre la selectividad del sistema penal y los problemas de deslegitimación que acarrea, vid. HORVITZ (M.I.), "Ministerio público y selectividad", cit., *passim*. Especialmente relevante es la comprobación del carácter selectivo de la criminalización secundaria que pone en evidencia que multiplicidad de conductas socialmente dañosas cometidas por personas que gozan de un cierto *estatus* de poder dentro del sistema quedan al margen de la persecución penal y de la pena, provocando "bolsones de impunidad arbitraria" que resultan en una irritante discriminación y una creciente deslegitimación de toda la organización político-social estatal (vid. SOTO, "Ministerio público y política criminal", cit., p. 140).

priorización, evidentemente, entra en conflicto con la aplicación estricta del principio de legalidad.

Entre las objeciones planteadas al principio de oportunidad, podemos señalar las siguientes:

- a) Se le reprocha que entra en conflicto con el principio de separación de poderes, pues entrega a las autoridades a cargo de la instrucción la decisión de no persecución de hechos que se encuentran tipificados como delitos en la ley, decisión que, por otro lado, no siempre respeta el principio de igualdad.
- b) Se priva o debilita la capacidad preventiva del derecho penal material, particularmente de aquellas normas más habitualmente perjudicadas por la selección.
- c) El principio de oportunidad, aplicado en la instrucción, desvaloriza la inmediación y la publicidad del juicio oral. Es más, tratándose de salidas negociadas, como las que ocurren durante el procedimiento abreviado, se deslegitima el propio juicio oral y el sistema de resolución de conflictos que está en su base, propendiendo a la situación previa de solución mediante actas y por el mismo órgano que instruye, incurriéndose en la misma crítica dirigida al antiguo sistema inquisitivo.²⁰

A nuestro entender, un planteamiento respetuoso con el principio de legalidad del derecho penal debiera conducirnos, en primer término, al único camino genuinamente consecuente con dicho principio, esto es, a la revisión crítica de los fundamentos de la criminalización de ciertos hechos por parte del legislador, para verificar si subsisten los presupuestos del merecimiento de pena. Sólo excepcionalmente, el principio de oportunidad puede cumplir funciones político-criminales de importancia, operando en el caso concreto en base a criterios preventivos que hagan innecesaria la prosecución penal del mismo. Dichos criterios deben estar determinados, a nuestro juicio, de modo general y objetivo en la ley, de modo de asegurar la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de los mismos.

²⁰ Véase, en general, sobre estas críticas, SOTO (M.), "Ministerio público....", cit., pp. 151 y ss.

1.3. OBJETIVIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

De acuerdo con el principio de objetividad,²¹ consagrado tanto en la Constitución como en la ley, los fiscales del ministerio público deben investigar “los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación culpable y los que acrediten la inocencia del imputado” (art. 80-A CPR). En términos más precisos, el artículo 3 LOCMP expresa que el ministerio público investigará “con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”. Esta norma se contemplaba en los mismos términos en el artículo 109 del CdPP de 1906.

Es decir, los fiscales están obligados no sólo a indagar aquellos hechos relacionados con su propia estrategia de investigación, a partir de los antecedentes disponibles, sino también aquellos invocados por el imputado o su defensa para excluir, eximir o mitigar su responsabilidad penal (cfr. Art. 93 c) CPP). En el proceso penal chileno, el ministerio público no es una “parte” preocupada únicamente de acumular pruebas de cargo en contra del imputado, sino que tiene como criterio de actuación preponderante velar por la correcta aplicación de la ley penal.

1.4. DESFORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y AUSENCIA DE VALOR PROBATORIO DE LAS ACTUACIONES DE LA INSTRUCCIÓN

En el contexto jurídico-cultural latinoamericano, el desafío fundamental del ministerio público es la superación de la forma inquisitiva de ejercer el poder penal, cuestión que tiene un amplio alcance cultural y cuyas manifestaciones se expresan con especial fuerza durante la fase de instrucción. Es decir, los problemas tradicionales del sistema dicen relación con temas como la falta de control sobre la investigación, la formalización de los actos de la instrucción, la sobrecarga de trabajo y la delegación de funcio-

²¹ Vid. supra, III.A.2.3.2.2.

nes, la conversión automática de los antecedentes de la instrucción en prueba, la ausencia de defensa material o técnica desde el inicio del procedimiento, las relaciones mediatizadas y formalizadas con la policía, la falta de acceso a la información o de publicidad de la instrucción, el control burocrático de la prisión preventiva, la excesiva duración de los procesos, el nulo tratamiento de la prueba obtenida en forma ilícita, etc.

En este contexto, el plenario carece de relevancia práctica, es un mero trámite formal, incluso renunciable por las partes; en definitiva, una "teatralización de lo obrado en el sumario por el juez instructor, cuya labor probatoria prácticamente se transforma en incontrovertible en la segunda etapa" del procedimiento.²² Esta situación ha determinado la virtual inexistencia de juicios penales en el continente,²³ situación que pretende ser revertida con los movimientos de reforma que han tenido lugar en las últimas décadas en diversos países del mismo.²⁴

La desformalización de la instrucción y la ausencia rigurosa de valor probatorio de las actuaciones de investigación (con excepción de la prueba irreproducible o anticipada) constituyen, pues, requisitos indispensables para la valorización del juicio como etapa central del procedimiento. El Código establece diversas normas que tienden a la desformalización de esta etapa de la investigación. Así, por ejemplo, aquellas que se refieren a los registros de las actuaciones del ministerio público (art. 227), de la policía (art. 228) o de las actuaciones judiciales (arts. 39 y ss.); a otras formas de notificación (art. 31); de las comunicaciones y citaciones del ministerio público (arts. 22 y 23), de las comunicaciones entre el ministerio público y la policía (art. 81), de la obligación de información de la policía al ministerio público (art. 84), sobre agrupación o separación de investigaciones (art. 185), entre otras. El énfasis está puesto en el contenido de la actuación o di-

²² SOTO (M.), "Ministerio público y política criminal" en RIVADENEIRA y otros, *El Ministerio Público: para una nueva justicia criminal*, Fundación Paz Ciudadana, U. Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994, p. 146. Sobre la ausencia de importancia del plenario en el CdPP de 1907, vid. PAILLAS (E.), *Derecho procesal penal*, v. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 13.

²³ Vid. BINDER, "Funciones y disfunciones...", cit., p. 175.

²⁴ Sobre el punto, consultar MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (coords.) *Las formas procesales en América Latina*, cit., passim.

ligencia de que se trate y en la eficacia y expedición con que se lleve a cabo la misma, cuidando de garantizar la fidelidad e integridad de la información así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirla.

Una institución novedosa que da cuenta de la flexibilidad y desformalización de la instrucción está constituida por la facultad que poseen los fiscales para agrupar o separar investigaciones (art. 185 CPP).

En efecto, la ley dispone que el fiscal podrá investigar separadamente cada delito de que tenga conocimiento. También podrá desarrollar la investigación conjunta de dos o más delitos, cuando ello resulte conveniente a los fines de la persecución penal. Asimismo, en cualquier momento podrá separar las investigaciones que se lleven en forma conjunta. El juez de garantía sólo podrá intervenir en la hipótesis prevista en el artículo 274 CPP, esto es, para unir o separar *acusaciones* en la audiencia de preparación del juicio oral cuando ello fuere considerado conveniente por el juez, no se perjudique el derecho de defensa del imputado, no se perturbe el desarrollo u organización del juicio y no exista riesgo de provocar decisiones contradictorias (art. 274 CPP).²⁵ También se puede plantear la situación que dos o más fiscales se encuentren investigando los mismos hechos y con motivo de esta circunstancia se afecten los derechos de defensa del imputado. En tal caso, éste podrá pedir al superior jerárquico o al superior jerárquico común de los mismos, que resuelva, en su caso, quién tendrá a cargo el caso.

En consecuencia, corresponde al ministerio público regular, a través de reglamentos, el funcionamiento de las fiscalías y la distribución interna de las investigaciones del modo que resulte más eficaz y conveniente.²⁶ En consecuencia, no existen reglas legales de competencia ni de acumulación de causas para el ministerio público. Como señala el Mensaje del proyecto del Ejecutivo, “los criterios de asignación, agrupación, control y evaluación de casos no son regulados por la ley procesal sino que su definición corresponderá a las autoridades del ministerio pú-

²⁵ Con relación a las normas orgánicas que se refieren a esta hipótesis, vid. supra, III.D.2.1.4.

²⁶ Vid. artículo 17 letra d) de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley 19.640).

blico, de acuerdo con lo que se disponga en la correspondiente ley orgánica. Con ello se espera dar lugar a una verdadera racionalización de la persecución penal a partir de criterios generales emanados de un órgano con competencia técnica y con una visión de conjunto respecto de todo el sistema”.

La desformalización de la instrucción no sólo presupone una adecuada regulación normativa; depende también de la efectiva capacidad de los órganos comprometidos en ella de desprenderse de ciertas rutinas asociadas con la cultura inquisitiva. La organización jerárquica de dichas instituciones constituye un factor que puede resultar ambivalente. En el caso del ministerio público, la ley vincula el principio jerárquico al de control y eficiencia, estableciendo la obligación de las autoridades superiores de dicho organismo de ejercer un “control jerárquico permanente de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia”. Se añade que “este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones” (artículo 7 LOCMP). Sin embargo, no debe subestimarse el impacto negativo que el modelo jerarquizado de organización ha tenido y tiene en la forma de los procedimientos y en la adopción de las decisiones, generando prácticas burocráticas y rituales. Este análisis se ha efectuado *in extenso* respecto del aparato judicial tradicional en el continente europeo y sus epígonos latinoamericanos,²⁷ a los que se atribuye un fuerte corporativismo, la profesionalización de los funcionarios, el legalismo lógico para la toma de decisiones, la acción y el control burocráticos.²⁸ El

²⁷ Vid, por ejemplo, ZAFFARONI (E.R.), “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en *Imágenes del control penal. El sistema penal y sus agencias*, Colección Jurídica y Social, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994, pp. 85 y ss. También, BINDER (A.), “Funciones y disfunciones del ministerio público penal” en RIVADENEIRA y otros, *El ministerio público: para una nueva justicia criminal*, FPC/UDP/CPU, 1994, pp. 65 y ss.

²⁸ DAMASKA describe el denominado “modelo jerárquico” de organización del Estado, en contraposición al “modelo paritario”, identificándolo a través de las siguientes características: los funcionarios permanentes y organizados jerárquicamente constituyen una esfera de su práctica que consideran de su exclusiva competencia, identificándose a la larga con otros individuos de posiciones similares; se hace nítida la demarcación entre los “de adentro” y los “de afuera”; se produce una rutinización y especialización en las tareas: aunque pueda haber muchas formas de decidir un problema, sólo una emerge como habitual (“tipificación”

desafío de la reforma en este ámbito está constituido por la búsqueda de mecanismos que eviten un tipo de organización “refleja”, esto es, análoga a la judicial dentro del ministerio público.

La ausencia general de valor probatorio de las actuaciones de la instrucción se deduce de la norma contenida en el artículo 296 del CPP, que dispone que la prueba que sirva de base a la sentencia definitiva debe rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones legales. Ellas están constituidas por la llamada “prueba anticipada” o “preconstituida”.²⁹ En consecuencia, es importante distinguir entre los actos de investigación y los actos de prueba propiamente tal. Los primeros son medios de averiguación del hecho punible y la participación culpable que, a lo más, y cuando alcanzan un cierto estándar, pueden originar ciertos efectos personales y patrimoniales de carácter aseguratorio o cautelar contra una determinada persona, y constituirse en el fundamento de la acusación del ministerio público en contra de la misma. Para que dicha persona pueda ser condenada o absuelta se requiere la producción de prueba en sentido estricto, en el curso del juicio oral. La alteración de esta lógica es la que conduce inexorablemente a un retorno a formas de actuación propias del sistema inquisitivo.³⁰

de situaciones). Los juicios se transforman en pronunciamientos de una entidad impersonal, la disidencia es anulada. Los conflictos entre “pares” son resueltos por el superior común. El funcionario “de abajo” estará más cerca de los aspectos individuales del caso, mientras que los “superiores” enfrentan sólo realidades editadas y esquematizadas por sus subordinados. En el ámbito de las decisiones predomina el enfoque legalista, es decir, la corrección de la decisión es evaluada en términos de la fidelidad a la norma aplicada. La consecución de objetivos deseables no es un terreno justificatorio independiente; es más, la norma debe aplicarse aun si los resultados son negativos (Vid. DAMASKA (M.), *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 37 y ss.

²⁹ Vid. infra, VII.7.4.4.

³⁰ Vid., por ejemplo, la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, citada por Vegas Torres, en que se admitía la condena en base a declaraciones policiales o sumariales no reproducidas en el juicio oral y su evolución (Cfr. VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La ley, Madrid, 1993, pp. 241 y ss., especialmente nota 242.

1.5. EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD EN LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado, en numerosas sentencias, entre las que destacan las dictadas en los casos *Handyside*, *The Sunday Times* y *Bartholdt*,³¹ que el principio de proporcionalidad reclama que las medidas restrictivas de los derechos protegidos por el Tratado de Roma³² se encuentren previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática para alcanzar ciertos fines legítimos previstos. De esta formulación, emanada de un órgano internacional de derechos humanos, es posible distinguir la existencia de ciertos presupuestos y requisitos para que dichas medidas resulten legítimas. En efecto, el principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno *formal*, constituido por el principio de legalidad, y otro *material*, el principio de justificación teleológica.³³

El principio de legalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales se encuentra reconocido en diversas disposiciones de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Chile. Así, se lo consagra en el artículo 19 N° 5, respecto al derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; artículo 19 N° 7, letras b) y c), respecto de la libertad personal. Disposiciones análogas se contienen en los artículos 9.1, 12 N° 3, 17, 19 N° 3, 22 N° 2 del PIDCP; y en los artículos 7, 11 N° 2, 13 N° 4, 15, 16, 22 N° 3, 4 y 6 de la CADH.

El artículo 5 del CPP sienta el *principio de legalidad* respecto de las medidas privativas o restrictivas de libertad que puedan decretarse en el curso de un procedimiento penal, esto es, de las medidas cautelares personales.³⁴ En su inciso 1° establece que

³¹ De fechas 7 de diciembre de 1976, 26 de abril de 1979 y 25 de marzo de 1985, respectivamente. Vid. HORVITZ (M.I.), "La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo", en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección de Estudios N° 1, Santiago.

³² Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

³³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO (N.), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, 1990, Madrid, p. 69.

³⁴ Esta temática se aborda más detalladamente supra, Capítulo VI.

“no se podrá citar, detener o 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 en la Constitución y en las leyes”. Como se señaló, la garantía de legalidad se justifica allí donde se plantea la amenaza de los derechos constitucionales, y esto es especialmente pertinente en el caso del proceso penal, por las necesidades de eficacia de la persecución penal pública que ponen en permanente tensión los derechos y garantías del ciudadano asociados a la presunción de inocencia.

El inciso 2º del artículo 5º CPP establece que “las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”. Por su lado, el inciso 1º del artículo 122 CPP señala que “las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”. El inciso 2º añade que “estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”. En relación a la prisión preventiva, la medida cautelar personal más fuertemente aflictiva de derechos, se establece que ella “sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento” (art. 139 inciso 2º CPP). Y a propósito de los supuestos de improcedencia de la prisión preventiva, la ley dispone que “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” (artículo 141 inciso 1º CPP).

No cabe duda de que las normas transcritas hacen referencia al principio de proporcionalidad, a sus presupuestos y requisitos. En efecto, aunque no se consagre en forma expresa, como sí lo hace, por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal alemana, existe una alusión clara a este principio en la regulación de las medidas cautelares personales, a través de las exigencias de *idoneidad* (adecuación de la medida a sus fines), de *necesidad* de la medida (principio de subsidiariedad) y de *proporcionalidad en sentido estricto*, entendida ésta como la realización de una cuidadosa ponderación de los intereses en conflicto en el

caso concreto. Asimismo, se asientan los *principios de jurisdiccionalidad* y de *necesidad de motivación de la decisión* de las medidas cautelares personales.³⁵

En algunos casos es el propio legislador quien realiza una ponderación de los intereses en juego con la solicitud de una medida restrictiva de derechos. Así ocurre, por ejemplo, con la hipótesis prevista en el artículo 124 CPP. En efecto, esta disposición prohíbe la aplicación de medidas cautelares personales que recaigan sobre la libertad del imputado en todos aquellos casos en que la imputación se refiera a faltas o delitos que la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad o cuando éstas no excedan de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Sólo podrá plantearse la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia conforme al artículo 33 CPP.³⁶ Evidentemente, un criterio importante en la ponderación de intereses en juego es la gravedad de la pena *versus* la entidad del derecho constitucional afectado. Las penas de multa, por ejemplo –limitativas del derecho de propiedad–, son, sin duda, menos graves que las penas restrictivas o privativas del derecho a la libertad y, por ello, no parece que el interés del Estado, en estos casos, sea de tal magnitud como para justificar la limitación del *ius libertatis*, pues tal posibilidad no ha sido prevista siquiera como castigo ante la comisión del hecho punible. Un razonamiento similar es posible respecto de personas imputadas por delitos que tienen asignadas penas privativas de libertad de corta duración, con posible aplicación de una medida alternativa de la pena de las previstas en la Ley 18.216, frente a la solicitud de una medida cautelar de arresto domiciliario o de prisión preventiva. En estos casos, el daño que se causa al sujeto destinatario de la medida cautelar (y que la medida de suspensión condi-

³⁵ ASECIO MELLADO señala que los requisitos exigidos para la limitación de los derechos fundamentales son: A) Jurisdiccionalidad, B) Proporcionalidad, que comprende los siguientes subprincipios: a) existencia de una imputación concreta, b) idoneidad de la medida, c) indispensabilidad de la medida, d) proporcionalidad de medio a fin, e) motivación de la resolución limitativa del derecho, y C) Garantías en la ejecución de la restricción (cfr. ASECIO (J.M.), *Derecho procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 125 y ss.).

³⁶ El artículo 124 CPP ha sido modificado por la Ley N° 19.789 de 30-01-2002. Cfr. ADDENDA, al final de esta obra.

cional de la pena pretende evitar) es desproporcionado con la finalidad de la misma.

Otra hipótesis relevante de ponderación de intereses se encuentra en la norma que regula los supuestos concretos de impropiedad de la prisión preventiva, en el artículo 141 inciso 2º CPP, y que es ilustrativa de los valores enfrentados y de la forma en que se resuelve dicha tensión por el legislador.

No existen, en la ley, disposiciones análogas a las examinadas respecto de las diligencias de investigación que afectan derechos fundamentales. Sólo se plantea en forma expresa el principio de jurisdiccionalidad en el artículo 9º inciso 2º CPP, que reitera la norma constitucional contenida en el artículo 80-A inciso 3º CPR. Sin embargo, es evidente que, tratándose de medidas restrictivas de derechos de la misma naturaleza que las cautelares personales, deben aplicarse los mismos principios y limitaciones. Así, el principio de legalidad de las medidas intrusivas se cumple respecto de diversas diligencias de investigación que se encuentran reguladas en el CPP, como los exámenes corporales, pruebas caligráficas, la entrada y registro en lugares cerrados, incautación de objetos, documentos y correspondencia, y la interceptación de las comunicaciones telefónicas.³⁷ La medida ha de ser idónea para el fin perseguido y no existir otro medio menos aflictivo para la obtención del mismo (principios de idoneidad y necesidad). La ponderación de los intereses en conflicto debe efectuarse por el juez en la decisión motivada que resuelva la solicitud respectiva (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Merece destacarse que, a diferencia de las medidas cautelares personales, el consentimiento del afectado a la realización de la diligencia cumple un papel relevante en su admisibilidad y excluye, por regla general, la necesidad de comprobación de los presupuestos y requisitos de estas medidas.

En suma, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en juego. Exige que las restricciones de los derechos fundamentales se encuentren previstas por la ley, sean adecuadas a los fines legítimos a los que se

³⁷ Vid. *infra*, VII.B.6.

dirigen y constituyan medidas necesarias para alcanzarlos en una sociedad democrática.³⁸ En consecuencia, el principio de proporcionalidad determina la inadmisibilidad de todas aquellas medidas que, aunque idóneas para la consecución del fin, el mismo pueda ser alcanzado a través del empleo de medios alternativos menos gravosos o si ellas ocasionan, voluntaria o involuntariamente, graves daños que no están en relación ponderada entre medio y fin de realización.³⁹

Junto a los requisitos, ya examinados, de procedencia de cualquier medida restrictiva de derechos, suele exigirse también la concurrencia de un cierto estándar de antecedentes de la investigación que hagan verosímil la imputación delictiva. Así, respecto de las medidas cautelares personales se exige –en general– el denominado *fumus boni iuris*,⁴⁰ esto es, antecedentes suficientes sobre la existencia del cuerpo del delito y la participación, cuyo estándar dependerá de la gravedad de la medida cautelar de que se trate, que permitan excluir solicitudes infundadas o arbitrarias del órgano de persecución penal. En tal dirección se orientan los requisitos de la prisión preventiva contenidos en las letras a) y b) del artículo 140 CPP.

En el caso de las diligencias de investigación que importan restricciones a los derechos fundamentales la situación es bastante diferente. Con excepción de las medidas de retención e incautación de correspondencia y de interceptación telefónica, en que el legislador exige expresamente como requisito de procedencia la existencia de *motivos fundados*, respecto de la primera⁴¹ o de *sospechas fundadas* basadas en *hechos determinados* de la preparación o comisión de un delito que merezca pena de crimen y de participación en el mismo, respecto de la segunda,⁴² se omite en los demás casos una referencia precisa a estándares análogos al señalado. En efecto, sólo existen ciertas referencias vagas a “presunciones” (arts. 205, 218). No cabe duda de que

³⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO (N.), *Proporcionalidad*, cit., p. 17.

³⁹ RESS (G.), “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht”, cit., pp. 12 y ss.

⁴⁰ Vid. supra, capítulo VI.3. Críticamente, pues el legislador no exige en forma expresa este requisito respecto de la detención “imputativa”, supra, capítulo VI A.3.2.1.

⁴¹ Vid. infra, VII.B.6.3.1.

⁴² Vid. infra, VII.B.6.3.2.2.

no basta la mera imputación del hecho delictivo para que se proceda a la realización de una medida intrusiva, máxime si ellas pueden decretarse sin conocimiento del afectado (art. 236 CPP). Por ello, se hace indispensable que el juez de garantía compruebe la existencia de antecedentes suficientes de investigación del hecho y de la participación punible que funden la necesidad de la realización de una determinada diligencia limitativa de derechos. El estándar de suficiencia dependerá de la entidad del derecho afectado con la diligencia.

1.6. MECANISMOS DE ACELERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Los mecanismos de aceleración del procedimiento previstos en la ley procesal penal pueden estar establecidos a favor del imputado o a favor del órgano de persecución penal. Examinaremos esta temática en el orden señalado.

De acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, el imputado tiene derecho a un juicio sin dilaciones indebidas o, dicho de otra manera, a ser juzgado en un plazo razonable.⁴³ Este derecho es consecuencia del principio de presunción de inocencia, que impone fuertes restricciones a la perturbación o afcción de los derechos del imputado durante el procedimiento, las que suelen agravarse a medida que transcurre el mismo.⁴⁴ La prolongación del procedimiento puede determinar la sujeción del imputado a medidas cautelares personales más o menos gravosas que afectan su libertad personal, pueden vulnerar su honor o prestigio o acarrearle una sensación de inseguridad o ansiedad ante la incerti-

⁴³ Vid. *supra*, Capítulo II.C.2.2.2.

⁴⁴ Esta situación es particularmente clara en el actual sistema procesal penal chileno, en que los largos procedimientos determinan una prolongada prisión preventiva, los efectos estigmatizantes del auto de procesamiento y las anotaciones prontuariales que de él emanan y las restricciones a la libertad ambulatoria y el ejercicio de derechos políticos, entre otros (cfr. RIEGO (C.), "El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos" en MEDINA (C.), y MERA (J.), (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 6, Publicaciones Especiales, septiembre 1996, pp. 316 y ss.

dumbre sobre los resultados del procedimiento. Incluso puede menoscabar su derecho a defensa,⁴⁵ aunque esto no siempre suceda. En efecto, en algunos casos la prolongación del procedimiento es buscada por el propio imputado, como táctica dilatoria para obtener la absolución o una condena más benigna. La memoria de los testigos se debilita y muestra sus flaquezas en los interrogatorios cruzados. Algunos pueden morir, trasladarse de lugar o, simplemente, negarse a cooperar con la parte que los presenta.⁴⁶

Una genuina manifestación del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, sin detrimento de sus garantías, está constituida por la contemplación de plazos, legales y judiciales, para el cierre de la investigación. El Código Procesal Penal chileno establece un plazo absoluto para que el fiscal declare cerrada su investigación, cuya infracción puede acarrearle el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 247 CPP).⁴⁷ Asimismo, se confiere al juez la facultad de imponer al fiscal del caso un plazo para declarar el cierre de la investigación (art. 234 CPP). Ella puede tener gran relevancia cuando se han solicitado medidas cautelares personales especialmente gravosas para el imputado, como la prisión preventiva, y su concesión se sujete a la realización de las diligencias de investigación pendientes en un lapso razonable. Con ello no sólo se logra disminuir el impacto desocializador o criminógeno que la excesiva prolongación de la prisión preventiva u otras medidas cautelares puedan producir en el imputado, sino que se logra el objetivo de acelerar el procedimiento, ya para sobreseer el caso o para llevarlo a juicio. Finalmente, cabe destacar la facultad que la ley concede al juez de garantía de fijar un plazo al ministerio público para for-

⁴⁵ En el caso norteamericano, el derecho a un "speedy trial" deriva de la "Due Process Clause" de la Decimocuarta Enmienda. El Tribunal Supremo Federal tuvo la posibilidad de pronunciarse ya en 1969 respecto del derecho del imputado preso a ser juzgado en un plazo razonable señalando, en el caso *Smith v. Hoey*, que este derecho persigue tres objetivos: a) impedir el encarcelamiento indebido y opresivo antes del juicio, b) minimizar la preocupación y ansiedad que acompañan a la imputación penal, y c) limitar las posibilidades de que un largo retraso pueda perjudicar el derecho a defensa del imputado (VIVES (T.), *La reforma del proceso penal. Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 39 y ss.).

⁴⁶ VIVES, cit., p. 43.

⁴⁷ Vid. infra, VII.B.10.1.

malizar la investigación cuando existiere el reclamo de alguna persona de considerarse afectada por una investigación criminal (art. 186 CPP). De este modo se obliga al ministerio público a realizar una actuación que, a su turno, conlleva el efecto de imponerle un plazo máximo para finalizar su investigación.

Sin embargo, la celeridad del procedimiento no siempre se lee en clave garantista. Como apunta FERNANDEZ ENTRALGO,⁴⁸ en nuestra sociedad postmoderna se corre el riesgo de que la eficacia del proceso penal se mida más por su productividad, entendida en función de tasa de condenas, que por la calidad o justicia de sus decisiones. El proceso penal, en este contexto, es concebido como un puro sistema de distribución de recursos escasos que debe proporcionar, de la forma más barata posible, su ración diaria de condenados. Esta lógica es la que ha generado las mayores críticas a los procedimientos sumarísimos o abreviados que presuponen un acuerdo entre fiscal e imputado e implican la renuncia del imputado de su derecho al juicio oral.⁴⁹

El Código contempla diversos mecanismos de aceleración del procedimiento, que operan durante la instrucción, y que suelen favorecer primordialmente los intereses del órgano de persecución penal, aunque este no tiene "derecho" a los mismos. Entre ellos están el juicio inmediato, el procedimiento abreviado y el procedimiento monitorio. En el primer caso, acogida que sea la solicitud del ministerio público, se produce la inmediata realización del juicio; en los demás, la aceleración es la consecuencia de la renuncia al juicio, la renuncia al juicio del procedimiento ordinario o simplificado y la realización de un procedimiento especial que significa la aceptación de los hechos materia de la acusación o del requerimiento y de los antecedentes fundantes, en su caso.

El juicio inmediato⁵⁰ es de resorte exclusivo del ministerio público. Este podrá utilizarlo en aquellos supuestos en los que

⁴⁸ ANDRES IBAÑEZ, (P.), y otros, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990, p. 44.

⁴⁹ FERNANDEZ ENTRALGO, cit., p. 45. Un buen resumen de la crítica a esta tendencia está en SCHÜNEMANN (B.), "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?", en *Revista de Derecho Penal* N° 11, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 1999, pp. 111 y ss.

⁵⁰ Vid. infra, VII. B. 7.4.3.

cuente con los antecedentes y la evidencia necesaria para acusar y llevar el caso a juicio oral. De allí que el juicio inmediato, más que la expresión del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, sea visto como una herramienta del fiscal para economizar recursos y tiempo, o cuando estime inconveniente o inútil la prolongación de la etapa de investigación.

Siguiendo la tendencia del derecho comparado a incorporar procedimientos simplificados, que ordinariamente implican una negociación entre ministerio público e imputado en torno a los hechos constitutivos de delito y su calificación jurídica o la naturaleza y cuantía de la pena,⁵¹ el Código contempla un procedimiento que significa la evitación del juicio oral y la resolución del caso por el juez de garantía en base a la aceptación de los hechos y los antecedentes de la instrucción por parte del acusado. Su objetivo es evitar el procedimiento ordinario en aquellos casos en que la evidencia en contra del acusado es contundente y éste se encuentre, en consecuencia, dispuesto a renunciar al juicio a cambio de una sentencia más favorable que la que pudiese corresponderle tras la realización del juicio. La "oferta de intercambio" aceptada válidamente por el acusado es la condición de legitimidad de este procedimiento que, sin embargo, es severamente cuestionada no sólo por las afecciones que conlleva para la garantía del debido proceso sino también por la inversión de los valores de la tradición liberal del estado de derecho en materia procesal penal.⁵²

En la misma línea, el procedimiento monitorio (art. 392 CPP) consiste en la abreviación del procedimiento simplificado cuando el imputado pague o acepte la multa impuesta por el juez en la resolución respectiva, sin reclamar en contra del requeri-

⁵¹ Vid. HORVITZ, (M.I.), "Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado", en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL N° 2, Santiago, 1994, pp. 27 y ss.

⁵² Piénsese solamente en la circunstancia que dicho procedimiento es fallado por el juez de garantía, quien ha estado encargado del control de la investigación previa. La crítica a la falta de imparcialidad del tribunal es análoga a la que hoy se dirige al juez del crimen en aquellas regiones donde aún rige el CdPP de 1906. Otra importante objeción destaca la coacción que significa para el imputado la eventual aplicación de la prisión preventiva en caso de rechazarse el acuerdo y seguirse el procedimiento ordinario. La coacción es mayor cuanto peores son las condiciones concretas del encierro penitenciario.

miento del ministerio público. Se trata de un procedimiento sencillo para requerimientos por faltas, aunque también cabe para algunas hipótesis de simples delitos en que deba imponerse únicamente una pena de multa.

1.7. PUBLICIDAD DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN PARA LOS INTERVINIENTES DEL PROCEDIMIENTO. SITUACIÓN DE LOS TERCEROS

El artículo 182 del CPP establece el secreto de las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía para los terceros ajenos al procedimiento, entendiéndose, *contrario sensu*, que los intervinientes siempre tendrán acceso a las mismas. Se establece, además, que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar en cualquier momento los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial.⁵³ Evidentemente, en el caso del imputado esta facultad está estrechamente vinculada al ejercicio de su derecho de defensa y a la protección contra la sorpresa en el juicio.⁵⁴

Este derecho del imputado se encuentra limitado por la facultad del fiscal de disponer la reserva temporal de ciertas actuaciones de la investigación. En efecto, el fiscal puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean

⁵³ En consecuencia, no compartimos la opinión de la Fiscalía Nacional del ministerio público, expresada en su Instructivo N° 4, que entiende que el imputado adquiere la cañalidad de tal sólo a partir de la formalización de la investigación. Tal interpretación tendría como efecto la consideración del imputado como un "tercero ajeno al procedimiento" para los efectos del artículo 182 CPP y, por tanto, podría denegársele el acceso a los registros y documentos de la investigación, con todas las consecuencias negativas para el ejercicio de su derecho de defensa. Vid. *supra*, III.D.1, nota 236.

⁵⁴ Este es también el fundamento del *discovery* norteamericano. En *Brady v. Maryland* (373 U.S. 83 (1963)), la Corte Suprema reconoció que el acceso a cierta información específica es esencial para el derecho del imputado al debido proceso. En el mismo sentido, el Congreso promulgó la Jencks Act (18 USC & 3500 (1982)) y las Reglas 16 y 26.2 de las Federal Rules of Criminal Procedure a fin de facilitar el acceso al imputado de ciertos documentos de la investigación. En general, sobre el tema vid. CLAMAN/NARK "Discovery" en *American Criminal Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 653 y ss.

mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso debe 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. Este plazo es absoluto, de modo que no cabe renovar o prolongar la reserva en caso alguno. Por el contrario, el imputado o cualquier otro interviniente tienen la posibilidad de 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 afecte.

No sólo existen límites absolutos en cuanto a la duración del secreto sino también en cuanto a su objeto. Se establece que no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, sobre las actuaciones en las que haya participado el tribunal, ni sobre los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor. El legislador, en consecuencia, ha determinado un ámbito de actuaciones que constituye el núcleo intangible del derecho a defensa del imputado, bajo el cual se considera que no posee la información suficiente para ejercer debidamente su derecho.

El artículo 182 CPP se refiere a las “actuaciones de la investigación realizadas por el ministerio público y la policía”. ¿Qué ocurre, sin embargo, con las audiencias judiciales de la etapa de investigación preparatoria? ¿Han de ser también secretas para los “terceros ajenos al procedimiento”?⁵⁵

⁵⁵ La Fiscalía Nacional del ministerio público se ha pronunciado sobre este tema en su Instructivo N° 14. Allí se expresa que “si los terceros ajenos al procedimiento, es decir, que no sean intervinientes del proceso, no pueden conocer las actuaciones de la investigación, la consecuencia necesaria es que a las audiencias que se desarrollan durante ésta, en especial las llamadas audiencias garantizadas, dichos terceros no deben tener acceso a éstas y los tribunales no deben permitir el acceso de terceros ajenos al procedimiento durante dichas audiencias. Lo anterior es sin perjuicio de que una vez concluida o cerrada la investigación, los terceros ajenos al procedimiento sí pueden tener acceso a la investigación terminada porque en este caso rige el principio general de la publicidad de los actos judiciales contenido en el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales”. Sin embargo, más adelante se recomienda a los fiscales que “en atención a que la opinión predominante y la práctica está indicando que los jueces consideran que los terceros y los medios de comunicación pueden concurrir a las audiencias y te-

A nuestro juicio, en el caso de las audiencias de la instrucción rige, sin excepciones, el principio general de publicidad de los actos judiciales establecido en el artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales. Ello, por dos razones.

Primero, porque el artículo 182 CPP se refiere a las actuaciones de investigación *realizadas por* el ministerio público y por la policía, así como de sus *registros y documentos*. Las audiencias judiciales de la instrucción no son actuaciones *de* investigación sino *de control* de los antecedentes de la investigación cuando el ministerio público pretenda afectar los derechos constitucionales del imputado o de un tercero, conforme lo establece el artículo 80 A inciso 3º CPR. En efecto, de sostenerse la posición contraria, habría que denegar el acceso a la audiencia a cualquier tercero ajeno al procedimiento que pudiera verse afectado por lo que se decida en la misma, lo que, evidentemente, resulta inadmisibile. En las audiencias judiciales prevalece la dimensión de garantía por sobre las necesidades de la investigación. Por ello, el fiscal debe ponderar debidamente las fortalezas y debilidades de su investigación al momento en que deba o decida formalizarla, porque en tal caso deberá hacer públicos los antecedentes que invoque en la respectiva audiencia.

Segundo, porque incluso el propio CPP relativiza el secreto de la investigación preparatoria al referirse a la policía. En efecto, el artículo 92 del CPP limita las restricciones a la información que puede entregar la policía a los medios de comunicación social sólo a la identidad de los imputados, víctimas y testigos, eliminándose las referencias existentes en el texto del proyecto a las diligencias practicadas por la misma. Explicando estas modificaciones, la Comisión del Senado dejó constancia de lo siguiente:

“La Comisión estuvo de acuerdo en que le da mayor transparencia a la gestión policial el hecho que sus actividades sean

niendo presente además que en los edificios construidos o remodelados, la sala de audiencias está proyectada para recibir público, *resulta inconducente y poco oportuno que los fiscales promuevan ninguna cuestión previa al respecto porque sería rechazada y probablemente produciría un impacto negativo en los medios de comunicación*”. A continuación se instruye apoyar las solicitudes en tal sentido de los imputados o la resolución de propia iniciativa de los jueces, o solicitarla sólo cuando se sintieren amenazados o presionados en su actuación profesional por los parientes o amigos del imputado o por terceros (Fiscalía Nacional del Ministerio Público, *Reforma procesal penal. Instrucciones generales N° 1-25* (septiembre-noviembre 2000), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 200-201 (en cursiva en el original).

conocidas, siempre que exista la debida coordinación con el fiscal a cargo del caso o esté prevista dentro de las instrucciones aplicables al caso, con el objeto que no se vea afectada la investigación. Es oportuno recordar que, cuando esta Comisión aprobó el actual artículo 64 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que impide a los fiscales emitir opiniones acerca de los casos que tuvieren a su cargo, dejó constancia de que ello no les vedaba la posibilidad de informar sobre ellos”.⁵⁶

Si se flexibiliza de tal modo el secreto de las actuaciones de la investigación policial, en aras de preservar el derecho de las personas a la información sobre la persecución penal de los delitos, con mayor razón cabe plantear la plena publicidad de las audiencias judiciales de la etapa de investigación preparatoria para el mismo objetivo. Las únicas restricciones de acceso o publicidad de las mismas son, a nuestro juicio, las que se autorizan respecto del juicio oral (vid. art. 14.1 PIDCP y art. 289 CPP).

2. ESTRUCTURA GENERAL Y OBJETIVOS DE LA INSTRUCCION

La investigación preparatoria se encuentra a cargo de los fiscales del ministerio público, quienes investigan por sí mismos o encomiendan a la policía las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos. El juez de garantía es el órgano jurisdiccional encargado de controlar las actuaciones de la investigación.

Esta etapa puede iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela y concluye con el cierre de la investigación y la decisión del fiscal sobre el resultado de ésta. Esta decisión puede ser positiva, esto es, existen suficientes antecedentes de investigación que permiten sostener una acusación en contra de determinada o determinadas personas, o negativa, es decir, no se da la situación anterior, por lo que procede solicitar el sobreseimiento de la causa (temporal o definitivo) o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento. La

⁵⁶ Citado en Fiscalía Nacional del ministerio público, *Reforma procesal penal*, cit., pp. 196-197.

interposición de la acusación es la actuación indispensable que determina el paso de la etapa de investigación a la de preparación del juicio oral.

En consecuencia, podemos afirmar que la etapa de investigación tiene tres objetivos básicos:

- a) Allegar o producir los antecedentes probatorios necesarios que fundamenten la interposición de la acusación en contra de una persona por un delito determinado y asegurarlos hasta su presentación al juicio;
- b) Impedir que pasen a la etapa de preparación del juicio oral los casos de sospechas infundadas de comisión de un delito, operando como primer filtro del procedimiento, y
- c) Promover, cuando corresponda, la terminación anticipada del procedimiento en aquellos casos en que una solución alternativa del conflicto jurídico-penal permita prescindir del juicio y de la sentencia.

3. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO Y DE LA ETAPA DE INVESTIGACION

La investigación de un hecho que reviste caracteres de delito puede iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela (art. 172 CPP). Más ampliamente, existe inicio del procedimiento desde que se realice cualquier actuación por o ante la policía, el ministerio público o un tribunal con competencia en lo criminal. En efecto, el artículo 7º inciso 2º CPP establece que “se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”. Aunque esta norma tiene por función principal sentar el momento preciso en que el imputado puede hacer valer las facultades, derechos y garantías que la Constitución, el CPP y otras leyes le reconocen,⁵⁷ no cabe duda

⁵⁷ Vid. supra, III.D. 1 y 2.

de que resulta aplicable para determinar el momento en que se ha iniciado un procedimiento penal en contra del mismo, al punto que el artículo 186 CPP concede, a cualquier persona que se considere afectada por una investigación criminal que no se hubiere formalizado judicialmente, la facultad de solicitar al juez de garantía que ordene al fiscal informar sobre la misma e, incluso, de fijarle un plazo para que la formalice. El inicio del procedimiento no está, en consecuencia, determinado por la realización de actos formales sino por la realización de actuaciones que significan la imputación de un delito y, con ello, la afectación de derechos fundamentales.

3.1. INICIO DE OFICIO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

La investigación puede iniciarse de oficio por los fiscales del ministerio público, cada vez que presencien o tomen conocimiento personal de la comisión de un delito. El artículo 175 letra b) del CPP establece que los fiscales están obligados a denunciar, en los mismos términos que los demás funcionarios públicos, los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que noten en la conducta ministerial de sus subalternos. Sin embargo, la norma pareciera superflua tratándose de los delitos cuya persecución penal los fiscales debieran iniciar de oficio, por mandato del principio de legalidad.⁵⁸ En consecuencia, sólo cabría entender que la norma opera como obligación de denuncia en aquellos casos en que, por la distribución administrativa de los asuntos penales, la investigación correspondiere a otra fiscalía o el fiscal de que se trate no tuviere atribuciones o no pudiere investigar personalmente tales hechos.⁵⁹ Asimismo, comprende los delitos que se cometan al interior de las fiscalías o con ocasión de la función que desempeñan. El Código se refiere expresamente a los delitos que noten en la conducta ministerial de sus *subalternos*, lo que no impide que se puedan denunciar los hechos

⁵⁸ ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit, § 37, A, II, N° 7, p. 264.

⁵⁹ Por ejemplo, los fiscales regionales, excepto en el caso del artículo 19 LOCMP; o cuando concurriere una causal de inhabilitación (art. 55 LOCMP), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 LOCMP, etc.

delictivos que cometan sus pares o los superiores jerárquicos, responsabilidad que debe perseguirse conforme a las reglas especiales establecidas en el artículo 46 LOCMP.⁶⁰

3.2. INICIO DEL PROCEDIMIENTO POR DENUNCIA

La denuncia es la forma más habitual de inicio de un procedimiento penal y, en el caso de los delitos de acción penal pública, puede realizarse por cualquier persona ante los funcionarios de la policía (Carabineros e Investigaciones), de Gendarmería (tratándose de delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios), ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal o ante el propio ministerio público. La denuncia debe ser comunicada de inmediato al ministerio público (artículo 173 CPP). En el caso de la policía, la comunicación debe efectuarse por el medio más expedito posible, sin perjuicio de realizar desde luego las actuaciones de investigación que no requieren orden previa del ministerio público (art. 84 CPP).

En el caso de los delitos de acción penal privada, no cabe la denuncia y sólo podrá iniciarse el procedimiento por querrela interpuesta por la víctima del delito (arts. 53 inciso 3º, 55 y 400 CPP). En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito haya denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía (art. 54 inciso 1º CPP). El ministerio público podrá, sin embargo, realizar los actos ur-

⁶⁰ Dicho artículo establece que: Presentada una denuncia en contra de un fiscal del ministerio público por su presunta responsabilidad en un hecho punible, o tan pronto aparezcan antecedentes que lo señalen como partícipe en un delito corresponderá dirigir las actuaciones del procedimiento destinado a perseguir la responsabilidad penal:

a) Del Fiscal Nacional, al fiscal regional que se designe mediante sorteo, en sesión del Consejo General, la que será especialmente convocada y presidida por el fiscal regional más antiguo;

b) De un fiscal regional, al fiscal regional que designe el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General, y

c) De un fiscal adjunto, al fiscal regional que designe el Fiscal Nacional.

Tratándose de delitos cometidos por un fiscal en el ejercicio de sus funciones, el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querrela de capítulos, conforme a las disposiciones de la ley procesal penal.

gentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito (art. 166 inciso final CPP).

Además, cuando se trate de delitos de acción pública previa instancia particular se admite que, a falta del ofendido por el delito, puedan denunciar el hecho las personas indicadas en el artículo 108 inciso 2º, y en el orden de prelación señalado en dicha disposición.⁶¹ Asimismo, cuando el ofendido se encuentre imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o lo estuvieren quienes puedan formularla por él o aparezcan implicados en el hecho, el ministerio público podrá proceder de oficio (art. 54 incisos 3º y 4º CPP). No debe olvidarse, sin embargo, que el Código concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad (artículo 53 inciso 2º *in fine*). En consecuencia, esta norma ha derogado tácitamente la disposición contenida en el artículo 369 inciso 1º del Código Penal,⁶² que exige previa instancia particular en los delitos contemplados en los artículos 361 a 366 *quater* del mismo cuerpo legal, cuando el ofendido sea menor de edad. Es más, el legislador amplió esta regla tratándose de detención por estos delitos en supuesto de flagrancia. El artículo 129 inciso 3º establece que: “No obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 *quater* del Código Penal”.

3.2.1. *Forma y contenido de la denuncia*

El Código establece que la denuncia puede efectuarse por cualquier medio, esto es, personalmente, por vía telefónica, facsímil, etc. La ley exige 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

⁶¹ Vid. *supra*, III.E.2.3.1.

⁶² Esta norma fue introducida por la Ley que reformó los delitos sexuales, Ley 19.617 de 12 de julio de 1999.

que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él, y la firma del denunciante. Tratándose de una denuncia verbal, debe levantarse un registro en presencia del denunciante, quien debe firmarlo junto con el funcionario que la reciba.

La denuncia anónima de un delito perseguible de oficio debe investigarse al menos para determinar la efectividad de los hechos denunciados y la identidad del denunciante. Aun cuando esto último no pudiere obtenerse, podrá dársele curso de propia iniciativa por el ministerio público cuando la denuncia revistiere seriedad y fundamento. Esta solución resulta análoga a la prevista en el artículo 117 CPP para el caso de una querrela rechazada por incumplimiento de sus requisitos formales.

3.2.2. *Obligación de denuncia*

Están obligadas a denunciar las personas a que se refiere el artículo 175 CPP. Tales personas son las siguientes:

- a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, respecto de los delitos que presencien o lleguen a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán obligados a denunciar todos los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones;
- b) Los fiscales y los demás empleados públicos, respecto de los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que noten en la conducta ministerial de sus subalternos;
- c) Los jefes de puerto, 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, respecto de los delitos que se cometan 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 noten 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, respecto de los delitos que afecten a los alumnos o que hayan tenido lugar en el establecimiento.

En general, se trata de funcionarios públicos o de personas que, por su cargo, función o posición, asumen deberes especiales de protección respecto de ciertos bienes jurídicos y, en consecuencia, se encuentran en una posición de garante. Por ello, la infracción del mandato de denuncia es constitutiva de un delito-falta de omisión.⁶³

Las personas obligadas a denunciar tienen un plazo de 24 horas, contado desde que tengan conocimiento del hecho punible, para formularla ante alguna de las autoridades pertinentes, salvo el caso de los capitanes de naves o aeronaves en que el plazo se cuenta desde el arribo a cualquier puerto o aeropuerto de la República (art. 176 en relación al artículo 173 inciso 2º CPP). La denuncia realizada por alguno de los obligados a practicarla exime al resto (art. 175 inciso final CPP).

La omisión de la obligación de denunciar será castigada con la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal o la señalada en disposiciones especiales, cuando corresponda (art. 177 inciso 1º CPP).⁶⁴ El propio artículo 494 Nº 9 del Código Penal castiga con pena de multa al “facultativo que, notando en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave, no diere parte a la autoridad oportunamente”.

Sin embargo, la ley prevé ciertas excepciones a esta obligación de denuncia que, en realidad, constituyen una consecuencia del *principio de no autoincriminación*. En efecto, se establece que “la pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos”

⁶³ El supuesto específico contemplado en la letra b) de este precepto, fue examinado con mayor detenimiento supra VII.B.3.1.

⁶⁴ Vid., por ejemplo, art. 21 Ley 19.366.

(art. 177 inciso 2º CPP). Esta exención de responsabilidad penal se fundamenta en el derecho del imputado a guardar silencio ante una imputación jurídico-penal (art. 93 letra g) CPP) y en el derecho de ciertos parientes a no declarar por motivos personales (art. 302 inciso 1º CPP).

Por último cabe distinguir, en el caso previsto en la letra a) del artículo 175 CPP, entre la obligación de *denunciar* que recae sobre los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería, respecto de los delitos que presenciaron o lleguen a su conocimiento, y la obligación de *informar* inmediatamente al ministerio público de todas las denuncias recibidas (art. 84 CPP). En el primer caso, se trata de la obligación de denunciar aquellos hechos que revisten caracteres de delito, de los que tomen *personalmente* conocimiento; mientras que en el segundo caso se trata de la obligación de informar de las denuncias recibidas de *terceros* en tanto auxiliares del ministerio público en la persecución penal de los delitos.

3.2.3. Responsabilidad del denunciante (art. 178 CPP)

El denunciante sólo contrae la responsabilidad que pueda derivarse del o los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella (calumnia, injuria, falsificación de documentos, etc.).

3.2.4. Facultades del denunciante en el procedimiento

A diferencia del querellante, el denunciante carece de facultades para intervenir con posterioridad en el procedimiento. La única excepción está constituida por el denunciante-víctima (art. 178 CPP), quien tiene los derechos contenidos en el artículo 109 CPP y en otras disposiciones del mismo cuerpo legal.⁶⁵

⁶⁵ Vid. supra, III.E.2.4.

3.2.5. *Autodenuncia*

Una importante novedad del Código en esta materia está contenida en el artículo 179 CPP, que faculta a quien hubiere sido imputado por otra persona de haber participado en la comisión de un delito, a concurrir ante el ministerio público a fin que éste investigue dicha imputación. Si el fiscal se niega a dar curso a la autodenuncia, la persona imputada puede recurrir ante las autoridades superiores del ministerio público a efecto que revisen esta decisión (art. 32 b) LOCMP).

3.3. INICIO DEL PROCEDIMIENTO POR QUERRELLA

El procedimiento puede iniciarse, también, por querrella. Esta puede ser interpuesta, en general, por:

- a) La víctima;
- b) El representante legal de la víctima, o
- c) El heredero testamentario de la víctima.

Debe recordarse que para los efectos del Código se considera víctima al ofendido por el delito. Asimismo, dicho cuerpo legal contempla un orden de prelación de personas que pueden intervenir en el procedimiento y tener la consideración de víctima cuando el ofendido hubiere fallecido o no pudiere ejercer los derechos que la ley le reconoce (art. 108 inciso 2º CPP). Tales personas también podrían interponer la respectiva querrella, en su caso.

En la regulación del Código, la posibilidad de que una persona distinta de la víctima pueda interponer querrella es excepcional.⁶⁶ En efecto, conforme al artículo 111 CPP, podrá querrellarse cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyan:

- a) Delitos terroristas;

⁶⁶ El Código prácticamente elimina la institución de la "acción popular" consagrada en el antiguo artículo 93 CdPP. Sobre este punto, vid. supra, III.E.1.

- b) Delitos cometidos por un funcionario público que afecten derechos de las personas garantizados por la Constitución, o
- c) Delitos contra la probidad pública.

Del mismo modo, podrá deducir querrela cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afecten intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto.

Estas hipótesis se plantean respecto de ciertos delitos cuya persecución penal es considerada por el legislador como de máxima relevancia pública o en que se afectan bienes de carácter supraindividual y no existe una víctima concreta o claramente identificable que pueda reclamar de la ofensa o del daño producido por el delito. Se establece, en consecuencia, una acción popular restringida a ciertos delitos y respecto de personas domiciliadas en la provincia o en la región, según el caso, por presumirse que sólo ellas pueden representar el interés afectado.⁶⁷

3.3.1. *Oportunidad procesal de presentación, forma y contenido*

La querrela puede interponerse en cualquier momento durante la instrucción, desde el inicio del procedimiento hasta el cierre de la investigación (art. 112 CPP). Debe presentarse por escrito ante el juez de garantía, quien la remitirá al ministerio público. Ella debe contener las siguientes menciones (art. 113 CPP):

- a) La designación del tribunal ante el cual se entable;
- b) Individualización completa del querellante;
- c) Individualización completa del querrellado, o en su defecto, una designación clara de su persona. En caso de ignorarse estas determinaciones, la ley permite deducir querrela 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;

⁶⁷ Sobre este tema, con más detalle, vid. supra III.E.3.3.

- e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicite al ministerio público (relacionar con art. 183 CPP), y
- f) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar.

3.3.2. *Inadmisibilidad de la querrela*

La querrela será declarada inadmisibile por el juez de garantía en los casos señalados en el artículo 114 CPP, esto es:

- a) Cuando hubiere sido presentada extemporáneamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 CPP;
- b) Cuando habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para corregirse los defectos o vicios formales de la querrela por falta de alguno de los requisitos que señala el artículo 113 CPP, ellos no se subsanaren en el plazo señalado;
- 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 deberá realizarse previa citación del ministerio público, y
- e) Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley.

Es importante destacar que las hipótesis de inadmisibilidad de la querrela, contenidas en las letras c) y d), son las mismas que integran la facultad del ministerio público para no dar inicio a la investigación que contempla el artículo 168 CPP.⁶⁸ Tales casos operan, en consecuencia, como una importante barrera de ingreso al sistema de persecución penal.

⁶⁸ El Código (art. 168 CPP) faculta a los fiscales del ministerio público para abstenerse de toda investigación cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que la responsabilidad del imputado se encuentra extinguida. En ambos casos se exige que el juez de garantía *no hubiere intervenido* en el procedimiento. Esta es la diferencia entre ambas disposiciones. Vid. infra, VII.B. 4.2. y 4.3.

La resolución que declare inadmisibile la querella será apelable, pero sin que en la tramitación del recurso pueda dispo-nerse la suspensión del procedimiento.⁶⁹ La resolución que admita a tramitación la querella es inapelable.

3.3.3. *Prohibición de querella (art. 116 CPP)*

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.

3.3.4. *Consecuencias del rechazo de la querella (art. 117 CPP)*

Rechazada una querella por un delito perseguible de oficio o previa instancia particular, por haberse presentado extemporáneamente o no haberse subsanado los defectos formales, el juez la pondrá en conocimiento del ministerio público para ser tenida como denuncia, siempre que no le conste que la investigación del hecho hubiere sido iniciada de otro modo.

3.3.5. *Desistimiento de la querella (art. 118 CPP)*

El Código admite ampliamente el desistimiento de la querella, estableciendo que puede plantearse por el querellante en cualquier etapa del procedimiento. El efecto principal de este acto

⁶⁹ Los términos utilizados por el legislador no sólo ratifican la regla general de concesión del recurso de apelación en el solo efecto devolutivo (art. 368 CPP) sino que impiden, expresamente, la posibilidad de una "orden de no innovar" ante el tribunal *ad quem*.

procesal voluntario es la pérdida de la condición de interviniente querellante en el procedimiento, sin perjuicio de poder intervenir en el mismo en calidad de víctima, con los derechos de tal y siempre que ello fuere posible.⁷⁰ El querellante que desiste toma a su cargo las costas propias y queda sujeto a la decisión general sobre costas que dicte el tribunal al final del procedimiento.

Queda a salvo el derecho del querellado para ejercer las acciones penales y/o civiles a que den lugar la querella o acusación calumniosa y a demandar los perjuicios causados en su persona y/o bienes, y las costas. Se exceptúa el caso en que el querellado hubiere aceptado expresamente el desistimiento del querellante (art. 119 CPP). Esta situación puede darse especialmente en el caso de conciliación sobre la responsabilidad civil (art. 273 CPP) o en el caso de una suspensión condicional del procedimiento, en que la condición impuesta al imputado consistiere en la satisfacción de los intereses del querellante-víctima (v. gr., artículo 238 letra e) CPP). En efecto, el imputado podría exigir el desistimiento del querellante para prestar el acuerdo a la suspensión del procedimiento⁷¹ o la conciliación. No tiene sentido, en cambio, plantearlo en el caso del acuerdo reparatorio, porque una vez convenido entre imputado y víctima, se extingue la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado respecto del hecho o hechos materia del procedimiento (art. 242 CPP).

3.3.6. *Abandono de la querella (art. 120 CPP)*

El abandono de la querella puede ser declarado por el juez de garantía, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes.

Se trata de una sanción procesal prevista para algunos sujetos procesales cuya intervención en el procedimiento es contin-

⁷⁰ Así, por ejemplo, no podrán intervenir como víctimas las personas a que se refiere el artículo 111 incisos 2º y 3º CPP, que no fueren las ofendidas por el delito.

⁷¹ El desistimiento del querellante puede tener interés para el imputado en el caso de la suspensión condicional del procedimiento, para el evento que ésta sea revocada y se continúe con el procedimiento penal. Vid. *infra*, VII.B.8.8.2.5.

gente⁷² y en que la ley impone como carga su participación activa en ciertas actuaciones procesales relevantes so pena de excluirlos del procedimiento penal, por entender que su inasistencia es expresiva de su falta de interés en la consecución de sus pretensiones. En efecto, la declaración de abandono de la querrela impide al querellante ejercer los derechos que en esa calidad le confiere el Código (art. 121 CPP). Si el querellante fue la víctima del delito, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del CPP, podrá seguir interviniendo en el procedimiento con los derechos de tal.

Se plantea en los siguientes casos:

- a) Cuando el querellante no adhiera a la acusación fiscal o no acuse particularmente en la oportunidad correspondiente (art. 261 a) CPP);
- b) Cuando no asista a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada, y
- c) Cuando no concurra a la audiencia del juicio oral o se ausente de ella sin autorización del tribunal.

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 niegue lugar al abandono será inapelable.

3.4. DETENCIÓN EN CASOS DE FLAGRANCIA COMO INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Una situación muy habitual de inicio del procedimiento pero que no se encuentra regulada como tal por el Código, sino que debe ser subsumida en alguna de las anteriores, es la detención en casos de flagrancia (art. 129 CPP).⁷³ Conviene destacar aquí que la detención en casos de flagrancia implica la judicialización inmediata del procedimiento, esto es, la intervención del juez

⁷² El otro caso previsto en el Código es el de la víctima-actor civil, respecto de quien se puede solicitar el abandono de la acción civil cuando no compareciere, sin causa justificada, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia de juicio oral (art. 64 CPP).

⁷³ Vid. supra, VI.A.3.2.1.4.

de garantía desde su inicio, por la necesidad de hacer comparecer al detenido ante la presencia judicial dentro del plazo máximo de 24 horas desde que la detención se hubiere practicado con el fin, entre otros, de proceder al control de legalidad de la medida (art. 131 inciso 2º CPP).

Supuesto que no se haya dejado sin efecto la detención por el fiscal del ministerio público o por el juez de garantía, esta hipótesis puede determinar una aceleración del procedimiento, con o sin juicio oral (juicio inmediato, procedimiento simplificado, procedimiento abreviado), de modo que en estos casos se omitirá la realización de toda la secuencia de actos procesales prevista en el Código, o ellos se realizarán de modo muy concentrado. Sobre estas particulares derivaciones del procedimiento nos referiremos al tratar la audiencia de formalización de la investigación.⁷⁴

4. DEBERES Y FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO AL INICIO DE LA INVESTIGACION

4.1. ACTUACIONES INMEDIATAS

Dentro de las 24 horas siguientes desde que un fiscal del ministerio público tome conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, deberá proceder, por sí mismo o a través de la policía, a:

- a) Practicar aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del delito;
- b) Investigar las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvan para verificar su responsabilidad, y
- c) Impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores (art. 180 inciso 2º CPP).

⁷⁴ Vid. infra, VII.B.7.

4.2. FACULTAD PARA NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN (art. 168 CPP)

Asimismo, puede darse la hipótesis que los hechos relatados en la denuncia no sean constitutivos de delito o que los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que la responsabilidad penal por los hechos imputados se encuentra extinguida. En estos casos el fiscal podrá abstenerse de toda investigación y archivar definitivamente la causa, siempre que no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento.

Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía. Del mismo modo que en el archivo provisional, la víctima podrá interponer la respectiva querrela que, si es declarada admisible, implicará la obligación del fiscal de continuar con el procedimiento (art. 169 CPP). La declaración de admisibilidad de la querrela opera como control judicial de la causal invocada por el fiscal para no dar inicio a la investigación.⁷⁵

La norma se refiere a supuestos evidentes o manifiestos, en que para tomar la decisión de no iniciar una investigación bastan los datos y antecedentes suministrados en la denuncia. Sin embargo, existen casos en que resulta necesaria una mínima actividad de investigación a fin de determinar si se trata o no de un hecho delictivo o si se encuentra o no extinguida la responsabilidad criminal. Así, por ejemplo, frente al hallazgo de un cadáver se requiere la realización de ciertas actuaciones (art. 201 CPP)⁷⁶ que determinen las causas de la muerte. Si se trata de un accidente fortuito, una enfermedad mortal o un suicidio, no pareciera lógico ni conforme al fin de la norma llevar adelante en todos los casos una investigación formal cuando se sabe de antemano que no podrá formalizarse la misma y que se deberá declarar el cierre de la investigación a fin que se decrete el sobreseimiento

⁷⁵ Debe recordarse que la querrela puede declararse inadmisibles por estos mismos motivos. Vid. supra, VII.B.3.3.2.

⁷⁶ El inciso 1º del art. 201 del CPP dispone que "Cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, el fiscal procederá, antes de la inhumación del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, a practicar el reconocimiento e identificación del difunto y a ordenar la autopsia".

definitivo del caso. La *ratio* de esta norma es, justamente, excluir lo más tempranamente posible del sistema aquellos casos en que el Estado carece de fundamento para hacer actuar el *ius puniendi*, generando una selectividad oportuna y racional que determina, además, un importante ahorro de recursos.

En consecuencia, podría entenderse que, según el tipo y magnitud de la actividad de investigación desarrollada, algunos casos se encontrarían comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma, pues –como hemos destacado– su finalidad es evitar la realización del procedimiento y el empleo de recursos de la persecución penal cuando aparece claro desde un principio que no cabe la intervención punitiva estatal, aunque para ello sea necesario realizar previamente alguna actividad de comprobación en tal sentido. Si por la entidad de la investigación realizada no es posible hacer aplicación de esta norma, procedería que el fiscal declare cerrada la investigación y solicite el sobreseimiento definitivo del caso (art. 250 a) CPP).

4.3. ARCHIVO PROVISIONAL (art. 167 CPP)

Sin embargo, puede ocurrir que, examinada la denuncia o querrela o realizadas las primeras indagaciones, el fiscal del ministerio público carezca de antecedentes o datos que le permitan continuar con la investigación para el esclarecimiento de los hechos. En tal evento, podrá decidir el archivo provisional del caso, siempre que no haya intervenido el juez de garantía en el procedimiento. En efecto, la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento se pierde toda vez que se formalice la investigación en contra de una persona determinada (art. 233 letra c) CPP) o cuando por cualquier motivo, el juez de garantía hubiese intervenido en el procedimiento con anterioridad a dicho acto procesal.

Esta institución tiene por finalidad ahorrar recursos al sistema cuando, desde un principio, no existe expectativa razonable de éxito para la persecución penal de un determinado hecho que reviste caracteres de delito y se han superado los controles que la ley establece para evitar su utilización abusiva.

El Código establece un control interno y otro externo. El primero, destinado a impedir abusos que pudieren plantearse en la

investigación de los delitos, consiste en la exigencia de someter la decisión del fiscal a la aprobación del fiscal regional, aunque sólo en el caso de delitos que merezcan pena aflictiva (art. 37 CP).

El control externo consiste en la facultad de la víctima de solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación, pudiendo reclamar ante las autoridades superiores del mismo en caso de denegación de su solicitud. Asimismo, podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. Si el juez declara admisible la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales (art. 169 CPP). Judicializada la investigación, la forma de poner término al procedimiento por insuficiencia de antecedentes para fundar una acusación es a través del mecanismo previsto en el artículo 248 letra c) CPP, pues no cabe decretar el sobreseimiento temporal por este motivo.⁷⁷ En su virtud, el fiscal puede declarar cerrada la investigación y comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haber reunido evidencia suficiente para entablar una acusación. Otra posibilidad disponible es dejar transcurrir el plazo de cierre de la investigación, ya sea legal o judicial, circunstancia que determinará el sobreseimiento definitivo de la causa.⁷⁸

4.4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Los fiscales del ministerio público disponen, asimismo, de una nueva e importante herramienta para racionalizar la persecución penal de los delitos: el principio de oportunidad en sentido estricto. En otro lugar analizamos los fundamentos teóricos y prácticos de esta institución.⁷⁹ En su recepción positiva, esta facultad comprende la de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que reviste caracteres de delito pero que no compromete gravemente el interés público (criterio material de “mínima gravedad del injusto”), a menos que

⁷⁷ Vid. *infra*, VII.B.10.3.4.

⁷⁸ Vid. *infra*, VII.B.10.1.

⁷⁹ Vid. *supra*, II.C.1.4.2.

la pena mínima asignada al delito exceda la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo o se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (límite formal al criterio material basado en la presunción de derecho de concurrencia de interés público en tales casos).

4.4.1. *Fijación de los criterios de oportunidad*

Entre las obligaciones que la ley impone al Fiscal Nacional, el artículo 17 letra a) de la LOCMP dispone que debe “fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del ministerio público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes”. En el segundo inciso añade que “dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”. En consecuencia, es a través de instrucciones generales que el Fiscal Nacional puede definir las hipótesis de aplicación del principio de oportunidad conforme a determinados lineamientos político-criminales que deberá exponer en su cuenta anual de actividades (art. 21 LOCMP).

4.4.2. *Trámite para su aplicación, controles y efectos penales*

La decisión de aplicación del principio de oportunidad debe ser motivada y debe comunicarse al juez de garantía, quien la notificará a los intervinientes, si los hubiere. La ley establece dos tipos de controles, uno judicial y otro administrativo.

El *control judicial* consiste en que, dentro de los 10 días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá dejarla sin efecto:

- a) Cuando estime que el fiscal ha excedido sus atribuciones *sólo* en relación a los límites formales impuestos al criterio material de mínima gravedad del delito, esto es, respecto de la pena mínima atribuida al delito de que se trate y a la calidad del sujeto activo del delito (funcionario público en el ejercicio de sus funciones), o

b) Cuando la víctima manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal (preponderancia del interés de la víctima).

En estos casos, la resolución del juez obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

El *control administrativo* entra a jugar cuando, vencido el plazo de 10 días para el control judicial o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes decidan –dentro de un nuevo plazo de 10 días– reclamar la decisión del fiscal ante las autoridades superiores del ministerio público. Estas deben verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hayan sido dictadas al respecto. Transcurrido este nuevo plazo sin que se haya formulado reclamación alguna o si, formulada la reclamación, ésta hubiese sido rechazada, se entiende extinguida la acción penal respecto del hecho de que se trate.

4.4.3. *Efectos civiles*

La extinción de la acción penal por aplicación del principio de oportunidad no perjudica el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias que corresponden. El fundamento de esta norma es evidente: el uso de la facultad no afecta la naturaleza antijurídica del hecho sino sólo su perseguibilidad penal. La responsabilidad civil derivada del hecho ilícito, en consecuencia, subsiste.

5. ACTUACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO UNA VEZ INICIADA LA INVESTIGACION. INVESTIGACION AUTONOMA E INVESTIGACION CON CONTROL JURISDICCIONAL

Si el caso no ha sido archivado provisional o definitivamente por aplicación de alguna de las instituciones mencionadas, y existen suficientes antecedentes y elementos para una investigación, los fiscales, con el auxilio de la policía, deben continuarla.

La ley dispone que, dentro de las 24 horas siguientes a que el ministerio público tome conocimiento de la existencia de un

hecho que reviste caracteres de delito de acción penal pública, 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 sirvan para verificar su responsabilidad. En todo caso deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores (art. 180 inciso 2º CPP).

Es posible que el ministerio público actúe autónomamente por un lapso más o menos prolongado (investigación autónoma o sin control jurisdiccional) o deba solicitar de inmediato la intervención del juez de garantía (investigación con control jurisdiccional) por concurrir alguna de las circunstancias en que la ley la exija. Esta última situación ocurrirá, por ejemplo cada vez que el procedimiento se inicie con la detención de una persona por atribuírsele la comisión flagrante de un delito.

5.1. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE INVESTIGACIÓN

Los fiscales poseen la dirección de la investigación y pueden realizar por sí mismos o encomendar a la policía las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos (art. 180 inciso 1º CPP). Disponen, en consecuencia, de la posibilidad de realizar numerosas actuaciones de investigación sin necesidad de solicitar autorización al juez de garantía.

Estas actuaciones son las siguientes:

- Tomar declaración a los testigos que se allanen voluntariamente a comparecer y realizar dicha actuación (art. 190 CPP), porque si el testigo citado no comparece sin justa causa o compareciendo se niega injustificadamente a declarar deberá solicitarse al juez la aplicación de alguna de las medidas de apremio y las sanciones contempladas en el artículo 299 CPP, salvo que se trate de personas que no están obligadas a comparecer o a declarar.⁸⁰ La policía sólo podrá identificar a los testigos del hecho investigado y hacer constar las declaraciones que éstos presten voluntariamente cuando se trate de

⁸⁰ Cfr. artículos 300 a 305 CPP.

delito flagrante y se encuentren en el sitio del suceso (art. 83 letra d) CPP).

- Consignar, recoger y asegurar todo cuanto conduzca a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes (art. 181 inciso 1º CPP). Estas actuaciones están entregadas a la policía, en cuanto auxiliares del ministerio público en la investigación de los delitos, sin perjuicio que los fiscales puedan realizarlas por sí mismos si ello fuere necesario (art. 180 inciso 1º CPP).

Entre ellas están las siguientes:

- a) Consignar el estado de las personas, cosas o lugares;
- b) Si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, tomarán nota de ellos especificándolos detalladamente, consignando la descripción del lugar en que el hecho se hubiere cometido y el estado de los objetos que en él se encuentren, y de todo otro dato pertinente;⁸¹
- c) Recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parezcan haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado (instrumentos del delito), o los que de él provengan (efectos del delito), o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encuentren en el sitio del suceso, levantándose un registro de la diligencia conforme a las normas generales (art. 187 inciso 1º CPP). El artículo 83 letra c) del CPP precisa que esta diligencia deberá ser realizada por el personal policial experto que el ministerio público determine y que en el registro deberá dejarse constancia de la individualización completa del o de los funcionarios policiales que hayan intervenido en ella.

Podrá procederse a la incautación inmediata de los objetos, documentos e instrumentos que se hallen en poder del imputado cuando éste sea detenido por la policía en caso de delito flagrante. En los demás casos deberá recabarse autorización judicial previa (art. 187 inciso 2º CPP).

- Exigir información de toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los

⁸¹ Vid. artículo 83 c) CPP.

casos expresamente previstos en la ley (art. 180 inciso final CPP).

- Disponer la práctica de operaciones científicas, toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resulten más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados (art. 181 inciso final CPP).⁸² La utilización de estos medios técnicos es especialmente relevante para la fijación del sitio del suceso y circunstancias del mismo.

El ministerio público sólo podrá realizar estas actuaciones cuando no supongan afectación de derechos fundamentales. En este último caso, sólo serán admisibles cuando se investigue un hecho punible que merezca *pena de crimen* y con autorización judicial previa (art. 226 CPP).⁸³

- Solicitar la práctica de informes periciales a los miembros de organismos técnicos que le prestan auxilio en su función investigadora (art. 321 CPP) o a terceros expertos en una ciencia, arte u oficio (art. 314 CPP).
- Tomar exámenes corporales al ofendido cuando éste se allane a efectuárselos *voluntariamente*; de lo contrario, requerirán autorización judicial (art. 197 CPP).⁸⁴ Tratándose de exámenes médicos, el fiscal podrá disponer su realización al Servicio Médico Legal o a cualquier otro servicio médico (art. 199 inciso 1º CPP). Entendemos que estos últimos también requerirán autorización judicial previa cuando consistan en un examen corporal y el ofendido se niegue a practicárselos.⁸⁵

Se plantea, además, un deber especial respecto de los hospitales, clínicas y establecimientos de salud, públicos y pri-

⁸² El artículo 181 inciso final señala las formalidades exigidas para su posterior validez en juicio. También dispone la necesidad de adoptar las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación, lo que tiene que ver con la "custodia de la cadena de prueba". Sobre la introducción de estos medios de prueba al juicio, vid. art. 323 CPP.

⁸³ Vid. infra, VII.B.6.3.2.

⁸⁴ Vid. infra, VII.B.6.1. El N° 8 del artículo único de la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002, modificó el inciso 2º del artículo 197 del CPP. Vid. Addenda, al final de este tomo.

⁸⁵ Vid. nota anterior.

yados, en orden a conservar y remitir al ministerio público los antecedentes y muestras relacionadas con reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas que emanen de la constatación de hechos que pudieran constituir alguno de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal o acreditar la participación criminal en ellos, esto es, cuando se trate de un delito contra la autodeterminación sexual o con relevancia sexual (art. 198 CPP).

Asimismo, se establece el deber, respecto de los encargados de tales establecimientos de salud, de informar inmediatamente al fiscal sobre el ingreso de cualquier persona que presente lesiones corporales de significación, cumpliendo con ciertas formalidades que la ley establece (art. 200 CPP). Esta norma constituye una especificación del deber de denuncia obligatoria establecido en el artículo 175 letra d) CPP⁸⁶ y, por ello, su infracción acarrea la misma pena de falta asignada para la omisión de denuncia, esto es, la prevista en el artículo 494 del Código Penal.

La ley establece que en todos estos casos y para el efecto de su investigación, el ministerio público podrá utilizar los exámenes practicados con anterioridad a su intervención, si ellos le parecen confiables (art. 199 inciso final CPP).

- Disponer la práctica de autopsias en dependencias del Servicio Médico Legal o, donde no lo hubiere, en el lugar y con el médico que el propio fiscal designe (art. 199 inciso 2º CPP).

Tratándose del hallazgo de un cadáver, y existiendo motivo para sospechar que la muerte es el resultado de un hecho punible, el fiscal deberá proceder a practicar el reconocimiento e identificación del difunto y disponer su autopsia, ya sea antes de su inhumación o inmediatamente después de su exhumación. La ley establece que el cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invoquen título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se haya practicado (art. 201 CPP).

⁸⁶ Vid. supra, VII.B.3.2.2.

- Tomar pruebas caligráficas al imputado, siempre que éste se allane voluntariamente a efectuarlas. De lo contrario, se requerirá autorización judicial (art. 203 CPP).
- Disponer las medidas de vigilancia que estime convenientes para evitar la fuga del imputado o la substracción de documentos o cosas que constituyan el objeto de una diligencia de investigación intrusiva que aun no haya sido autorizada judicialmente (art. 213 CPP).
- Prestar auxilio a la víctima (art. 83 a) CPP).
- En general, pueden llevar a cabo autónomamente cualquier diligencia de investigación que no signifique privar, restringir o perturbar, al imputado o a un tercero, del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura (art. 80 A inciso 6º Constitución; art. 9 CPP).

5.2. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA

Una situación especial de actuación durante la investigación está constituida por la declaración del imputado que, por una parte, es una manifestación clara de su derecho de defensa (art. 98 CPP), pero que, por la otra, puede constituirse en una importante y legítima fuente de información para el fiscal en la medida que sea obtenida voluntariamente.

En efecto, el artículo 194 CPP se refiere al imputado que decide declarar voluntariamente ante el fiscal, es decir, a aquel que ha renunciado a su derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g) CPP). Todo imputado estará obligado en todo caso a comparecer ante el ministerio público cuando éste lo disponga (artículo 193 inciso 1º CPP). Allanado a prestar declaración, el imputado será informado detalladamente de los cargos que se le atribuyen (artículo 93 letra a) CPP), esto es, de los hechos imputados, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resulten aplicables y los antecedentes que la investigación arroje en su contra. El imputado tendrá, a continuación, libertad para declarar todo cuanto estime conveniente sobre el o los cargos formulados, como medio de defensa (artículo 194 CPP).

El imputado también puede declarar voluntariamente ante la policía siempre que esté presente su defensor. Pero si no es así y no fuere posible conducirlo inmediatamente ante la presencia del fiscal, la policía podrá consignar las declaraciones que éste se allane a prestar cuando así lo autorice el fiscal y bajo su responsabilidad (art. 91 CPP). En el proyecto del Ejecutivo se planteaba que la policía no podía interrogar autónomamente al imputado y que si éste manifestaba su deseo de declarar debía ser conducido inmediatamente ante el ministerio público, a menos que éste hubiese delegado la facultad de recibir declaración.⁸⁷ La discusión parlamentaria giró en torno a la necesidad de eliminar los interrogatorios policiales autónomos por constituir la mayor fuente de excesos y abusos.⁸⁸

Eliminada la posibilidad de que la confesión tenga valor probatorio en esta etapa procesal e, incluso, con serias restricciones para ser invocada en el juicio si ella es prestada ante la policía, pues existe prohibición expresa de introducir los registros policiales mediante lectura o para apoyo de memoria en la audiencia de juicio oral,⁸⁹ la única función posible de una declaración prestada voluntariamente por el imputado ante un órgano de persecución penal es la de proporcionar información que pueda tener relevancia para el curso de la investigación. En efecto, a través de su declaración, el imputado puede entregar evidencia de tal envergadura que signifique su exclusión inmediata de la persecución penal y su orientación hacia otras personas, o por el contrario, reafirme las sospechas en torno a su participación culpable o determine la posible configuración de un efecto justificante o excusante de su responsabilidad penal. Por otro lado, la confesión voluntaria del imputado sobre las circunstancias del delito y de la participación podría suministrar pistas o nueva evidencia para la investigación.

⁸⁷ Sobre la tramitación parlamentaria de esta norma, vid. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 105 y ss.

⁸⁸ Sobre los abusos del interrogatorio policial para obtener confesiones extrajudiciales y su función en el procedimiento inquisitivo, vid. JIMENEZ (M.A.), "El proceso penal chileno y los derechos humanos", vol. I, Estudios empíricos, *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 4, Escuela de Derecho UDP, Santiago, 1994, pp. 193 y ss.

⁸⁹ Vid. artículo 334 inciso 1° y relacionar con art. 332 CPP, de cuya interpretación sistemática se desprende claramente lo afirmado en el texto. La única posibilidad de su introducción sería a través del testimonio del propio policía que recibió la confesión.

El derecho a defensa del imputado surge desde el momento mismo en que a un sujeto se le imputa la comisión de un hecho constitutivo de delito (artículo 8º inciso 2º en relación al artículo 7º CPP). Así lo señala expresamente el artículo 98 inciso 1º del CPP. Una manifestación privilegiada del derecho a defensa es el derecho a declarar, es decir, a efectuar los planteamientos y alegaciones que considere oportunos sin tener el deber de decir la verdad. De allí que, en caso de consentir a declarar, no está obligado a hacerlo bajo juramento (art. 19 Nº 7 letra f) de la Constitución Política y art. 93 letra g) CPP). En consecuencia, sea que declare la verdad u oculte información sólo estará ejerciendo su derecho a la propia defensa y, en consecuencia, de su silencio, de su negativa a declarar no se pueden extraer argumentos *a contrario sensu*.⁹⁰ Por ello resulta discutible la finalidad de la norma introducida en el inciso final del artículo 194 CPP, que dispone que en el registro (fiscal) de la declaración del imputado se hará constar la negativa del imputado a responder una o más preguntas. En efecto, no se divisa la razón de *imponer* tal obligación a los fiscales quienes, si consideran necesaria tal constancia para su investigación, la consignarán en sus registros.

Lo anterior no implica que el imputado carezca de la facultad de confesar. En tanto ella es personalísima y produce serias consecuencias para el mismo, debe ser estrictamente voluntaria, estando vedado al Estado inducirla por cualquier modo. Este es el fundamento de las normas contenidas en los artículos 195 y 196 del CPP, que prohíben los métodos de investigación o de interrogación que menoscaben o coarten la libertad del imputado para declarar y la prolongación excesiva de la declaración. En efecto, el imputado no puede ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, admitiéndose sólo la promesa de una ventaja que se encuentre expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipno-

⁹⁰ BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc. Buenos Aires, 1999, p. 181.

sis.⁹¹ Esta prohibición no es disponible ni renunciable por el afectado, pues atinge al ámbito intangible de la persona humana (artículo 195 inciso final CPP). En los casos de prolongación excesiva de la declaración, que provoque el agotamiento del imputado, deberá concederse el descanso prudente y necesario para su recuperación. La violación de esta norma constituye una hipótesis más de las planteadas en el artículo 195 CPP y, en consecuencia, acarrea la exclusión de dicha actuación del procedimiento.

La infracción de las normas señaladas autoriza la exclusión del procedimiento de la actuación realizada con inobservancia de garantías fundamentales, sin que ella pueda presentarse o valorarse en el juicio oral (artículo 276 CPP). Esta cuestión dice relación directa con las llamadas “prohibiciones probatorias”, cuyo fundamento radica en los límites del Estado de derecho en su tarea de esclarecer los hechos punibles.⁹²

Finalmente, cabe señalar que existe una situación particular, en que el fiscal debe recabar autorización judicial para que el imputado sea conducido a su presencia. Se trata de aquellos casos en que el imputado se encuentra privado de libertad, como ocurre con la detención o la prisión preventiva. En este último supuesto, la autorización que el juez otorgue será suficiente para que el fiscal ordene la comparecencia del imputado a su presencia cuantas veces sea necesario para los fines de la investigación, en tanto se mantenga dicha medida cautelar personal y el juez no disponga otra cosa.

5.3. PROPOSICIÓN Y ASISTENCIA A DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

El Código contempla la posibilidad que el imputado y los demás intervinientes puedan proponer al fiscal todas aquellas diligencias de investigación que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal dispondrá la rea-

⁹¹ Una completa referencia al estado de la cuestión en Alemania, en ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 171 y ss.

⁹² Vid. supra, capítulo I. 2 y tomo II de esta obra.

lización de aquellas que estime conducentes. Si el fiscal rechaza la solicitud, el interviniente afectado podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, las que se pronunciarán en definitiva (art. 183 CPP). No proceden recursos judiciales en contra de las decisiones del ministerio público, por no tratarse de actuaciones jurisdiccionales.

Del mismo modo, el fiscal podrá permitir la asistencia del imputado y los demás intervinientes a las diligencias de investigación que practique, cuando lo estime de utilidad, pudiendo impartirles instrucciones obligatorias que deben observar para el adecuado desarrollo de la actuación e, incluso, excluirlos de la misma en cualquier momento (art. 184 CPP).

Se elimina, en el nuevo sistema de justicia criminal, toda facultad de investigación de oficio por parte de los jueces, a fin de evitar cualquier recaída "inquisitiva" de los mismos y separar rigurosamente las funciones de investigación y de tutela de las garantías. En el texto del proyecto de nuevo CPP aprobado por la Cámara de Diputados se contenía una norma (art. 327) que contemplaba la posibilidad de reiterar diligencias de investigación solicitadas durante la instrucción y rechazadas por el ministerio público. Se disponía que si el juez de control de la instrucción (el actual juez de garantía) las acogía, debía disponer su práctica *directamente a la policía*. Esta disposición distorsionaba gravemente la estructura del sistema de instrucción introducido por el Código, pues debilitaba la posición del ministerio público frente a la policía y dejaba abierta la puerta para un reposicionamiento del juez en la investigación con vínculos directos hacia el órgano policial. Esta norma fue eliminada durante la tramitación del proyecto en el Senado quedando, en definitiva, su redacción tal como se contiene en el artículo 257 CPP, esto es, facultándose al juez de garantía para ordenar al fiscal –en los supuestos que taxativamente dicha disposición señala– la reapertura de la investigación y proceder únicamente al cumplimiento de las diligencias rechazadas en el plazo fijado por el mismo tribunal.⁹³

⁹³ Vid. PFEFFER, cit., pp. 269-270.

5.4. LA POLICÍA Y SUS RELACIONES CON EL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA INVESTIGACIÓN

De notable importancia son las normas que se refieren a las relaciones entre el ministerio público y la Policía, por la incidencia que tienen para la eficacia y fluidez de la investigación.⁹⁴

El Código sienta las siguientes reglas de actuación:

5.4.1. *Subordinación de la policía a las instrucciones del fiscal. Excepciones*

En general, la policía debe actuar siguiendo las instrucciones particulares o generales que impartan los fiscales del caso o dicte el ministerio público. Sólo en los casos que la ley contempla, puede realizar actuaciones sin orden previa (artículo 83 CPP).

La Constitución establece que el ministerio público puede impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, salvo en el caso de diligencias o actuaciones que requieran autorización judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial, en su caso (art. 80 A incisos 5º, 6º y 7º Constitución; art. 80 inciso 3º CPP). Además de las instrucciones particulares que se les imparta en cada caso, la ley establece que deberá regularse a través de instrucciones generales la forma en que la policía debe cumplir las funciones previstas en los artículos 83 (“actuaciones de la policía sin orden previa”) y 85 (“control de identidad”), así como la forma de proceder frente a hechos respecto de los cuales los datos obtenidos sean insuficientes para estimar si son constitutivos de delito (art. 87 CPP).⁹⁵ Esta atribución corresponde al Fiscal Nacional (art. 17 a) LOCMP). Los fiscales regionales sólo podrían adaptar y desarrollar dichas instrucciones al ámbito de su región (art. 32 a) LOCMP).

⁹⁴ Sobre este tema, consultar HORVITZ (M.I.), “Relaciones policía-ministerio público en el nuevo sistema procesal penal chileno. Desafíos y propuestas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVI, N° 1, 1999, pp. 29 y ss.

⁹⁵ Hasta la fecha existen 3 instructivos generales publicados en relación a materias que incumben a la policía. Vid. supra, III.B.2., nota 167.

El artículo 83 CPP establece las hipótesis en que la policía puede actuar sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales. Estos casos son los siguientes:

- a) Prestar auxilio a la víctima;
- b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;⁹⁶
- c) Resguardar el sitio del suceso. Se establece que, para este efecto, deberán impedir el acceso a toda persona ajena a la investigación y proceder a su clausura, si se trata de local cerrado, o a su aislamiento, si se trata de lugar abierto, 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, mientras no intervenga personal experto de la policía que el ministerio público designe. Dicho personal deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parezcan 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 corresponda, dejando constancia, en el registro que se levante, de la individualización completa del o de los funcionarios policiales que lleven a cabo esta diligencia;
- d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos presten voluntariamente;
- e) Recibir las denuncias del público, y
- f) Efectuar las demás actuaciones que dispongan otros cuerpos legales.

Existen, además otras hipótesis de actuación autónoma de la policía. Así, en los casos de muerte en la vía pública, el jefe de la unidad policial correspondiente podrá, en forma personal o por intermedio de un funcionario de su dependencia, efectuar la descripción del sitio del suceso, de los objetos hallados en el lugar y todo otro dato relevante⁹⁷ y dar la orden de levantamiento del cadáver, dejando registro de lo obrado. Esta facultad se establece “sin perjuicio de las facultades que corresponden a los órganos encargados de la persecución penal” (art. 90 CPP).

⁹⁶ Vid. arts. 129 y 130 CPP.

⁹⁷ Vid. art. 81 inciso 1º CPP.

Finalmente, la policía puede, en casos fundados, solicitar la identificación de cualquier persona e incluso conducirla a la unidad policial más cercana cuando se niegue a acreditar su identidad o no le sea posible hacerlo, habiendo recibido las facilidades del caso. La ley establece expresamente que la facultad de control de identidad puede ejercerse sin necesidad de orden previa de los fiscales.⁹⁸ Para la regulación de esta facultad, el Fiscal Nacional podrá dictar instrucciones generales (art. 87 CPP).

5.4.2. *Deber de información de la policía*

La policía tiene obligación de informar inmediatamente y por el medio más expedito al ministerio público sobre las actuaciones que realice, cuyos registros deberán estar siempre a disposición de aquél. Del mismo modo deberá informar sobre la imposibilidad de cumplimiento de cualquiera de sus instrucciones.

En efecto, el Código sienta la regla de máxima desformalización y celeridad en las relaciones entre ambas instituciones. El artículo 81 CPP dispone que las comunicaciones entre fiscales y la policía con ocasión de la investigación de un caso particular se realizarán en la forma y por los medios más expeditos posibles. Una norma análoga se contempla para referirse a la obligación de la policía de informar al ministerio público de toda denuncia que reciba, así como de las actuaciones que realice sin orden previa (art. 84 CPP). Deberá informar, también, a la autoridad que la hubiere emitido y a su superior jerárquico, la imposibilidad de cumplimiento de una orden que hubiere recibido. El juez o fiscal que haya emitido la orden podrá sugerir o disponer las modificaciones que estime convenientes para su debido cumplimiento o reiterar la orden, si a su juicio no existe imposibilidad (art. 82 CPP). En general, la policía, al estar su-

⁹⁸ Esta norma no estaba en el proyecto del Ejecutivo, teniendo su origen en el Senado, al discutirse una indicación del senador institucional Sr. Cordero. Trátándose de una actuación más bien preventiva de la policía y por su inconfundible parentesco con la denominada "detención por sospecha", no parecía conveniente regularla en el Código. Vid. PFEFFER (E.), *Código procesal penal*, cit., pp. 107 y ss. Vid. supra, capítulo VI.A.3.4.2., e infra, VII.B.5.4.3. También, ver ADDENDA, al final de este tomo.

bordinada funcionalmente a la dirección del ministerio público, ha de informar del resultado de todas las actuaciones que realice debiendo tener a disposición de los fiscales los registros que den cuenta de aquéllas, quienes podrán requerirlos en cualquier momento (art. 88 CPP).

Estos registros están sujetos a ciertas formalidades, las que se establecen en el artículo 228 CPP. En el registro, el policía debe dejar constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, la hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez. El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado alguna información.

5.4.3. *Actuaciones de la policía que pueden ser realizadas sin orden judicial previa*

La policía puede realizar diversas actuaciones que afectan o pueden afectar derechos y garantías fundamentales sin necesidad de orden judicial previa, debiendo informar de ellas inmediatamente al ministerio público.

Estas actuaciones son:

- a) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley (art. 83 b) CPP). En tales casos podrá examinar las vestimentas del detenido, su equipaje o el vehículo que se encontrare conduciendo, cuando existan indicios que permitan suponer que oculta en ellos objetos importantes para la investigación (art. 89 CPP);
- b) Proceder a la entrada y registro de lugares cerrados, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado cuando las llamadas de auxilio de personas que se encuentren en el interior u otros signos evidentes indiquen que en el recinto se está cometiendo un delito (art. 206 CPP), y
- c) Proceder al control de identidad en ciertos casos. Esta actuación consiste en 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 o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito (artículo 85 CPP)

Como se aprecia, los supuestos contenidos en las letras a) y b) constituyen diversas manifestaciones de flagrancia que la propia Constitución prevé como excepción a la necesidad de autorización judicial previa para la limitación de derechos fundamentales (art. 19 N° 7 CPR). No ocurre lo mismo con el supuesto contemplado en la letra c), circunstancia que ha fundado las sospechas de inconstitucionalidad que se dirigen al precepto legal en que se apoya tal facultad policial.⁹⁹

5.4.4. *Prohibición de informar*

Los funcionarios policiales no pueden informar a los medios de comunicación social acerca de la *identidad* de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encuentren o puedan resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible (art. 92 CPP). Es importante relacionar esta norma con la contenida en el inciso final del artículo 182 del CPP que pareciera aún más restrictiva que la anterior. En efecto, ella dispone que los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que por cualquier motivo tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.

Las normas transcritas dicen relación con un ámbito de especial tensión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la información (art. 19 N° 12 CPR) y el derecho a la honra (art. 19 N° 4 CPR), garantizada durante el procedimiento penal por el principio de presunción de inocencia. En efecto, la sociedad tiene derecho a ser informada del modo en que se ejerce la acción penal pública y la administración de justicia penal. Este derecho está vinculado al principio de publicidad del procedimiento, factor democrático de control sobre el mismo, y al de transparencia en la actuación de los órganos vinculados a la

⁹⁹ Vid. Addenda, al final de este tomo.

persecución penal de los delitos.¹⁰⁰ Pero, asimismo, debe tenerse en cuenta que con la mera imputación de un delito se está afectando la imagen y honra de una persona, pudiendo derivarse de ello graves y múltiples perjuicios para la misma. La jurisprudencia alemana ha solucionado este conflicto por la vía de ponderación. Ella ha establecido que, por regla general, prevalece el interés público de la información en el supuesto de personajes públicos (v. gr., políticos de gran prestigio) o en el caso de delitos graves y, por tanto, en dichos supuestos estaría permitida la identificación del imputado y una mayor información acerca de las circunstancias de la imputación. Por el contrario, en los supuestos de criminalidad leve o mediana, la regla es el anonimato.¹⁰¹

ROXIN señala que las informaciones que conducen a prejuzgar y a tomar una posición anticipada a la resolución judicial provienen habitualmente del ministerio público y de la policía que, por un lado, desatienden las restricciones legales de información, generalmente desprovistas de sanciones penales y, por otro lado, las interpretan unilateralmente conforme a su política de información. “Y ello debido a que la autoridad que persigue el crimen, sobre todo la policía, tiene interés en demostrar los éxitos obtenidos, sobre todo cuando se trata de un asunto de interés público, lo cual induce fácilmente a que se hagan manifestaciones del estilo de ‘haber capturado ya al culpable’, ‘tener pistas concluyentes’ o ‘sobre tal persona recae una sospecha fuertemente fundada’”. En casi todos los supuestos, los medios de comunicación dependen de dicha información porque no disponen de otras fuentes”.¹⁰²

A nuestro juicio, la norma contenida en el artículo 182 CPP se refiere a las concretas actuaciones de investigación, a su contenido y circunstancias específicas. En consecuencia, en una interpretación que nos parece compatible con la contemplada en el artículo 92 CPP, la policía puede informar sobre los avances formales de la investigación, como puede serlo el hecho de una detención, de un registro domiciliario, la interposición de una

¹⁰⁰ ROXIN (C.), “El proceso penal y los medios de comunicación” en *Poder Judicial* N° 55, 1999 (III), pp. 73 y ss.

¹⁰¹ ROXIN (C.), “El proceso penal...”, cit., p. 76.

¹⁰² ROXIN (C.), “El proceso penal...”, cit., p. 89.

querella u otros trámites semejantes, sin poder informar, en caso alguno, sobre la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encuentren o puedan resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible.

5.4.5. *Ausencia de facultades disciplinarias del ministerio público sobre la policía*

El ministerio público carece de atribuciones disciplinarias sobre los funcionarios policiales que cumplen tareas de investigación criminal. Estos siguen dependiendo orgánicamente de las autoridades de su respectiva institución (art. 80 inciso 1º CPP), las únicas que legalmente pueden ejercer la potestad disciplinaria sobre los mismos. De modo que, para evitar que por motivo de incumplimiento, retardo, desobediencia u otro similar de un funcionario policial se obstaculice, demore o perturbe gravemente la investigación de un delito, se impone la existencia de vínculos institucionales expeditos que solucionen los problemas que puedan presentarse en la relación de trabajo entre fiscales y policías.

5.5. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN: INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍA

El juez de garantía deberá intervenir en la investigación en los siguientes casos:

a) Cuando cualquier persona que se sienta afectada por una investigación del ministerio público que no ha sido formalizada judicialmente, solicite al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que sean objeto de la misma. El juez podrá fijarle al fiscal un plazo para que formalice la investigación (art. 186 CPP). Esta facultad puede operar como un mecanismo de aceleración del procedimiento a favor del imputado;

b) Cuando el órgano de persecución penal requiera que se realice una diligencia o medida cautelar que, según la Constitución y la ley, deba ser autorizada judicialmente. En estos casos,

el fiscal estará generalmente obligado a formalizar la investigación (art. 230 inciso 2º CPP). Sin embargo, y excepcionalmente, es posible solicitarlas antes de realizar tal actuación procesal e, incluso, sin previa notificación al afectado “cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se trate permita presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito” (art. 236 inciso 1º CPP).

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal requiere realizar una diligencia sin informar al afectado, el juez sólo podrá autorizarlo cuando la reserva “resulte estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia” (art. 236 inciso final CPP). He aquí otra manifestación de la necesidad de ponderación de intereses que debe realizar el órgano jurisdiccional a fin de resguardar el principio de proporcionalidad exigido para la admisibilidad de una medida intrusiva, máxime cuando ella ha de realizarse sin conocimiento del afectado;¹⁰³

c) Cuando el fiscal del ministerio público decida formalizar la investigación.¹⁰⁴ Dicha actuación constituye generalmente un requisito previo para efectuar las siguientes solicitudes:

- a) Medidas cautelares personales y reales;¹⁰⁵
- b) Diligencias de investigación limitativas de derechos o medidas intrusivas;
- c) Suspensión condicional del procedimiento;
- d) Juicio inmediato;
- e) Prueba anticipada, y
- f) Resolución del caso en procedimiento simplificado.

Seguidamente examinaremos cada una de las diligencias de investigación que requieren autorización judicial previa, destacando las excepciones amparadas en hipótesis de flagrancia que, en consecuencia, pueden realizarse sin necesidad de recabar dicha autorización.

¹⁰³ Vid. supra, VII.B.1.5.

¹⁰⁴ Infra, VII.B.7.

¹⁰⁵ Vid. supra VI.

6. DILIGENCIAS DE INVESTIGACION LIMITATIVAS DE DERECHOS

6.1. EXÁMENES CORPORALES Y MÉDICOS (INTERVENCIONES CORPORALES)

Se trata de una medida intrusiva de excepcional importancia por los valores constitucionales en juego, como la dignidad de la persona (artículo 1º CPR), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 Nº 1 inciso 1º CPR), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 5.2 CADH y art. 7 PIDCP), el derecho a la libertad personal (art. 19 Nº 7 inciso 1º CPR), el derecho del detenido a no ser obligado a declarar, a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable (art. 19 Nº 7 letra f) CPR, art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 letra g) CADH). Por otro lado, el interés público por el esclarecimiento y sanción de los delitos hace necesario dotar a los órganos vinculados a la persecución penal de la posibilidad de recurrir a este tipo de medidas intrusivas. Piénsese en los problemas que origina, por ejemplo, la sospecha de transporte de drogas en el recto o en la vagina, para la configuración del delito de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes.

En consecuencia, las intervenciones corporales son aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo (registros o inspecciones)¹⁰⁶ o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen información sobre la persona o de elementos incorporados a él (investigaciones corporales),¹⁰⁷ con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable.¹⁰⁸

¹⁰⁶ En la doctrina alemana, esta intervención se denomina "registro corporal" (*Durchsuchung des Körpers*), en virtud de la cual se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo (boca, ano, vagina), ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 209).

¹⁰⁷ En la doctrina alemana, esta intervención es denominada "investigación corporal del inculcado" (*Untersuchung des Beschuldigten*), y consiste en la investigación del cuerpo mismo (v. gr. el estado mental del inculcado o del contenido de alcohol en la sangre) (ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 209 y ss.).

¹⁰⁸ GONZALEZ-CUELLAR (N.), *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, cit., p. 290; ASENCIO (J.M.), *Derecho procesal penal*, cit., pp. 167 y ss., ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 209, 227.

En Alemania, el concepto extremadamente amplio de investigación corporal, que abarca desde los análisis de sangre hasta gravísimas intromisiones a la integridad corporal, entre las que destacan las punciones lumbares u otras medidas dirigidas a la medición de líquidos cefalorraquídeos, ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia exijan la más estricta aplicación del principio de proporcionalidad, reservándolas para casos excepcionales en los que no puedan ser adoptadas medidas menos lesivas (requisito de necesidad de la medida), sean las más adecuadas para el fin perseguido (requisito de idoneidad) y cuando su práctica resulte indispensable para la investigación del delito de que se trate por los importantes resultados que pueda arrojar (requisito de proporcionalidad en sentido estricto).¹⁰⁹ También respecto de las investigaciones corporales suelen exigirse, además de los generales para cualquier medida intrusiva, dos requisitos adicionales. En primer lugar, ellas han de ser practicadas por un médico, que actúa en calidad de perito¹¹⁰ conforme a las reglas de la *lex artis* y, segundo, sólo proceden cuando no conlleven peligros para la salud, circunstancia que debe ser apreciada por el juez con la asesoría de peritos, si ello es necesario, tomando en consideración todas las circunstancias, incluido el estado físico del afectado y su constitución corporal.¹¹¹

El Código regula las intervenciones o exámenes corporales en diversos preceptos legales.

¹⁰⁹ DENZEL, citado por GONZALEZ-CUELLAR, *Proporcionalidad...*, cit., p. 291. Este autor considera necesaria la individualización de la medida por exigencias del principio de idoneidad, de manera que no resulta legítimo ni admisible la investigación corporal de toda persona que transitara por un paso fronterizo para verificar si lleva o no droga en el interior de su cuerpo, ni tampoco los controles selectivos, no basados en sospechas racionalmente fundadas, sino en impresiones personales del funcionario provocadas por el aspecto físico del individuo. Por otro lado, el requisito de necesidad podría aconsejar la práctica de exámenes radiológicos o ecografías antes que exploraciones manuales del sujeto. Finalmente, el requisito de proporcionalidad en sentido estricto obliga a una ponderación entre la gravedad de la medida y ciertos indicadores del interés de persecución penal que señalan que éste es importante, como por ejemplo, la gravedad del delito, el grado de imputación subjetiva y la probabilidad de éxito de la medida (op. cit., pp. 308-309).

¹¹⁰ ROXIN, cit., p. 210.

¹¹¹ DENZEL, *Übermassverbot und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*, Heidelberg, 1969, p. 166, citado por GONZALEZ-CUELLAR, *Proporcionalidad...*, cit., p. 290.

Respecto de los *registros e inspecciones corporales*, existe una norma relacionada con las facultades policiales sobre la persona del detenido. En efecto, el artículo 89 CPP autoriza a la policía para practicar el examen de las vestimentas del detenido, de su equipaje o del vehículo que estuviere conduciendo, cuando existan indicios que permitan estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación. El precepto legal citado añade que para el examen de las vestimentas deberá comisionarse a personas del mismo sexo del imputado, guardándose todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia.

Esta norma se aplica tanto respecto de la detención por delito flagrante como en el caso de una detención por orden judicial, siempre y cuando exista la evidencia indiciaria a que se refiere la ley, aspecto que podría ser objeto de control por el juez de garantía competente.¹¹²

Con relación a las investigaciones o exámenes corporales, el artículo 197 establece que “Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado, o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado”. Como se observa, la disposición abarca un importante espectro de intervenciones corporales, circunstancia que, como ya examináramos, hace especialmente exigible el principio de proporcionalidad para la admisibilidad de esta medida.

Estas medidas son aplicables sobre el cuerpo del imputado o del ofendido, incluso utilizando la coacción directa para su aplicación, si ellas son autorizadas previamente por el juez, por resolución fundada.

La ley señala que si es menester examinar al ofendido, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento. Si éste se niega, deberá solicitar autorización judicial, exponiendo al juez las razones de la negativa de la víctima.

¹¹² Esta facultad se amplió al denominado “control de identidad” por la Ley N° 19.789, de 30.01.02.

Vid. Addenda al final de este tomo.

Tratándose, en cambio, del imputado, “el fiscal pedirá derechamente la autorización judicial”, lo que implica que su consentimiento no es suficiente. En efecto, por la entidad de la injerencia sobre los derechos del imputado que afecta el ámbito intangible más íntimo de la persona, la ley no admite el consentimiento del mismo para la realización inmediata de la medida.¹¹³

Como sabemos, el imputado tiene derecho a no colaborar activamente en el éxito de la investigación ni en su condena,¹¹⁴ pero sí se encontraría obligado a soportar las intervenciones *pasivamente*, por lo que si se resiste podría compelersele legítimamente a someterse a la misma, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resulte desproporcionada ni menoscabe su salud.¹¹⁵ Sin embargo, el Código establece al menos un caso en que la *colaboración activa* del imputado es necesaria y puede ser forzada previa autorización judicial. En efecto, el artículo 203 CPP dispone que si el imputado se niega a escribir en presencia del fiscal algunas palabras o frases, a fin que se practiquen pericias caligráficas, podrá solicitarse la correspondiente autorización judicial.

El juez autorizará la medida cuando concurren los requisitos del inciso 1º del artículo 197 CPP, esto es, cuando el examen sea necesario para comprobar circunstancias relevantes para la investigación y no se tema menoscabo para la salud o dignidad del afectado. Como se observa, la ley se hace cargo de uno de los requisitos habitualmente exigidos en el derecho comparado para la admisibilidad de las investigaciones corporales. El juez deberá efectuar, en la motivación de su resolución, de la ponderación de intereses en juego.¹¹⁶

El fiscal también podrá ordenar la realización de exámenes médicos para la determinación del hecho punible y la identificación de los partícipes en su comisión, los que deberán ser efectuados por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio

¹¹³ Esta situación ha sido modificada por la ley citada en la nota precedente. Vid. Addenda al final de este tomo.

¹¹⁴ Vid. *supra*, III.D.2.

¹¹⁵ ROXIN, *cit.*, p. 209; ASECIO MELLADO (J.M.), *cit.*, p. 167.

¹¹⁶ Vid. *supra*, I.5. Este último requisito es considerado unánimemente indispensable por la doctrina (véase por todos, GONZALEZ-CUELLAR, *cit.*, pp. 139 y ss.).

médico (art. 199 CPP). Aunque la ley no define lo que debe entenderse por examen médico, caben –según nuestro parecer– sólo dos posibilidades interpretativas: entenderlo como una actuación pericial sobre muestras obtenidas de un examen corporal previo o, directamente, como una clase de examen corporal que implica la intervención de un profesional de la salud. Es evidente, en este último caso, que tratándose de una medida intrusiva análoga a la regulada en el artículo 197, deberá siempre solicitarse autorización judicial, cuando se trate del imputado, y también respecto del ofendido, cuando éste se niegue a someterse a los mismos.

El Código impone la obligación a hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, de practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas que fueren conducentes a la determinación de los delitos con relevancia sexual contemplados en los artículos 361 a 367 bis y 375 del Código Penal y a la identificación de los partícipes, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes (art. 198 inciso 1º CPP). Cuando los exámenes se practiquen sobre el ofendido por el respectivo delito sexual, éste deberá prestar su consentimiento para la ejecución de los mismos, salvo que se trate de menores, en cuyo caso deberá solicitarse el consentimiento a quien corresponda según la ley civil. En caso de negativa, el establecimiento médico deberá comunicarlo al ministerio público, a fin que se solicite la correspondiente autorización judicial.

El inciso 2º del artículo 198 establece ciertas formalidades respecto de las actas de reconocimiento y de exámenes corporales.¹¹⁷

¹¹⁷ Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona que hubiere sido sometida al reconocimiento, o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferir a un año, para ser remitidos al ministerio público. Vid. art. 198, inciso 2º, CPP.

6.2. ENTRADA Y REGISTRO

Constituye una diligencia de investigación que persigue como finalidades la obtención de fuentes de pruebas para la comprobación del hecho punible o la participación culpable y/o para la solicitud de una medida cautelar. Ella comporta, por regla general, la afectación o perturbación de los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del hogar (art. 19 N^{os} 4 y 5 CPR; art. 17 PIDCP; art. 11 CADH).¹¹⁸ La propia Constitución admite la afectación del derecho, pero con ciertas limitaciones, cuando expresa: “El hogar sólo puede allanarse (...) en los casos y formas determinados por la ley”.

El CPP regula, pues, las facultades de intromisión en la intimidad espacial por parte de los funcionarios públicos. En cuanto los ataques a la intimidad suelen ser constitutivos de delito, las personas legalmente autorizadas para afectar dicho derecho constitucional se encuentran exentas de responsabilidad criminal por actuar justificadamente (art. 10 N^o 10 CP). En efecto, el Código Penal castiga el delito de violación de domicilio cometido por cualquier persona, esto es, al que entra en morada ajena contra la voluntad de su morador (art. 144 CP) y, además, el allanamiento de templo o casa de cualquier persona, cometido por funcionario público, “a no ser en los casos y en la forma que prescriben las leyes” (art. 155 CP). La ley penal considera, en consecuencia, las circunstancias legales que autorizan la entrada y registro como causal de justificación del comportamiento típico.¹¹⁹

¹¹⁸ Aunque existe acuerdo en la doctrina acerca de que en ambos preceptos constitucionales se protege la intimidad en un sentido amplio (cfr. ETCHEBERRY (A.), *Derecho Penal*, P.E., tomo III, cit., p. 251; BASCUÑAN R. (A.), “¿Qué debemos castigar para proteger adecuadamente la intimidad?”, *Apuntes de clases*, Fac. de Derecho U. de Chile, 1995), la intimidad se regula separadamente en la Constitución. En las sesiones de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, SILVA BASCUÑAN señaló la conveniencia que las diversas manifestaciones del derecho a la intimidad se regularan en un solo precepto pues, en su opinión, todas ellas “pertenecen al santuario íntimo de la persona”. Sin embargo, prevaleció una consideración separada de las mismas pues “la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia son protecciones de orden concreto que se materializan en cosas tangibles, mientras que la intimidad más se asocia a una cuestión etérea, incluso más importante que la anterior, y que se asocia a su tranquilidad y a la de la familia y su honra” (EVANS DE LA CUADRA (E.), cit., p. 178).

¹¹⁹ Vid. ETCHEBERRY (A.), *Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, cit., p. 257,

La Constitución habla de la inviolabilidad del *hogar*, que el constituyente entendió como sinónimo de domicilio.¹²⁰ En efecto, la Comisión Constituyente acordó incorporar en las actas, como definición de hogar, la que proporciona Raimundo DEL RIO en su libro *Elementos del Derecho Penal*: “Se entiende por hogar, casa o morada el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo y también los recintos cerrados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurren las circunstancias de vida o actividad dentro de él”.¹²¹

En la doctrina comparada existe, en general, un concepto más preciso y satisfactorio sobre domicilio. Así, RUIZ MIGUEL, refiriéndose al concepto de domicilio en la Constitución española, señala que es posible distinguir algunos elementos esenciales y otros accidentales en dicha noción. Entre los elementos esenciales están: la existencia de un espacio aislado del mundo exterior que se encuentre cerrado o parcialmente abierto; la necesidad de su destino al desarrollo de la vida privada, entendida como algo más amplio que lo íntimo; la irrelevancia del título jurídico particular; la actualidad de su disfrute. Entre los elementos accidentales estarían: la estabilidad del ámbito físico en el que se asiente el domicilio (caravana, barco), la habitualidad, la voluntariedad de la residencia y la *affectio familiaris*.¹²²

El Código Procesal Penal no se refiere ni a hogar ni a domicilio, sino en general a lugares y edificios, conceptos indudablemente más amplios que los primeros. Sin embargo, sólo exige autorización judicial previa para los lugares o edificios *cerrados*,

pp. 262 y ss. De otra opinión, Bustos, entendiendo que una actuación que la ley permite, o incluso ordena, no puede estar justificada, sino que constituye una causal de atipicidad. Bustos (J.), *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1994, pp. 187 y ss.

¹²⁰ En la sesión Nº 128, Alejandro SILVA BASCUÑAN recordó que la palabra “hogar”, en su acepción del Diccionario, equivale a “domicilio” (pág. 24). Cfr. VERDUGO/PFEFFER, *Derecho constitucional*, tomo I, cit., p. 254.

¹²¹ Sesión Nº 129, pp. 23-24. Cfr. por VERDUGO/PFEFFER, cit., p. 254, quienes citan jurisprudencia nacional que se refiere al sentido de la expresión.

¹²² RUIZ MIGUEL (C.), *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, pp. 87 y ss.

aludiendo a un elemento característico del concepto de domicilio. La exigencia de resolución judicial aparece como un mecanismo *preventivo* en la protección de tal derecho; de allí que no sea criterio para evaluar la vulneración de esta garantía el examen de si hubo o no realmente una lesión efectiva al derecho. Por ello, la mera comprobación de ingreso ilegítimo al domicilio conlleva, entre otros efectos, la exclusión probatoria o la prohibición de valoración de la evidencia que se hallare en dicho lugar, sin que ello pueda ser subsanado con posterioridad.¹²³

Hay ciertos casos, como en el allanamiento de lugares que gozan de inviolabilidad diplomática, en que se exige la intervención del juez, pero no ya para que éste apruebe la medida sino para que obtenga las autorizaciones correspondientes conforme a las reglas establecidas por el Derecho Internacional. No se trata, en consecuencia, de la protección de la intimidad sino del respeto de ciertos privilegios procesales de que gozan algunas autoridades.

Como veremos, sólo en cuatro supuestos procede la entrada y registro del hogar o domicilio, tres de los cuales son regulados en el CPP: existencia de consentimiento del titular del derecho, presencia de flagrante delito y resolución judicial previa. El cuarto caso es el estado de necesidad justificante, regulado con carácter general (art. 10 N° 7 CP) y especial (art. 145) en el Código Penal.

En general, la ley procesal penal exige autorización judicial previa para la entrada y registro de lugares cerrados, en que no existe consentimiento del titular del derecho y no se trata de un delito flagrante.

¹²³ ROXIN, refiriéndose a la distinción doctrinaria entre prohibición de *producción* de prueba y prohibición de *valoración* de prueba, discute la posibilidad de que se otorgue valor probatorio a un objeto cuando este hubiera podido ser obtenido sin violación de una prohibición de producción de la prueba. Rechaza categóricamente tal posibilidad en caso de faltas graves al procedimiento, por motivos de tutela jurídica preventiva. Así, no tendría sentido el control judicial previo establecido en la ley si los resultados, por ejemplo, de un allanamiento o de una interceptación telefónica ilegal fueran valorables sólo porque se *hubiera podido* pedir una orden judicial (*Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 157 y ss.).

6.2.1. *Objeto de la medida*

Esta diligencia de investigación se encuentra prevista para la búsqueda:

- Del imputado contra quien se hubiere librado orden de detención o se encuentre cometiendo un delito;
- De huellas o rastros del hecho investigado, y
- De medios que sirvan a la comprobación del delito investigado.

6.2.2. *Lugares susceptibles de entrada y registro*

La ley regula esta medida intrusiva y determina sus requisitos según el lugar en que se realice la actuación. Las hipótesis son las siguientes:

- a) Entrada y registro en lugares de libre acceso al público (art. 204 CPP);
- b) Entrada y registro en lugares cerrados (art. 205 CPP);
- c) Entrada y registro en lugares especiales (art. 209 CPP);
- d) Entrada y registro en lugares que gozan de inviolabilidad diplomática (art. 210 CPP), y
- e) Entrada y registro en locales consulares (art. 211 CPP).

Examinaremos brevemente cada una de las hipótesis de entrada y registro reguladas en el Código.

- a) Entrada y registro en lugares de libre acceso al público

Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones pueden proceder desde luego al registro de lugares y recintos de libre acceso público sin necesidad de autorización judicial previa, pues no hay afectación de derechos fundamentales. La ley regula expresamente el caso del imputado contra quien se hubiere librado orden de detención; sin embargo, no cabe duda que también se incluye el supuesto de búsqueda del imputado sorprendido en situación de flagrancia por aplicación de las reglas previstas para esta hipótesis especial de detención.¹²⁴

¹²⁴ Vid. supra, VI.A.3.2.1.4.

b) Entrada y registro en lugares cerrados. Caso especial de flagrancia

Basta el consentimiento del propietario o encargado del recinto para llevar a cabo la diligencia. Si no hay consentimiento, la policía deberá adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar la posible fuga del imputado cuando fuere el caso y el fiscal deberá solicitar la correspondiente autorización judicial haciendo saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro.

Para los efectos de hacer efectivas las correspondientes responsabilidades, la ley exige que quede constancia de la individualización del funcionario que practique el registro, quien debe cuidar que la diligencia ocasione el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. La ley exige la entrega, al propietario o encargado, de un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hayan practicado y de aquel que lo haya ordenado.

Excepcionalmente, la ley permite que la policía entre en un lugar cerrado y lo registre, sin autorización judicial y sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encuentren en el interior u otros signos evidentes indiquen que en el recinto se está cometiendo un delito (artículo 206 CPP). Como es evidente, nos encontramos ante una hipótesis especial de flagrancia que se rige por el régimen jurídico general de la misma.

Al constituir una excepción a la forma ordinaria de limitación de un derecho fundamental, debe ser interpretada restrictivamente¹²⁵ conforme lo dispuesto en el artículo 130 CPP. Es importante el control que ejerza el ministerio público sobre la policía en estos casos, pues cualquier actuación fuera de los límites señalados por esta norma podrá determinar la ilicitud de la prueba que se obtenga con ocasión de la entrada y registro, y su consiguiente exclusión del procedimiento.

¹²⁵ ASENSIO MELLADO (J.M.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 158, quien invoca jurisprudencia constitucional española.

- c) Entrada y registro en lugares especiales, como edificios en que funcione alguna autoridad pública, recintos militares o lugares religiosos

Debe existir comunicación previa de la práctica de la diligencia, mediante oficio, a las personas a cargo del lugar, edificio o recinto de que se trate. Dicha comunicación debe ser remitida con a lo menos 48 horas de anticipación y contendrá las señas de lo que hubiere de ser objeto del registro, a menos que se tema que por dicho aviso se pueda frustrar la diligencia (art. 209, inciso 1º CPP). Pareciera, en consecuencia, que la ley admite que en casos calificados el fiscal prescinda de cumplir con los requisitos antes señalados al efectuar la respectiva comunicación. En todo caso, la comunicación deberá contener la indicación de las personas que acompañarán al fiscal en la realización de la diligencia y se invitará a la autoridad o persona a cargo del lugar, edificio o recinto a presenciar la actuación o a nombrar alguna persona que asista (art. 209, inciso 1º CPP).

Existe un procedimiento especial para el evento que la diligencia implique el examen de documentos reservados o de lugares en que se encuentre información o elementos que tengan dicho carácter, cuyo conocimiento pudiere afectar la seguridad nacional.¹²⁶ En estos casos, la autoridad o persona a cuyo cargo se encuentre el recinto debe informar de inmediato y fundamentadamente de este hecho al Ministro de Estado correspondiente, a través del conducto regular. Si éste lo estima procedente, oficiará al fiscal manifestando su oposición a la práctica de la diligencia. En el caso de entidades con autonomía constitucional, dicha comunicación deberá remitirse a la autoridad superior correspondiente.

Existiendo oposición y considerándose indispensable la realización de la actuación, el fiscal a cargo del caso deberá remitir los antecedentes al fiscal regional, quien, si está de acuerdo, podrá solicitar a la Corte Suprema que resuelva la controversia, decisión que deberá adoptarse en cuenta. Mientras esté pendiente esta determinación, se podrá disponer el sello y debido res-

¹²⁶ Una hipótesis similar se regula de modo general en el art. 19 CPP, por ello esta norma se remite en parte a la misma. Vid. supra capítulo IV 4.1.

guardo del lugar que deba ser objeto de la diligencia, como medida cautelar.

Si la Corte Suprema rechaza el requerimiento del fiscal, podrá ordenar no obstante que se suministren al ministerio público los datos que le parezcan necesarios para la adopción de decisiones relativas a la investigación (art. 209, inciso 4º, en relación al art. 19 inciso 5º CPP). Si, por el contrario, la diligencia se lleva a cabo, la información o elementos reservados que el fiscal resuelva incorporar a la investigación se regirán por las normas sobre secreto de las actuaciones de la investigación contenidas en el artículo 182 CPP.

d) Entrada y registro en lugares que gozan de inviolabilidad diplomática

Se trata de la realización de la diligencia en embajadas, residencias de los agentes diplomáticos, sedes de organizaciones y organismos internacionales y de naves y aeronaves que, conforme al Derecho Internacional, gocen de inviolabilidad.

El juez debe pedir el consentimiento al jefe de misión, solicitándole que conteste dentro de 24 horas. El oficio de requerimiento deberá ser remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. En caso de denegación del consentimiento o falta de pronunciamiento en el plazo señalado, el juez deberá comunicar dicha situación al ministerio. Mientras se encuentren pendientes las gestiones del ministro, el juez no podrá autorizar la práctica de la diligencia, sin perjuicio de la adopción de medidas de vigilancia conforme a las reglas generales. En casos urgentes y graves, el juez podrá solicitar la autorización del jefe de misión directamente o por intermedio del fiscal, quien certificará el hecho de haberse concedido (artículo 210 CPP).

e) Entrada y registro en locales consulares

Para la entrada y registro de los locales consulares o partes de ellos que se utilicen exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, se debe recabar el consentimiento del jefe de la oficina consular o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del mismo Estado (art. 211 CPP). En lo de-

más, rigen las mismas reglas que para la entrada y registro en lugares que gozan de inviolabilidad diplomática.

6.2.3. *Contenido de la orden judicial de registro*

Conforme al artículo 208 CPP, la orden judicial que autoriza la entrada y registro debe contener las siguientes menciones:

- 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 ley establece un plazo máximo de 10 días de vigencia de la orden, tras los cuales se produce la caducidad de la misma. Se autoriza al juez para que establezca un plazo de vigencia inferior. En este último caso, el juez deberá dejar constancia expresa del plazo de vigencia de la orden pues, de lo contrario, regirá la regla general.

6.2.4. *Procedimiento para la ejecución de la medida*

La orden judicial de entrada y registro en un lugar *cerrado* deberá notificarse al dueño o encargado, invitándosele a presenciar el acto. Si ninguna de estas personas fuere habida, la notificación se hará a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar o edificio, quien también podrá estar presente durante la realización de la diligencia. Si no se hallare a nadie, se debe hacer constar esta circunstancia en el acta de la diligencia. Se omitirá la notificación en el caso de que el encargado o dueño hubieren consentido expresamente en la práctica de esta diligencia (art. 212 CPP).¹²⁷

Practicada la notificación, cuando proceda, deberá ejecutarse el allanamiento y registro. Si hay oposición o resistencia al ingreso o nadie responde a los llamados, se podrá emplear la fuer-

¹²⁷ Esta norma fue modificada por el N° 9 del artículo único de la Ley N° 19.789, de 30.01.02. Vid. Addenda al final de este tomo.

za pública. El Código manifiesta especial preocupación porque en la ejecución de la medida intrusiva se cause la menor perturbación posible del derecho constitucional garantizado. En efecto, se establece que finalizada la diligencia, deberá cuidarse “que los lugares queden cerrados, a objeto de evitar el ingreso de otras personas en los mismos”. Asimismo, se señala que “en los registros se procurará no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario” (art. 214 incisos 1º y 2º CPP). Se añade la exigencia de que se deje constancia por escrito de todas estas circunstancias.

En principio, esta diligencia deberá practicarse en el tiempo que media entre las seis y las veintidós horas. Con todo, podrá llevarse a cabo fuera de este horario cuando se trate de lugares de libre acceso al público y que se encuentren abiertos durante la noche, o también en casos urgentes, cuando la ejecución de la medida no admita demora. La orden judicial deberá expresar esta circunstancia y el motivo de la urgencia (art. 207 CPP). Por otro lado, la diligencia deberá practicarse en un solo acto, pero podrá suspenderse cuando no sea posible su continuación, debiendo reanudarse apenas cese el impedimento (art. 214 inciso final CPP).

Finalmente, la ley establece la obligación de dejar un testimonio escrito de la diligencia. En efecto, se señala que de todo lo obrado durante el registro deberá dejarse *constancia escrita y circunstanciada* en un acta. Si hubiere objetos y documentos incautados, los mismos serán conservados y sellados para preservar la cadena de la prueba.¹²⁸ Deberá entregarse un recibo detallado de tales objetos y documentos al propietario o encargado del lugar. Si no se descubre nada sospechoso, podrá darse testimonio de tal circunstancia al interesado (art. 216 CPP).

6.3. RETENCIÓN E INCAUTACIÓN DE CORRESPONDENCIA E INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Estas medidas intrusivas, al igual que la examinada precedentemente, afectan el derecho constitucional a la intimidad, protegido en el artículo 19 N^{os} 4 y 5 CPR. En efecto, la Constitución

¹²⁸ Vid. *supra*, II.B.2.3. e *infra*, VII.B.6.4.3.

asegura: “El respeto y protección a la vida privada...” y “La inviolabilidad (...) de toda forma de comunicación privada”. A continuación establece que “...las comunicaciones y documentos privados (sólo pueden) interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.¹²⁹ En consecuencia, la Constitución establece el principio de reserva de ley para que la restricción de estos derechos sea legítima.

Desde una perspectiva subjetiva, la intimidad puede ser concebida como *autodeterminación informativa*, esto es, como la facultad del individuo, grupo o institución de determinar por sí mismo cuándo, cómo y en qué grado puede comunicarse a otros información sobre él.¹³⁰ En consecuencia, este derecho determina una facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otros, tanto en lo que se refiere a la adquisición del conocimiento ajeno como a su divulgación.

Objetivamente, se señala que el derecho a la intimidad abarca tres esferas: la zona pública, esto es, la que corresponde al campo de actuación de los hombres públicos; la zona privada, que abarca la esfera no pública, fundamentalmente la vida familiar y de las relaciones de amistad; y la esfera íntima o confidencial, es decir, la que normalmente se quiere ocultar a la curiosidad ajena.¹³¹

La jurisprudencia constitucional española ha establecido que la inviolabilidad de la correspondencia es una libertad tradicional cuya idea originaria es el respeto a la vida privada.¹³² Por su lado, el TEDH ha afirmado reiteradamente la relación entre la protección de las conversaciones telefónicas y el derecho a la protección de la vida privada y el respeto de la correspondencia. Más generalmente, los tratados internacionales sobre derechos humanos efectúan una conexión entre inviolabilidad de las

¹²⁹ Como consignan VERDUGO/PFEFFER, atendida la vinculación entre las garantías previstas en los N^{os} 4 y 5 del art. 19 CPR, la Comisión de Estudio acordó tratarlas conjuntamente en una sola norma, como lo hacen las Constituciones modernas (Sesión N^o 129, p. 23). Sin embargo, en su informe el Consejo de Estado hizo el desglose que aparece en el texto aprobado en definitiva (*Derecho constitucional*, tomo I, cit., p. 254).

¹³⁰ WESTIN, citado por RUIZ MIGUEL (C.), *La configuración constitucional*, cit., p. 77.

¹³¹ RUIZ MIGUEL, cit., p. 78.

¹³² STC 110/1984 (Fund. Jurídico 3^o), STC 85/1994 (Fund. Jurídico 3^o).

comunicaciones y derecho a la intimidad, derivada de la dignidad humana, por lo que aquélla sería una manifestación de éstas.¹³³

Por correspondencia (telefónica, telegráfica, epistolar, etc.) debe entenderse toda comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias entre una o más personas determinadas, de forma distinta a la conversación en presencia. En consecuencia, la comunicación ha de tener un destinatario concreto y específico, diferenciándose así de las comunicaciones públicas o colectivas, que están más bien vinculadas con la libertad de expresión.¹³⁴ En esta misma línea, la Comisión Constituyente entendió por comunicación privada aquella que tiene lugar de modo confidencial, esto es, singularizándose el destinatario con el propósito manifiesto de excluir a terceros.¹³⁵

En la actualidad, los adelantos técnicos hacen posible afectar la intimidad de múltiples formas sin necesidad de ingresar a espacios privados ni interceptar la correspondencia postal, medios clásicos de intromisión en la esfera privada de una persona. Las nuevas formas técnicas de intromisión en las comunicaciones ajenas plantean importantes desafíos no sólo en la determinación del ámbito de protección del derecho a la intimidad, sino también de los límites del Estado cuando actúa justificadamente, al amparo del *ius perseguendi*.

¹³³ Art. 12 DUDH, art. 17 PIDCP; art. 11 CADH; art. 8 CEDH. En estos instrumentos se hace referencia, en general, a la protección de la vida privada, familia, domicilio, correspondencia, que suelen ser entendidas como manifestaciones del derecho a la intimidad. A propósito del art. 18 de la Constitución que aúna, en un solo precepto, la protección del honor, la intimidad, la imagen, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, ALZAGA justifica su tratamiento común en atención a que "el bien jurídico protegido, en última instancia, es la intimidad de la persona, que es, a su vez, corolario de su dignidad, proclamada en el artículo 10" (citado por BAJO FERNANDEZ (M.), "Protección del honor y de la intimidad", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid, 1982, p. 97, nota 1).

¹³⁴ BAJO FERNANDEZ, cit., p. 115.

¹³⁵ Alejandro SILVA BASCUÑAN dejó asentado que por "comunicación privada" debe entenderse "aquel tipo de comunicación en que el emite escoge singularizadamente a la persona que la recibe" (*Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 129^a, de 12 de junio de 1975); por su parte, Jorge OVALLE QUIROZ complementó esta definición agregando el requisito consistente en haber obrado el emisor "con el evidente propósito de que sólo él la reciba" (*Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 129^a, de 12 de junio de 1975).

El CdPP no contenía una regulación de las interceptaciones telefónicas ni de otras formas de comunicación privada, en el marco de la investigación de cualquier delito. Sólo algunas leyes especiales –la Ley 18.314, sobre conductas terroristas, y la Ley 19.366, sobre tráfico de estupefacientes– han previsto tales facultades para la investigación de los delitos reprimidos por ellas.¹³⁶ Hasta el así denominado caso del espionaje telefónico, tampoco existió una regulación penal de los ataques a la intimidad de las telecomunicaciones.¹³⁷ A partir de este hecho de trascendencia pública, el derecho penal chileno pasó de una situación de relativa escasez de disposiciones sobre esta materia a una hipertrofia regulativa.¹³⁸

El CPP regula, pues, la “interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación” (art. 222, *in fine*). El gran mérito de esta regulación es que no sólo establece “los casos y formas” en que es procedente la intervención, como lo exige la Constitución (art. 19 N° 5), sino que además reglamenta el destino de la información reservada obtenida a través de estos medios, como ocurre también respecto de la retención e incautación de correspondencia.

En efecto, no basta con que un funcionario público actúe autorizado judicialmente para que sea legítima la afeción del derecho constitucional, como podría entenderse, por ejemplo,

¹³⁶ Art. 31 Ley 19.366 y art. 16 Ley 18.314.

¹³⁷ El caso en cuestión consistió en la escucha y grabación clandestina de una conversación mantenida a través de un teléfono inalámbrico, efectuadas a través de la captación y reproducción de la señal telefónica con la ayuda de medios técnicos. Vid. *Revista de Ciencias Penales*, XL-I, 1993, p. 92; también BASCUÑAN R. (A.), “La intimidad de las telecomunicaciones”, versión inédita de la intervención del autor en el marco del seminario *El derecho a la intimidad*, organizado por la Fundación Facultad de Derecho, Facultad de Derecho de la U. de Chile, los días 5, 6, 7, 8 y 12 de agosto de 1996.

¹³⁸ Cfr. artículo 161-A del Código Penal, introducido por la Ley 19.423 (D.O. 20.11.96); art. 36-B, literales c) y d) de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, introducidos por la Ley 19.277 (D.O. 20.01.94). También tienen relevancia las siguientes normas, existentes con anterioridad al escándalo del espionaje telefónico: los arts. 2° y 4° de la Ley 19.223 (D.O. 7.06.93), sobre delitos informáticos o de intromisión en la telecomunicación informática; y el art. 22 de la Ley 16.643, sobre Abusos de Publicidad (en la redacción dada por la Ley 19.048). Una visión de esta regulación “caótica”, en BASCUÑAN R. (A.), “La intimidad de las telecomunicaciones”, cit., *passim*.

del inciso final del artículo 161-A del Código Penal.¹³⁹ Una legitimación tan amplia de la intervención judicial equivale a una delegación de facultades y, en consecuencia, a una vulneración del mandato constitucional que impone la reserva de ley para la afección justificada del derecho en cuestión.¹⁴⁰

De acuerdo con el principio de legalidad de las medidas intrusivas,¹⁴¹ expresamente invocado por la Constitución respecto del derecho de intimidad, se reserva al legislador la potestad de establecer taxativamente los *casos* y las *condiciones* de la intervención en el derecho. Por ello, sólo a partir de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, que regula estos aspectos, la regla del artículo 161-A CP aparece como una manifestación expresa, aunque superflua, de la causal de justificación contenida en el artículo 10 N° 10 CP.

6.3.1. *Retención e incautación de correspondencia y entrega de copias de comunicaciones*

Conforme al artículo 218 CPP, el fiscal puede solicitar al juez autorización para que se proceda a la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y de los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos que por circunstancias especiales 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.¹⁴² Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste. Cuando el juez autorice la práctica de esta diligencia deberá dictar una *resolución fundada*.

¹³⁹ Dicho precepto legal contiene tres nuevos tipos penales constitutivos de atentados a la intimidad de las telecomunicaciones. El inciso final del mismo dispone que no son aplicables las disposiciones de este artículo a "aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas".

¹⁴⁰ BASCUÑAN R. (A.), "La intimidad de las telecomunicaciones", cit., p. 25.

¹⁴¹ Vid. supra VII B.1.5.

¹⁴² Se trata de una de las pocas medidas intrusivas en que el legislador se preocupó de establecer un estándar de procedencia (al respecto, vid. supra, VII.B.1.5).

Asimismo se establece que, a petición del fiscal, el juez de garantía podrá autorizar que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de aquellas transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, podrá ordenar la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios (art. 219 CPP).

Como se observa, el legislador discurre sobre la base de comunicaciones que constan en soportes o respaldos materiales (cartas, soportes informáticos, cintas magnetofónicas, etc.) conteniendo información confidencial y que físicamente se pueden “retener”, “entregar” e “incautar”. Se trata de una mera distinción física entre el proceso de comunicación –la transmisión de la señal– y su resultado –su grabación o almacenamiento–. Las autorizaciones para afectar el proceso mismo de comunicación son tratadas separadamente, a propósito de la regulación de las interceptaciones telefónicas y otras formas de telecomunicación.

Sin embargo, la clasificación relevante a efectos de la debida protección a la garantía constitucional es aquella que distingue entre comunicación que tiene carácter confidencial y aquella que no lo tiene, existiendo ciertos medios técnicos de transmisión que proveen de una pauta esencial para dicha delimitación. Confidencial es, por ejemplo, el uso de la telefonía de red fija o inalámbrica, y no confidencial, el uso de la banda pública de radiotelefonía. La telecomunicación, en tanto no sea realizada por emisión de una señal a la que hay libre acceso, no es más que una manifestación de un proceso confidencial de telecomunicación.¹⁴³ De lo anterior se desprende que, en los casos que el fiscal requiera copia de un programa de radio, televisión u otros medios públicos de transmisión no sería necesaria la autorización judicial previa, pues no se está afectando, por regla general, el derecho a la intimidad. Por ello aparece como un exceso de protección la exigencia, en todos los casos, de autorización judicial para la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios (art. 219 CPP).

La ley dispone que, una vez examinada la correspondencia o los envíos retenidos, el fiscal sólo podrá conservar aquellos que

¹⁴³ BASCUÑAN R. (A.), “La intimidad de las telecomunicaciones”, cit., p. 20.

tengan relación con el hecho objeto de la investigación. Si no es así, la correspondencia deberá ser devuelta o, en su caso, entregada a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, cuando sea necesario, el certificado correspondiente (art. 218, inciso 2º CPP).

Es importante consignar aquí que el Código establece la prohibición absoluta de incautación o entrega de ciertos objetos o documentos que se encuentren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración;¹⁴⁴ entre ellas, el abogado respecto de los secretos de su cliente¹⁴⁵ (art. 303 CPP). En efecto, el inciso 1º del artículo 220 dispone que “No podrá disponerse la incautación, ni la entrega bajo el apercibimiento previsto en el artículo 217 inciso 2º CPP”.¹⁴⁶

“a) De 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” y

“b) De 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...”.

La limitación sólo rige respecto de las comunicaciones y notas que se encuentren en *poder* de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración o en las *oficinas o establecimientos* en los cuales tales profesionales ejercen su actividad. Añade, sin embargo, que la prohibición de incautación o entrega no regirá cuando la persona facultada para no pres-

¹⁴⁴ Una norma similar se prevé en la Ley 18.314, sobre conductas terroristas. En ella se establece que el juez podrá decretar la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones telefónicas e informáticas del procesado, y su correspondencia epistolar y telegráfica. Sin embargo, tales medidas “no podrán afectar la comunicación del procesado con sus abogados...” (art. 14 incisos 1º y 2º Ley 18.314).

¹⁴⁵ El artículo 303 CPP dispone que no estarán obligadas a declarar “aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto”.

¹⁴⁶ Sobre este apercibimiento, vid. *infra*, VII.B.6.4.2.2.

tar testimonio fuere *imputada* por el hecho investigado o se trate de documentos que pudieren caer en comiso. En caso de duda acerca de la procedencia o no de la incautación, el juez resolverá mediante *resolución fundada*. Importa destacar, finalmente, que la infracción a estas normas conlleva la exclusión del correspondiente medio de prueba o la privación de todo valor probatorio del mismo en la correspondiente etapa procesal (art. 220 incisos 3º, 4º y 5º CPP).

6.3.2. *Intercepción de comunicaciones telefónicas* (art. 222 CPP)¹⁴⁷

El proyecto del Ejecutivo regulaba esta diligencia de investigación que fue suprimida por la Cámara de Diputados durante su tramitación parlamentaria. El Senado estimó necesario reponerla, arguyendo que determinados delitos, por su complejidad o gravedad, pueden ver seriamente dificultada su investigación al no contar con la posibilidad de adoptar esta medida. Sin embargo, consideró excesivo permitir la intercepción en cualquier delito que mereciere pena aflictiva, como lo señalaba el Mensaje del Ejecutivo, por lo que elevó la exigencia en relación al delito investigado a fin de restringir su procedencia sólo respecto de delitos de mayor gravedad.¹⁴⁸ En consecuencia, se cumple a su respecto el requisito de legalidad y de proporcionalidad, en su sentido estricto.¹⁴⁹

6.3.2.1. Casos en que procede y personas a quienes puede afectar

Esta diligencia procede respecto de quienes existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que han cometido o participado en la preparación o comisión, o que actual-

¹⁴⁷ Sobre este tema, en general: LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ (T.), *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991; MORENO CATENA (V.), "La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal", en GOMEZ COLOMER/GONZALEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal*, Castelló, 1997, pp. 409 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. Pfeffer, cit., pp. 236 y ss.

¹⁴⁹ Vid. supra, l.5.

mente preparan la comisión o participación en un hecho punible que merezca pena de crimen.

La redacción de este precepto es poco afortunada. En efecto, pareciera referirse no sólo a las personas a quienes se impute, en calidad de autor o partícipe, un delito consumado que merece pena de crimen sino también a quien realice cualquier etapa previa de comisión del mismo, incluidos los actos preparatorios. Sin embargo, debe recordarse que los actos preparatorios de un delito son punibles sólo excepcionalmente (art. 8º CP). En consecuencia, no procederá esta medida si el hecho que se quiere pesquisar no es *actualmente* punible y no merece pena de crimen.

La ley señala que la interceptación de comunicaciones telefónicas sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existan sospechas fundadas de que sirven de *intermediarias* de dichas comunicaciones y de quienes *faciliten* sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios (art. 222 inciso 2º CPP).

No podrán interceptarse las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordene, por sospechar fundadamente que el abogado tiene responsabilidad penal en los hechos investigados. El Código exige que el juez deje constancia en la respectiva resolución de los antecedentes que tuvo a la vista para acceder a la diligencia (art. 222 inciso 3º CPP).

6.3.2.2. Requisitos de procedencia (estándar de procedencia)

Se trata de uno de los pocos casos en que el legislador se preocupó de establecer requisitos claros de procedencia de una medida intrusiva,¹⁵⁰ configurando un estándar bastante exigente. En efecto, se requiere que existan *sospechas fundadas*, basadas en *hechos determinados*, de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepara actualmente la participación o comisión en un hecho *que merece pena de crimen*, esto es, de los delitos más graves que prevé el or-

¹⁵⁰ Vid. supra, VII.B.1.5.

denamiento jurídico chileno.¹⁵¹ También pueden solicitarse estas medidas respecto de las personas sobre quienes recaigan *sospechas fundadas*, basadas en *hechos determinados*, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, respecto de aquellas que faciliten sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

La ley establece la necesidad de verificar que no exista otra alternativa menos gravosa e igualmente apta para la satisfacción del fin perseguido. El juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación *cuando la investigación lo haga imprescindible* (art. 222 inciso 1º CPP). Esto es lo que la doctrina denomina *principio de intervención mínima o de subsidiariedad*, derivaciones del *principio de prohibición de exceso*,¹⁵² que imponen rechazar las medidas cuyo fin pueda ser alcanzado por otras menos gravosas.

6.3.2.3. Contenido de la orden de interceptación y duración

La orden que disponga la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. Se faculta al juez para prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos que autorizan la medida (art. 222 inciso 4º CPP).

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenarla se disipan o transcurre el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente (art. 222 inciso final CPP). Esta norma deriva del carácter instrumental de esta medida y de la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo debe mantenérsela mientras subsista el fundamento que la hizo procedente.¹⁵³ Por la misma razón, transcurrido el plazo de du-

¹⁵¹ Los delitos con penas de crimen se enumeran en el art. 21 del Código Penal.

¹⁵² GONZALEZ-CUELLAR (N.), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 189 y ss.

¹⁵³ Sobre esta regla, también aplicable a las medidas cautelares, vid. supra VI.1.4.4.

ración de la misma ella debe cesar o ser renovada por el juez, quien debe revisar si se mantienen o no sus fundamentos y decidir la cuestión mediante una resolución fundada.

6.3.2.4. Obligaciones de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones

Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este párrafo deben guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les cite como testigos al procedimiento (art. 222 inciso 5º y art. 223 inciso 3º, *in fine*, CPP).

6.3.2.5. Registro de la interceptación

El registro de la interceptación telefónica deberá efectuarse mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada directamente al ministerio público, sobre quien pesa la obligación de conservarla bajo sello y evitar que la misma sea conocida por terceras personas.

Se establece la facultad para el ministerio público de disponer la transcripción escrita de la grabación, la que deberá ser efectuada por un funcionario que actuará como ministro de fe acerca de la fidelidad de aquélla. Sin perjuicio de ello, el ministerio público deberá conservar los originales de la grabación (art. 223 incisos 1º y 2º CPP).

Cabe destacar que al juicio oral podrán ser citados como testigos tanto los encargados de practicar la diligencia de interceptación telefónica como el funcionario que actúe como ministro de fe acerca de la fidelidad de las transcripciones que se hubieren realizado de las mismas (art. 223 inciso 3º CPP). Este último supuesto podrá ocurrir, por ejemplo, cuando se ponga en tela de juicio la fidelidad o autenticidad de la transcripción (art. 336 inciso 2º CPP).

6.3.2.6. Destino de comunicaciones no relacionadas con el hecho investigado, pero que pueden ser relevantes para otra investigación criminal

Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ministerio público.

La excepción está constituida por aquello que la doctrina alemana denomina “hallazgos casuales”, esto es, aquellas comunicaciones que dan cuenta de otros hechos punibles perseguibles de oficio.¹⁵⁴ Por ello, cuando las grabaciones contengan informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que puedan constituir un delito que tenga asignada pena de crimen, se podrá hacer uso de ellas conforme a las normas del artículo 223 CPP (art. 223 incisos 4º y 5º CPP).

El legislador se preocupa de señalar expresamente el requisito relacionado con la gravedad del delito imputado; de manera que si las grabaciones dan cuenta de hechos que sólo pudieren merecer penas de simple delito o falta deberán ser destruidas. Esta solución guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo 225 CPP, por lo que tales grabaciones no podrán, en caso alguno, ser valoradas como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente.

6.3.2.7. Notificación al afectado por la interceptación

La medida de interceptación debe llevarse a cabo, para que sea eficaz, sin previa comunicación al afectado y puede ser solicitada por el fiscal tanto antes como después de formalizar la investigación.¹⁵⁵ Sin embargo, deberá ser notificada al afectado con posterioridad a su realización, en cuanto el objeto de la investigación lo permita, y en la medida que ello no ponga en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. En lo demás, regirá la obligación de secreto de las actuaciones de la in-

¹⁵⁴ Vid. MEIER (W.), *Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Zufallsfunden über Unbeteiligte und die von unbeteiligten Dritten herrühren bei Abhörmaßnahmen nach Paragraph 100 a StPO*, Tübingen, 1988.

¹⁵⁵ Vid. infra, VII.B.7.4.1.

vestigación en los términos señalados en el artículo 182 CPP (art. 224 CPP).

6.3.2.8. Prohibición de utilización. Exclusión de prueba obtenida ilícitamente

Los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán 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 hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 CPP para la procedencia de la misma (art. 225 CPP).

La primera hipótesis constituye uno de los pocos casos en que la ley regula expresamente los efectos de la prueba obtenida ilícitamente, la que puede ser excluida del procedimiento en la etapa de preparación del juicio oral.¹⁵⁶ La segunda hipótesis se refiere exclusivamente a la inobservancia de los requisitos de procedencia de la medida, esto es, aquellos que se refieren al estándar de antecedentes de investigación y al tipo de delito investigado. Como observáramos en otra parte de este trabajo, este es uno de los pocos casos en que el legislador se preocupó no sólo de establecer requisitos de procedencia referidos a un cierto estándar de antecedentes de la investigación sino también de regular los efectos del incumplimiento de tales requisitos. Pareciera que la mayor rigurosidad de la regulación en este caso y en el previsto en el apartado siguiente dice relación con el grado de mayor intensidad de afectación del derecho fundamental a la intimidad.

6.3.3. *Obtención de fotografías, filmaciones u otros medios de reproducción de imágenes y grabaciones entre presentes*

El Código regula en el artículo 226 CPP la utilización de estos medios técnicos no ya como diligencias de investigación generales, sino en tanto medidas intrusivas, esto es, aquellas que afectan o pueden afectar el derecho constitucional a la intimidad.

¹⁵⁶ Vid. art. 276 CPP.

Así, cabrían dentro de esta hipótesis, la obtención de fotografías o la grabación de conversaciones dentro del domicilio del imputado.

En efecto, el precepto legal citado, individualizado con el epígrafe de “otros medios técnicos de investigación”, autoriza la realización de toma de fotografías, filmaciones u otros medios de reproducción de imágenes y la grabación de comunicaciones entre presentes únicamente cuando se trate de la investigación de un hecho punible *que merezca pena de crimen* y previa aprobación judicial. En lo demás, sujeta la ejecución de estas medidas a las normas sobre interceptaciones telefónicas contenidas en los artículos 222 a 225 CPP, circunstancia que ratifica que la regulación de aquéllas en esta parte del Código sólo se justifica por su carácter intrusivo. Esta es, por lo demás, la única forma de delimitar este supuesto de contenido en el artículo 181 inciso final CPP.¹⁵⁷

En consecuencia, y siendo aplicable el estatuto regulativo de las interceptaciones telefónicas, nos remitimos a las consideraciones efectuadas en dicho apartado.

6.4. INCAUTACIÓN DE OBJETOS Y DOCUMENTOS (art. 217 CPP)

La incautación es una medida intrusiva que afecta el derecho de propiedad del titular del bien respectivo, contemplado en el artículo 19 N° 24 CPR. En general, esta diligencia de investigación tiene por finalidad, tanto asegurar la evidencia que sirva para acreditar el cuerpo del delito y la participación culpable como los efectos del respectivo delito, que puedan ser objeto de pena de comiso en la sentencia definitiva.

6.4.1. *Objeto de la medida*

El artículo 217 CPP establece que esta medida procede respecto de los siguientes objetos y documentos:

¹⁵⁷ Vid. *supra*, VII.B.5.1.

- f) Los relacionados con el hecho investigado;
- g) Los que pudieren ser objeto de la pena de comiso, y
- h) Los objetos que pudieren servir como medios de prueba.

6.4.2. Régimen de incautación

Ya antes, el artículo 187 CPP, se refería a la diligencia de incautación expresando que “los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medio de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83 serán recogidos, identificados y conservados bajo sello”.

El mismo precepto legal añade que “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 el Título”.

En consecuencia, en la sistematización del Código, es necesario distinguir si la persona en cuyo poder se encuentran los objetos o documentos es el imputado u otra distinta. Asimismo, debe distinguirse el lugar donde aquellos se hayan encontrado.

6.4.2.1. Incautación de especies *en poder del imputado*

En este caso la incautación se llevará a cabo siempre previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando:

- a) No los entregue voluntariamente, o
- b) Cuando el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

Sin embargo, no requiere aprobación judicial la incautación de objetos que se hallen en poder del imputado detenido por delito flagrante (art. 187 inciso 2º CPP).¹⁵⁸

¹⁵⁸ Vid. *supra*, VII.B.1.5.

6.4.2.2. Incautación de especies *en poder de terceros*

Si las especies se encuentran en poder de una persona distinta del imputado, la ley señala que el juez podrá *apercibirla* para que las entregue en lugar de ordenar la incautación (sustitución de la incautación por apercibimiento), o bien efectuar primero el apercibimiento y luego ordenar la incautación (incautación previo apercibimiento) (art. 217 inciso 2º CPP).

El ministerio público podrá solicitar al juez que disponga los medios de coerción previstos para los testigos para el cumplimiento de la medida (artículo 299 en relación al artículo 33 CPP). Sin embargo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración.¹⁵⁹

6.4.2.3. Incautación de objetos y documentos *según el lugar en que se encuentren*

Cuando los objetos y documentos se encuentren en un lugar *cerrado*, la incautación se llevará a cabo conforme al procedimiento contenido en el artículo 205 CPP (art. 217 inciso 3º CPP).¹⁶⁰ En consecuencia podrá procederse desde luego a la entrada y registro del lugar cerrado y a la incautación de los objetos y documentos, cuando el propietario o encargado del inmueble consienta expresamente a la práctica de la diligencia, cumpliéndose con las demás formalidades que dicho precepto legal establece. Por el contrario, si el propietario o encargado del lugar cerrado se opone a la diligencia, el fiscal a cargo del caso deberá solicitar la autorización judicial correspondiente, sin perjuicio de adoptar las medidas de vigilancia tendientes a evitar la sustracción u ocultación de los objetos y documentos cuya incautación requiere.

Los objetos, documentos e instrumentos que se hallen en lugares públicos o en el sitio del suceso podrán ser incautados sin necesidad de orden judicial previa (art. 83 letra c) CPP).

¹⁵⁹ Se trata de la facultad de no declarar por motivos personales o por razones de secreto (arts. 302 y 303 CPP), así como en los casos que derivan del principio de no autoincriminación (art. 305 CPP).

¹⁶⁰ Vid. *supra*, VII.B.6.2.2.

6.4.2.4. Incautación de objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado

Podrán incautarse, previa orden judicial, los objetos o documentos descubiertos durante la práctica de una diligencia de registro cuando ellos hagan sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento en que la orden respectiva se ha librado. Esta es una situación análoga a la prevista en el artículo 223 inciso final CPP, respecto de las interceptaciones telefónicas, esto es, los llamados “hallazgos casuales” de la doctrina alemana.¹⁶¹

La ley dispone expresamente que estos objetos y documentos deberán ser conservados por el fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 CPP (art. 215 CPP).

6.4.3. *Conservación de las especies recogidas e incautadas*

Al ministerio público corresponde la conservación bajo custodia de las especies recogidas durante la investigación, debiendo habilitar dependencias para tal fin y adoptar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma (art. 188 CPP).

Este deber dice relación con la denominada “cadena de custodia de la prueba”, esto es, con los resguardos necesarios para la preservación de la evidencia hasta su presentación al juicio. Evidentemente, en una estructura procesal cuya pieza central es el juicio oral, fase en que se produce la prueba que servirá de base a la sentencia, es fundamental la conservación de los objetos, documentos y especies de la investigación desde su levantamiento hasta su presentación a la audiencia principal del procedimiento. Para el ministerio público esta tarea es aun más relevante pues tiene la carga de la prueba y debe formar la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable (artículo 340 CPP), de manera que cualquier sospecha respecto de la indemnidad o integridad de la evidencia, o su manejo inadecuado, puede repercutir negativamente en la presentación de su caso.¹⁶² Cuando la

¹⁶¹ Vid. supra, VII.B.6.3.2.6.

¹⁶² Vid. supra, III.B.2.3.

falta de conservación de una especie afecte los derechos del imputado, éste podrá reclamar ante el juez de garantía a fin de que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de los objetos recogidos. La misma reclamación podrá efectuarse por la víctima, el querellante o el actor civil.

Cuando el imputado o demás intervinientes deseen tener acceso a esas especies con el fin de realizar alguna pericia o reconocimiento, deberán solicitar autorización al ministerio público o al juez de garantía, cuando aquél se niegue a la misma. El ministerio público deberá llevar un registro especial en el que conste la identificación de las personas autorizadas para reconocerlas o manipularlas. Esta norma constituye una cautela que permite reconstruir la cadena de prueba a fin de determinar las responsabilidades personales que pudieren existir respecto de su manejo inadecuado o indebido.

6.4.4. *Reclamaciones o tercerías*

Conforme al artículo 189 CPP, las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablen durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. Se establece que la resolución que la acoja 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 considere innecesaria su conservación.

La excepción a esta regla la constituyen los efectos de algunos delitos contra la propiedad. Así, las cosas hurtadas, robadas o estafadas se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor.

La ley dispone que deberá dejarse constancia mediante fotografías u otros medios que resulten convenientes de las especies restituidas o devueltas, las que podrán ser incorporadas como medio de prueba de conformidad con lo dispuesto en los artículos 323 y 333 del CPP.

6.4.5. *Inventario y custodia*

El artículo 221 CPP establece que de toda diligencia de incautación se levantará inventario, conforme a las reglas generales. El encargado de la diligencia otorgará al imputado o a la persona que los hubiere tenido en su poder un recibo detallado de los objetos y documentos incautados.

Luego de ser inventariados, los objetos y documentos incautados serán sellados y puestos bajo la custodia del ministerio público en los términos señalados en el artículo 188 CPP.

6.4.6. *Objetos y documentos no sometidos a incautación* (art. 220 CPP).

El Código prohíbe la incautación o la entrega bajo el apercibimiento previsto en el inciso segundo del artículo 248, de las siguientes especies:

- a) De las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto particular;
- b) De 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) De 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.

Como se observa, las limitaciones a la incautación tienen su fundamento en las normas que consagran el derecho de no declarar por motivos personales o por razones de secreto (arts. 302 y 303 CPP).¹⁶³

¹⁶³ Vid. también supra, VII.B.6.3.2.8.

Estas limitaciones sólo operan en los siguientes casos:

- c) Cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encuentren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración;
- d) Tratándose de las personas mencionadas en el artículo 303 CPP, la limitación sólo se extiende a las oficinas o establecimientos en los cuales ellas ejercen su profesión o actividad.

Sin perjuicio de lo anterior, estas limitaciones no regirán cuando las personas facultadas para no prestar testimonio sean imputadas por el hecho investigado o cuando se trate de objetos y documentos que constituyan instrumentos o efectos del delito y sean, en consecuencia, susceptibles de pena de comiso.

Si se suscitare duda acerca de la procedencia de la incautación, el juez podrá ordenarla por resolución fundada. En tal caso, los objetos y documentos así incautados deberán ser puestos a disposición del juez, sin previo examen del fiscal o de la policía, para que decida, a la vista de ellos, acerca de la legalidad de la medida.

Si el juez estima que dichos objetos y documentos se encuentran entre aquellos cuya incautación se halla prohibida, ordenará su inmediata devolución a la persona respectiva.

La ley asigna una grave sanción procesal a la infracción de las disposiciones precedentes. En efecto, se señala que los objetos así incautados no podrán ser valorados como medios de prueba en el juicio oral y lo mismo ocurrirá cada vez que se constate que los objetos y documentos acompañados al procedimiento penal se hallan dentro de aquellos cuya incautación se encuentra prohibida. En consecuencia, procederá la exclusión de estos medios de prueba en la etapa correspondiente (art. 276 CPP). Si, por el contrario, la incautación no se encuentra prohibida, el juez de garantía hará entrega de los mismos al fiscal, para los fines que éste estime convenientes.

6.5. EXHUMACIÓN DE CADÁVERES (art. 202 CPP)

Un caso especial de diligencia de investigación que requiere de autorización judicial previa es la exhumación de un cadáver. En efecto, en casos calificados y cuando el fiscal considere que la

exhumación de un cadáver puede resultar de utilidad en la investigación de un hecho punible, podrá solicitar autorización judicial para la realización de la misma. El juez debe resolver previa citación del cónyuge o de los parientes más cercanos del difunto. Practicado el examen correspondiente debe procederse a la inmediata sepultura del cadáver.

La autorización judicial, previa citación de los parientes del difunto, no se funda en la posible afección de un derecho constitucional sino en el sentimiento de piedad o respeto debidos a las personas fallecidas. La ley penal configura como delito la violación de sepulcros o sepulturas “practicando cualquier acto que tienda directamente a faltar el respeto debido a la memoria de los muertos” (art. 321 CP). Etcheberry entiende que con este precepto penal se protege el “honor familiar, el sentimiento que los parientes sobrevivientes albergan hacia la memoria del difunto y, en general, el sentimiento común de respeto hacia las personas fallecidas”.¹⁶⁴ También podría entenderse, por la importancia que se atribuye a los reglamentos sanitarios sobre exhumación de cadáveres,¹⁶⁵ que el juez debe velar por la conservación de la higiene y salud pública al autorizar la realización de esta medida.

7. FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION

7.1. CONCEPTO

Conforme al artículo 229 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.

Esta actuación del fiscal cumple una función esencialmente garantista, cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que

¹⁶⁴ *Derecho Penal, Parte General*, tomo III, cit., p. 241.

¹⁶⁵ *Id.*, por ejemplo, arts. 320 y 322 CP.

se dirige en su contra. Con anterioridad a la reforma esta función la cumplía el *auto de procesamiento*, sólo que –sustancial diferencia– a dicha decisión de carácter jurisdiccional iban automáticamente asociadas consecuencias o efectos extremadamente graves para los derechos del imputado, como la prisión preventiva, el arraigo de pleno derecho, la respectiva anotación prontuarial y restricciones al ejercicio de ciertos derechos. En el caso de la formalización de la investigación, esto no es así. Las solicitudes del fiscal que impliquen tal privación o restricción de derechos del imputado deberán ser resueltas por el juez de garantía previo debate de las partes, nunca en forma automática y con posterioridad a la formalización de la investigación.

La formalización de la investigación se plantea, en este sentido, como un requisito previo y necesario a la realización de ciertas actuaciones que exigen que el imputado conozca cabalmente el contenido de la imputación con el fin de ejercer sus medios de defensa. Así, cuando el fiscal deba requerir la intervención judicial para la práctica de diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente (artículo 230 CPP). Sólo se exceptúan de esta regla los casos expresamente señalados en la ley.¹⁶⁶

Es importante destacar que la formalización de la investigación es una actuación unilateral del ministerio público que no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez, sin perjuicio de la facultad del imputado para reclamar ante las autoridades del ministerio público cuando considere que ella ha sido arbitraria (art. 232 inciso final CPP).¹⁶⁷

7.2. EFECTOS

La formalización de la investigación produce los siguientes efectos de pleno derecho (artículo 233 CPP):

¹⁶⁶ Un caso relevante se regula en el art. 236 CPP, vid. supra, VII.B.5.5.

¹⁶⁷ Véase, infra, el caso especial de la comunicación de la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento y las críticas dirigidas en contra de sus efectos. VII.10.4.3.

- a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;
- b) Comienza a correr el plazo de dos años para declarar el cierre de la investigación, conforme lo previsto en el artículo 247 CPP, y
- c) El ministerio público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento (artículo 167 CPP).

Respecto de quien se encuentre cumpliendo una suspensión condicional del procedimiento por un determinado delito, una nueva formalización de la investigación por hechos distintos autoriza al juez, a solicitud del fiscal o de la víctima, para proceder a la revocación inmediata de la misma (artículo 239 inciso 1º CPP).

7.3. TRÁMITES PREVIOS A LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN

Debe distinguirse si el imputado se encuentra en libertad o privado de la misma.

7.3.1. *Trámite respecto de imputado en libertad*

Si el fiscal desea formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encuentra privado de libertad, debe solicitar al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito atribuido, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo. A esta audiencia deberá citarse al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento.

7.3.2. *Situación del imputado detenido (art. 132 CPP)*¹⁶⁸

El imputado detenido por orden judicial o en supuestos de flagrancia debe ser conducido ante el juez dentro de los plazos que

¹⁶⁸ Vid. supra, VI.A.3.

señala el artículo 131 CPP. A la primera audiencia judicial debe comparecer el fiscal, so pena de dejarse en libertad al detenido.

En ella el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedan, siempre que:

- a) Cuento con los antecedentes necesarios para realizar ambas actuaciones, y
- b) Se encuentre presente el defensor del imputado.

Si no se da alguno de los requisitos señalados, el fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días con el fin de preparar su presentación, esto es, para los efectos de formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares.

El juez de garantía sólo dará lugar a la ampliación de la detención cuando estime que los antecedentes presentados por el fiscal *justifican* esta medida, circunstancia que deberá ser ponderada en su resolución. Así, por ejemplo, será justificación suficiente acreditar que se encuentra pendiente alguna diligencia esencial que compruebe la existencia del delito imputado.¹⁶⁹ En consecuencia, no procede en caso alguno la prolongación automática de la detención.

7.4. AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y SOLICITUDES QUE PUEDEN PLANTEARSE EN ELLA POR LOS INTERVINIENTES

En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que desee efectuar al tribunal. En seguida, el imputado podrá manifestar lo que estime conveniente. En cuanto esta actuación supone informar al imputado sobre el contenido de los cargos que se le atribuyen, es posible que él mismo o su defensor pidan al fiscal aclaración sobre ellos a fin de poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa con

¹⁶⁹ Por ejemplo, el análisis químico de la droga incautada, en los delitos de la Ley 19.366.

posterioridad. En caso alguno esta intervención puede significar controvertir o responder a los cargos imputados; tampoco puede implicar el interrogatorio judicial del imputado ni la recepción de pruebas.¹⁷⁰

Una vez formalizada la investigación, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes deseen efectuar. Por consiguiente, podrán solicitar:

- a) Medidas cautelares personales y reales;
- b) Diligencias de investigación que afectan derechos fundamentales, con conocimiento del afectado;
- c) Plazo judicial para el cierre de la investigación;
- d) Juicio inmediato;
- e) Prueba anticipada;
- f) Resolución del caso en procedimiento simplificado;
- h) Suspensión condicional del procedimiento;
- i) Acuerdos reparatorios;
- j) Declaración judicial del imputado.

7.4.1. *Medidas cautelares personales y reales, y diligencias de investigación intrusivas*

El tratamiento particular de las medidas cautelares personales y reales, y de las diligencias de investigación limitativas de derechos, fue realizado en otro lugar de este trabajo.¹⁷¹ En consecuencia nos remitimos a lo allí expresado.

Sin embargo, debe destacarse aquí que, con relación a las diligencias de investigación limitativas de derechos, existe una

¹⁷⁰ Vid. Auto Acordado de la Corte Suprema, de 10 de enero de 2001. En él se instruye "dar estricto cumplimiento a lo ordenado por los incisos 1º y 2º del artículo 232 del CPP"; señalando que no le corresponde al juez pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización. Hay que considerar, no obstante, que para resolver las solicitudes que pudieren plantearse en la segunda parte de la audiencia el juez debe tener cabal conocimiento de los hechos, aunque los aspectos oscuros puedan ser esclarecidos en el curso de la misma y no, necesariamente, al momento en que se practica la formalización. Sin embargo, creemos que si el imputado tiene dudas respecto de los cargos imputados y pide aclaración, el tribunal estaría obligado a intervenir en cautela de los derechos del mismo, especialmente el de defensa.

¹⁷¹ Vid. supra, VI.A. y VII.B.6.

norma que autoriza su solicitud y práctica con anterioridad a la formalización de la investigación, y sin conocimiento del afectado, siempre que concurren ciertas circunstancias calificadas que deben ser ponderadas por el juez.¹⁷²

7.4.2. *Plazo judicial para el cierre de la investigación* (art. 234 CPP)

La posibilidad de solicitar al juez que fije un plazo inferior al legal para el cierre de la investigación, constituye un importante mecanismo para hacer efectivo el derecho del imputado a ser juzgado en un tiempo razonable, especialmente cuando pesen sobre él medidas cautelares gravosas para el ejercicio de sus derechos fundamentales.¹⁷³ En efecto, el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al ministerio público, podrá fijar en la audiencia de formalización de la investigación un plazo para el cierre de la misma, al vencimiento del cual se producirán los efectos previstos en el artículo 247 CPP. El Código autoriza al juez para hacer uso de esta facultad cuando éste lo considere necesario para cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitan, esto es, no se trate de casos complejos o delicados.¹⁷⁴

¹⁷² Vid. supra, VII.B.5.5.

¹⁷³ Vid. supra, II.C.2.2.2. y VII.B.1.6.1.

¹⁷⁴ En el Instructivo N° 54 de la Fiscalía Nacional del ministerio público se entiende, sin fundamento en el texto legal, que esta facultad debe ser ejercida en forma *absolutamente excepcional*. No obstante, se reconoce que al discutirse esta norma en la Cámara de Diputados se señaló que “la excesiva duración de los procedimientos constituye una de las principales fuentes de deslegitimidad del sistema de justicia frente a la ciudadanía y que la existencia de un proceso penal significa una carga o limitación para la persona objeto de persecución penal”. Sin embargo, más adelante se añade que “hemos observado con alguna preocupación que algunos jueces de garantía han efectuado un uso generalizado de esta facultad excepcional convirtiéndola en regla general en aquellos procedimientos en que se otorga la medida cautelar personal de la prisión preventiva... El plazo judicial para el cierre de la investigación, al ser una figura excepcional es de derecho estricto por lo que ha de interpretarse restrictivamente y no cabe hacer un uso generalizado a su respecto”. A continuación se instruye a los fiscales “a hacer presente estas consideraciones al pretender la defensa o el juez de garantía, a pretexto de cautelar *supuestas* garantías de los intervinientes, coartar el ejercicio constitucio-

7.4.3. Juicio inmediato (art. 235 CPP)

El juicio inmediato constituye un importante mecanismo de aceleración del procedimiento de que dispone el ministerio público para evitar ciertos trámites del mismo cuya realización aparece como inútil y dispendiosa.¹⁷⁵

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 acoge dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. El querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que piensa valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que estime convenientes y ofrecer prueba. Concluida la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución cuando el imputado requiriere de más tiempo para efectuar sus solicitudes de prueba. En tal caso podrá otorgarle un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días al efecto, dependiendo de la naturaleza del delito. Las resoluciones que el juez dicte en virtud de estas normas no son susceptibles de recurso alguno.

Es importante destacar que por la vía del juicio inmediato se podría solicitar la aplicación del procedimiento abreviado. En efecto, no obstante que la oportunidad para solicitar dicho procedimiento especial es, por escrito, al formular la acusación o, verbalmente, en la misma audiencia de preparación del juicio oral (artículo 407 CPP), al transformarse *de facto* la audiencia de formalización de la investigación en una audiencia de prepara-

nal de la facultad para investigar los hechos constitutivos de delito y determinar la responsabilidad que en ellos les cabe a los sujetos como autores, cómplices o encubridores". Finalmente, dicho instructivo "insinúa" a los fiscales que si son preguntados por el juez acerca del plazo para investigar, "*nunca señalen un plazo inferior a seis meses y en los delitos graves y complicados, los fiscales soliciten que se aplique la regla general de los dos años contados desde la formalización, sin perjuicio de que las investigaciones deben cerrarse lo más pronto posible en cuanto ello sea posible (sic) sin esperar el vencimiento del plazo judicial*". Esta interpretación es voluntarista y carece de todo asidero legal y doctrinal. Las instrucciones impartidas contravienen abiertamente el fundamento de esta institución.

¹⁷⁵ Vid. supra, VII.B.1.6.

ción del juicio oral por la aprobación del juicio inmediato, surge la posibilidad de solicitar la aplicación del procedimiento abreviado por cumplirse todos sus presupuestos.¹⁷⁶

7.4.4. *Declaración anticipada de testigos o peritos* (arts. 191, 192, 280 CPP)

Como sabemos, los antecedentes de la investigación preparatoria carecen, en general, de valor probatorio. La excepción se produce con la denominada *prueba anticipada*, que consiste en la posibilidad de que un testigo o un perito que no puede concurrir al juicio oral por las razones que la ley señala, sea interrogado y contrainterrogado en una audiencia citada al efecto y ante el juez de garantía, con todas las garantías y formalidades previstas para la audiencia principal.

En efecto, el artículo 191 del CPP establece que una vez que el testigo ha declarado ante el fiscal se 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 esta prevención, el testigo manifiesta su imposibilidad de concurrir al juicio oral por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente. En estos casos 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.

También se recibirá prueba anticipada cuando el testigo se encuentre en el extranjero y no pueda facilitarse su comparecencia conforme a la norma contenida en el artículo 190 inciso

¹⁷⁶ Vid. artículo 406 CPP. Sin embargo, en el Instructivo N° 27 de la Fiscalía Nacional del ministerio público se niega a esta posibilidad, aduciendo en su favor, y de modo formalista, el tenor literal del artículo 407 CPP. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, en el Auto Acordado adoptado el 10 de enero de 2001. Cfr. Fiscalía Nacional del ministerio público, *Reforma Procesal Penal*, Instructivos generales N°s 26-50, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 49 y ss.

final CPP. En tales casos la declaración del testigo se producirá, según resulte más conveniente y expedito, ante un cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que se halle.¹⁷⁷

Asimismo, podrá recibirse anticipadamente la declaración de peritos, en los mismos casos que los testigos, cuando fuere previsible que la persona de que se trate se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio (artículo 280 inciso final CPP). Esta hipótesis resulta más discutible que en el caso de los testigos, pues el perito es un experto, esto es, una persona con conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio, que debe emitir un informe con imparcialidad, ateniéndose a los principios o *lex artis* de su ciencia, arte u oficio (artículo 314 incisos 2º y 3º CPP). Por tanto, salvo que se trate de un perito-testigo, como el policía o el médico que hizo el reconocimiento del sitio del suceso o del cadáver y que no sólo declara sobre las pericias realizadas (v. gr., examen de huellas digitales o de sangre, autopsia), sino también sobre hechos relevantes que hubiere podido apreciar personalmente, los informes periciales y la declaración de peritos resultan, a nuestro juicio, eminentemente sustituibles. Otra excepción podría estar constituida por peritos con conocimientos especialísimos, cuyo reemplazo por otro de la misma especialidad pero que careciera de dichos conocimientos pudiera ocasionar graves perjuicios a la parte que lo presenta. En todo caso, el carácter sustituible o no de un perito debe ser examinado caso a caso por el juez de garantía al momento de verificarse la solicitud de prueba anticipada.

¹⁷⁷ El Código regula el procedimiento de ejecución de esta diligencia estableciendo que "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 concurren 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". A continuación se señala que "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".

7.4.5. *Procedimiento simplificado*

En la audiencia de formalización de la investigación, el ministerio público podría solicitar que el caso se falle conforme a las reglas del *procedimiento simplificado*.¹⁷⁸ En efecto, no obstante que este procedimiento se encuentra previsto en general para el conocimiento y fallo de las *faltas* y, en consecuencia, su tramitación es simplificada respecto al procedimiento ordinario, también se aplica respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el ministerio público requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, salvo que su conocimiento y fallo se someta a las normas del procedimiento abreviado (artículo 388 CPP).

El Senado concordó que era conveniente que este procedimiento se aplicara no sólo a las faltas sino también a delitos menores, “que constituyen el mayor número de delitos y que recargarían en demasía a los tribunales orales”.¹⁷⁹ Por lo tanto, esta franja de delitos puede ser objeto de todas las formas de oportunidad procesal (estricta y amplia), y de los procedimientos abreviado y simplificado. De modo que, si en la investigación de un simple delito a través del procedimiento ordinario el ministerio público prevé la solicitud de una pena en concreto que no exceda del límite objetivo previsto en la ley, podrá solicitar al juez, en la audiencia de formalización de la investigación, que la causa se falle conforme a las reglas del procedimiento simplificado. En tal caso, deberá presentar el respectivo requerimiento y continuar el procedimiento conforme a los artículos 388 y siguientes del CPP. Este procedimiento es conocido y fallado por el juez de garantía.

¹⁷⁸ Vid. Instructivo N° 15 de la Fiscalía Nacional del ministerio público y Auto Acordado de la Corte Suprema, de 10 de enero de 2001. Cfr. Fiscalía Nacional del ministerio público, *Reforma Procesal Penal*, Instructivos generales N°s 1-25, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 203 y ss.

¹⁷⁹ Cfr. PFEFFER, cit., pp. 377 y ss.

7.4.6. *Suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios*

La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio podrán solicitarse y acordarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación (art. 245 CPP) y, en consecuencia, podrán plantearse ya en dicha audiencia. Se trata de dos instituciones novedosas en nuestro ordenamiento jurídico, denominadas genéricamente *salidas alternativas del procedimiento*, las que serán examinadas en detalle más adelante.¹⁸⁰

7.4.7. *Declaración judicial del imputado*

Hemos señalado repetidamente que durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado mantiene su derecho a prestar declaración como medio de defenderse de la imputación que se le dirija por el ministerio público.¹⁸¹ Una oportunidad relevante para ejercer este derecho y prestar declaración ante el juez de garantía es la audiencia de formalización de la investigación, pues previamente habrá tomado conocimiento preciso de los cargos que se le imputan, si no lo hubiere hecho antes, y de la determinación del ministerio público de dirigir la persecución penal en su contra.

El artículo 98 inciso 2º CPP establece que 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. Ratificando la disposición contenida en el art. 19 Nº 7 letra f) de la Constitución, la ley establece que la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento, limitándose el juez a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formulen. La declaración del imputado se sujeta a las reglas contenidas en el art. 326 CPP, en lo que fueren aplicables. En consecuencia, el juez le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de los cargos formulados. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defen-

¹⁸⁰ Vid. infra, VII.B.8 y 9.

¹⁸¹ Vid. infra, VII.B.10.3.

sor, en ese mismo orden. Finalmente, el juez de garantía podrá formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos (art. 98 inciso 3º CPP). Si el imputado es mudo, sordo o no sabe la lengua castellana, podrá declarar por escrito o por medio de intérpretes, según el caso (arts. 98 inciso 5º y 291 incisos 3º y 4º CPP).

Con ocasión de la declaración judicial, el imputado o su defensor podrán solicitar la práctica de diligencias de investigación. En tal caso, el juez podrá recomendar al ministerio público la realización de las mismas cuando lo considere necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad (art. 98 inciso 4º CPP). El juez de garantía sólo podrá ordenar al fiscal la práctica de diligencias precisas de investigación, cuando el defensor las hubiere solicitado oportunamente durante la investigación y el ministerio público las hubiere rechazado (art. 257 CPP).

7.5. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN POR FORMALIZACIÓN ARBITRARIA

El imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que ésta ha sido arbitraria. Como hemos dicho anteriormente, la formalización de la investigación tiene una función eminentemente garantista; sin embargo, no puede descartarse la posibilidad que se la utilice abusivamente o con escasos antecedentes, circunstancia que puede ocasionar daños a la honra y dignidad del afectado. Un supuesto especialmente grave es el caso de una formalización arbitraria contra un imputado que se encuentre actualmente gozando de la suspensión condicional del procedimiento, pues tal situación autoriza al fiscal o la víctima para solicitar al juez de garantía la revocación de la suspensión (art. 239 CPP).¹⁸² En estos casos, el imputado podrá reclamar ante las autoridades superiores del ministerio público y/o manifestar su oposición al juez antes de que éste decida sobre la solicitud de revocación.

¹⁸² Vid. infra, VII.B.8.8.2.5.a.

8. SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

8.1. CONCEPTO

La suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito. Esta institución constituye una manifestación de la tendencia comparada a buscar soluciones alternativas a las tradicionales del sistema penal, que presenta ventajas prácticas para todas las partes involucradas en el proceso penal, algunas de las cuales ya fueron señaladas en otra parte de este trabajo.¹⁸³ En efecto, la suspensión condicional del procedimiento representa:

- a) Economía de tiempo y recursos para el ministerio público, en el marco de un programa de priorización de tareas en la persecución penal;
- b) Evitación de los efectos nocivos inherentes a un proceso criminal y de la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva, y
- c) La satisfacción de variados intereses a través de la imposición de condiciones que el imputado deberá cumplir durante el lapso de observación, para la víctima.

Se le critica, sin embargo, que constituye una respuesta de carácter sancionatorio impuesta a una persona que no ha sido todavía declarada culpable con todas las garantías del debido proceso, cuestión de la que nos haremos cargo en el siguiente apartado.

¹⁸³ Vid. *supra*, VII.B.1.2.

8.2. IMPORTANCIA POLÍTICO-CRIMINAL Y CASOS EN QUE PROCEDE

La suspensión condicional del procedimiento permite resolver en forma alternativa aquellos casos que, en general, consisten en la imputación de delitos que no representen un atentado grave o relevante para el interés público respecto de sujetos sin condenas previas. Su fundamento político-criminal consiste en evitar oportunamente los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión preventiva respecto de imputados por delitos menores y con bajo o inexistente compromiso delictual previo.

Sin embargo, no hay que olvidar que nos encontramos frente a una salida procesal que impone cargas con contenido sancionatorio al imputado, cuyo incumplimiento puede significar un retorno al *statu quo ante*. En efecto, a la restricción de derechos que supone el cumplimiento de condiciones por un cierto lapso se añaden la amenaza de revocación de la suspensión del procedimiento y la posibilidad de la imposición de una pena tras la dictación de la sentencia definitiva. Por tanto, siendo el consentimiento del imputado el único fundamento de legitimación para esta reacción sancionatoria, adquiere esencial importancia el que aquél haya sido prestado de modo libre, consciente e informado, con conocimiento de sus efectos y de la renuncia de garantías que ella implica. Por lo mismo, es fundamental que el juez de garantía verifique rigurosamente estos aspectos en la respectiva audiencia.

A nuestro juicio, esta salida alternativa no debe utilizarse cuando sean procedentes otros institutos procesales menos aflictivos o, incluso, reacciones punitivas menos gravosas para el imputado. Su propósito fundamental es impedir la privación de libertad que proceda tanto al nivel procesal (prisión preventiva) como al nivel de ejecución de pena (pena de presidio o reclusión), y no sustituir mecanismos del sistema que impliquen la renuncia a la persecución penal o que constituyan respuestas sancionatorias de menor contenido aflictivo, como sucedería, por ejemplo, si fuere aplicable al caso el principio de oportunidad o sólo la imposición de una pena de multa (como pena única o alternativa a una pena privativa de libertad) en un procedimiento monitorio o simplificado. Como hemos destacado,

la imposición de condiciones durante un lapso que puede ser de hasta tres años y la circunstancia que la eventual revocación de la salida alternativa implica la reanudación del procedimiento penal son elementos que necesariamente deben ser tenidos en consideración a la hora de ponderar la conveniencia o no de optar por esta institución procesal.

8.3. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA EFECTUAR LA SOLICITUD

Esta salida alternativa puede, en general, plantearse durante toda la fase de investigación preparatoria, desde que se produce la formalización de la investigación en contra de determinada persona hasta el cierre de la misma. Después de este momento, sólo podrá solicitarse en la audiencia de preparación del juicio oral (art. 245 CPP).

Una vez solicitada la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía debe pronunciarse sobre ella en una audiencia oral. Esta puede ser:

- a) La de formalización de la instrucción;
- b) Una convocada especialmente al efecto, siempre que no se encuentre agotada la investigación, y
- c) La audiencia de preparación del juicio oral.

La idea del legislador es que tenga lugar tan pronto se cuente con los antecedentes necesarios para acreditar sus requisitos; esta situación ocurrirá generalmente cuando el fiscal decida formalizar la investigación. Más allá de este lapso sólo cabrá solicitarla por escrito, en la acusación, o verbalmente, en la misma audiencia de preparación del juicio oral.

La ley establece que corresponde al fiscal del ministerio público solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. Esto no significa, sin embargo, que la iniciativa para el acuerdo deba corresponder siempre al fiscal. Nada obsta a que sea el propio imputado o su defensor quien efectúe la correspondiente solicitud al fiscal para que la formalice ante el juez de garantía. El fiscal debiera acceder a tal petición cada vez que la evaluación de los antecedentes del caso y del imputado permitan pronosticar que éste cumplirá satisfactoriamente con

la medida.¹⁸⁴ En estos casos se facilitará la tarea del fiscal, por cuanto contará desde un principio con el acuerdo del imputado, requisito indispensable para que el juez pueda concederla.

8.4. FORMA DE REALIZAR LA SOLICITUD

El fiscal del ministerio público puede efectuar la solicitud de suspensión del procedimiento por escrito o verbalmente, en la correspondiente audiencia. En el primer caso, lo habitual será que lo haga en presentaciones que se realicen para otros efectos y en que resulte posible su planteamiento (por ejemplo, en la solicitud de audiencia de formalización de la instrucción, de acusación, etc.) o en una ad hoc, en que se solicite la realización de una audiencia para decidir exclusivamente este punto. También puede solicitarse verbalmente en cualesquiera de las audiencias en que la ley autoriza su debate y acuerdo.

8.5. ACTUACIONES PREVIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La suspensión condicional del procedimiento requiere para su procedencia un acuerdo entre el fiscal e imputado (defensor). Este acuerdo debería producirse, las más de las veces, con anterioridad a la audiencia en que se decida la misma a fin de asegurar su otorgamiento por el juez; sin embargo, nada impide que ella se proponga verbalmente en la audiencia respectiva y el imputado preste su acuerdo en la misma.

El querellante tiene derecho a ser oído por el juez de garantía al momento en que se conceda o rechace la solicitud del fiscal. Si está de acuerdo con la salida podrá proponer la imposición de una o más condiciones al imputado. Además, tiene la posibilidad de recurrir de apelación en contra de la resolución que, al otorgarla, perjudique sus intereses (artículo 237 incisos 4º y 6º CPP). De allí que, por economía procesal y para evitar un comportamiento reactivo u hostil del querellante en la audiencia respectiva, el fiscal deba procurar tener en cuenta sus intereses.

¹⁸⁴ Vid. Instructivo N° 36, en Fiscalía Nacional del ministerio público, *Reforma Procesal Penal*, Instructivos generales N°s 26 al 50, cit., pp. 191 y ss.

A su turno, es menester cuidar que la suspensión condicional del procedimiento no se constituya en un gravamen desproporcionado para el imputado respecto del injusto que se le atribuye. El defensor debe considerar el planteamiento del fiscal y del querellante en torno a las mismas antes de prestar su acuerdo. A su turno, el juez de garantía ha de ponderar ambos extremos señalados al fijar las condiciones que el imputado deberá cumplir durante el lapso en que el procedimiento se encuentre suspendido.¹⁸⁵

8.6. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Los requisitos formales exigidos para la concesión de la suspensión condicional del procedimiento son los siguientes:

- a) Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad, y
- b) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

La exigencia referida a la cuantía de la pena “que pudiere imponerse” en la sentencia, permite al fiscal proponer esta salida alternativa a aquellos imputados que, no obstante atribuírseles la comisión de un delito cuya pena en abstracto supere el límite formal establecido en el Código, cuenten con circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal comprobables sin grandes dificultades en el transcurso de esta etapa. Para ello bastaría con que tales circunstancias fueran acreditadas de modo fidedigno y suficiente, por ejemplo, mediante certificado de antecedentes libre de anotaciones prontuariales, tratándose de la circunstancia prevista en el artículo 11 N^o 6 CP; o con documentación, no objetada por la víctima, que diera cuenta de una actuación del imputado en orden a “procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias” (artículo 11 N^o 7 CP); o, en fin, a través de testimonios contestes y verosímiles en torno a los hechos fundantes de la respectiva atenuante, como la provocación o amenaza previa por parte

¹⁸⁵ Vid. *infra*, VII.B.8.8.2.1.

del ofendido (artículo 11 N° 3 CP) o el arrebató u obcecación (art. 11 N° 5 CP).

Otro requisito exigido por la ley para la concesión de la suspensión condicional del procedimiento está constituido por la ausencia de condenas anteriores por crimen o simple delito. En consecuencia, las condenas por faltas no impiden la concesión de esta salida alternativa. Debe tratarse de condenas anteriores impuestas en sentencias que se encuentran ejecutoriadas; no cabe, en consecuencia, rechazar la suspensión del procedimiento cuando se encuentren pendientes de resolución recursos como el de apelación o el de nulidad contra la sentencia definitiva condenatoria.

8.7. ACUERDO DEL IMPUTADO Y DEFENSA NECESARIA

Como señaláramos anteriormente, para que el juez de garantía apruebe esta salida alternativa es indispensable el acuerdo del imputado,¹⁸⁶ quien necesariamente deberá ser asesorado por un defensor por las importantes consecuencias que su decisión puede acarrearle. La presencia del defensor en la respectiva audiencia es requisito de validez de la misma (art. 237 inciso 3° CPP).

A la existencia de esta cautela legal prevista a favor de los intereses del imputado, se suma el control que debe ejercer el juez de garantía en orden a verificar la voluntariedad del acuerdo prestado por el imputado y el conocimiento pleno de sus efectos, especialmente en lo que dice relación con la renuncia a su derecho al juicio oral y a su situación procesal en caso de revocación de la salida.

En efecto, la suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa con evidente contenido aflictivo para el

¹⁸⁶ La Cámara de Diputados modificó el proyecto del Ejecutivo, estableciendo que la aceptación de la suspensión condicional del procedimiento importaba para el imputado aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción por la sola disposición de la ley y su revocación implicaba, en forma automática, la decisión del caso mediante procedimiento abreviado en base a dichos hechos y antecedentes. Se criticó que la suspensión presupondría derechamente la confesión del imputado y la posibilidad de su condena inmediata por procedimiento abreviado en caso de revocación de la misma. El Senado eliminó la enmienda de la Cámara fundamentalmente por razones de eficiencia, en el entendido que la existencia de trabas excesivas desincentivaría la utilización de la institución (cfr. PFEFFER, cit., p. 252).

imputado aunque mitigado con relación a la pena que hubiere podido corresponderle de ser declarado culpable tras el juicio oral.¹⁸⁷ Además, en caso de revocación, el procedimiento debe continuar en el mismo punto en que se encontraba al momento de su concesión, lo que significa una prolongación de los efectos negativos que produce el propio proceso penal. Siendo equivalente a una sanción de carácter punitivo, pero aplicable sin la existencia previa del debido proceso a una persona que debe ser presumida inocente, la verificación del consentimiento libre e informado por parte del imputado constituye un requisito indispensable de legitimidad de esta salida alternativa.

Esta verificación cobra especial importancia frente a una defensa débil o defectuosa; en estos casos el juez debe utilizar un lenguaje sencillo y acorde con el nivel de instrucción del imputado, cuidando de comprobar que éste ha comprendido cabalmente dicha información. Es importante que en el registro de la audiencia se deje constancia de las siguientes circunstancias:¹⁸⁸

- a) La descripción detallada de cada uno de los hechos atribuidos al imputado y que serán objeto de suspensión del procedimiento, y
- b) La individualización de los antecedentes fundantes y su correspondencia con cada uno de los hechos atribuidos, excluyéndose aquellos que no hubieran podido ser admitidos como prueba en el juicio oral.

Evidentemente, la singularización precisa de los hechos que son objeto de suspensión del procedimiento tiene importancia para la determinación del ámbito en el cual operarán sus efectos, ya en caso de cumplimiento satisfactorio (art. 240 CPP) o ya en caso de revocación (art. 239 CPP). En el primer evento, se producirá el efecto de cosa juzgada, impidiéndose así un nuevo juzgamiento por esos mismos hechos. En el segundo supuesto, servirá para delimitar claramente el ámbito dentro del cual podrá continuarse el procedimiento.

¹⁸⁷ Incluso con relación a una medida alternativa a las penas privativas o restrictivas de libertad contenidas en la Ley 18.216, pues en su caso ha existido la imposición de una pena y la amenaza de su ejecución opera con mayor intensidad aflictiva que durante el procedimiento.

¹⁸⁸ Vid. artículo 40 CPP.

8.8. RECHAZO O CONCESIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO: PAPEL DEL JUEZ DE GARANTÍA

El juez de garantía cumple una función de control de los presupuestos legales que autorizan la aprobación de esta salida alternativa.

En consecuencia, una vez convocada la audiencia respectiva, el juez de garantía deberá verificar la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que la solicitud se realice cumpliendo los requisitos señalados en el artículo 237 CPP, y
- b) Que el acuerdo del imputado se haya prestado libre y voluntariamente.

Para ello, podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estime necesarios para resolver (art. 237 inciso 1º CPP).

8.8.1. *Rechazo de la solicitud de suspensión condicional del procedimiento*

El juez de garantía podrá rechazar la solicitud que no cumpla con alguno de los requisitos que se contienen en el artículo 237 inciso 2º del CPP. Asimismo, podrá rechazarla cuando compruebe que el imputado no ha prestado su consentimiento al acuerdo libre e informado. En efecto, el juez de garantía tiene el deber de constatar, a través de preguntas dirigidas al imputado, que éste ha consentido a la suspensión del procedimiento plenamente informado y consciente de los efectos que su conformidad produce y que no ha sido objeto de presiones indebidas por el fiscal del ministerio público, la víctima, el querellante o, incluso, por parte de su propio defensor. En efecto, éste puede tener interés en una solución rápida del caso y evitar así el juicio oral o, simplemente, por desconocimiento o falta de pericia empujar a su cliente a la salida alternativa aunque los elementos probatorios en su contra sean insuficientes, inválidos, etc.

8.8.2. *Concesión de la suspensión del procedimiento: fijación de las condiciones y papel del querellante*

8.8.2.1. Fijación de las condiciones

Una vez que el juez de garantía ha verificado que se cumplen todos los requisitos para conceder la suspensión condicional del procedimiento debe fijar la o las condiciones que el imputado deberá cumplir dentro de un plazo de observación, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres (art. 237 inciso 5º CPP). Tales condiciones se encuentran enumeradas en el artículo 238 CPP y son las siguientes:

- 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 podrá autorizar el pago en cuotas o en un determinado plazo, el que en ningún caso podrá 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.

El fiscal puede, en su solicitud, proponer la imposición de una o más de tales condiciones, fundamentando en todo caso su requerimiento. Su propuesta podrá basarse en las circunstancias del hecho imputado o en las características del autor, pero también podrá tener como único objetivo dar satisfacción económica a la víctima. Así, por ejemplo, un sujeto imputado de cometer un delito de lesiones en contra de algún miembro de su grupo familiar podría recibir como condición para la suspensión del procedimiento la de no residir en el domicilio familiar o la prohibición de frecuentarlo; a un inculpado de manejo en

estado de ebriedad u otro delito menor cometido bajo la influencia del alcohol podría imponérsele la condición de someterse a un tratamiento de deshabitación alcohólica. Pero indudablemente la condición contemplada en la letra e) del citado artículo tendrá especial relevancia práctica, pues permitirá obtener con mayor facilidad el acuerdo de la víctima que persigue primordialmente una reparación de contenido patrimonial. La capacidad económica es un factor crucial a considerar al momento de fijar el monto de la suma de dinero a pagar por el imputado a la víctima a título de indemnización de perjuicios. Por ello, es importante que tanto víctima como imputado alleguen a la audiencia respectiva los documentos o comprobantes que acrediten sus pretensiones o facultades económicas a fin que el juez de garantía pueda decidir inmediatamente. Esta condición pone de manifiesto la necesidad que estos aspectos sean debatidos previamente a fin de no prolongar excesivamente el debate sobre las condiciones de la salida alternativa.

8.8.2.2. Papel del querellante

El artículo 237 inciso 4º establece que si el querellante asiste a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento deberá ser oído por el juez. Aunque el juez de garantía no está obligado a imponer la o las condiciones propuestas por las partes, es indudable que la existencia de un consenso entre los interesados tendrá un efecto preponderante en su decisión. La tarea del juez consiste en fijar aquella o aquellas condiciones que resulten apropiadas para remover los factores que probablemente incidieron o tuvieron influencia en la comisión del delito, sin dejar de ponderar los intereses en conflicto. No se trata de imponer aquella condición que resulte más aflictiva para el imputado, no sólo porque no constituye ya su función sino porque el predominio del carácter sancionatorio de la suspensión condicional del procedimiento sólo puede contribuir al fracaso en su cumplimiento. Por ello, el juez debe tomar en cuenta la opinión de los intervinientes y sólo debe apartarse de ella cuando las condiciones propuestas sean manifiestamente excesivas o desproporcionadas en relación al injusto investigado o su cumplimiento por parte del imputado no se encuentre adecuadamente garantizado.

Que la intención del legislador al introducir esta figura procesal es conciliar adecuadamente los intereses de las partes en conflicto se muestra en la posibilidad que el juez, con el acuerdo del fiscal del ministerio público y del imputado, modifique una o más de las condiciones impuestas durante el período de suspensión (artículo 238 inciso final CPP). Evidentemente, esta situación se producirá cuando el imputado se vea imposibilitado de cumplir total o parcialmente la o alguna de las condiciones impuestas. En tal caso, y para no incurrir en una causal de revocación de la suspensión del procedimiento, deberá comunicar este hecho al ministerio público a fin que conjuntamente soliciten al juez de garantía la sustitución de las condiciones. El propósito de esta norma es evitar que el imputado vuelva a ser objeto de persecución penal cuando la infracción cometida no alcance una gravedad equivalente a la comisión de un nuevo delito y ofrecerle la oportunidad de cumplir con éxito la salida alternativa. Si no existiere acuerdo con el fiscal del ministerio público sobre las nuevas condiciones, queda a salvo la facultad del imputado de retractar su acuerdo a la suspensión del procedimiento y solicitar la continuación del procedimiento ordinario en su contra.

8.8.2.3. Retracción del acuerdo prestado por el imputado

La suspensión condicional del procedimiento, como se ha dicho repetidamente, basa su legitimidad en el consentimiento del imputado. Por ello, consideramos de la esencia de esta institución la posibilidad de retractación del acuerdo a la misma por parte del imputado.

Así, el imputado que considera extremadamente gravosas las condiciones impuestas por el juez de garantía o que no puede satisfacerlas durante el lapso de suspensión, tiene la posibilidad de desistir o retractarse del acuerdo prestado, cuando no se hubiere revocado judicialmente la suspensión del procedimiento.

Producida la retractación, se renovará el procedimiento y en el juicio oral no podrán invocarse ni darse lectura o incorporarse como medio de prueba los antecedentes que digan relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de la suspensión del procedimiento (art. 335 CPP).

8.8.2.4. Efectos de la concesión de la suspensión condicional del procedimiento

Como efecto inmediato, la concesión de esta salida alternativa no altera la suspensión del término de prescripción de la acción penal producida como efecto de la formalización de la instrucción (artículo 237 inciso 5º en relación al artículo 233 a) CPP). Únicamente produce la suspensión del plazo de dos años para declarar el cierre de la investigación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 inciso final del CPP.

En tanto que, como efecto mediato y cumplida satisfactoriamente la o las condiciones fijadas por el juez de garantía durante el plazo de la suspensión, esto es, sin que ella fuere revocada, se produce la extinción de la acción penal de pleno derecho debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo (artículo 240 inciso 2º CPP). Por consiguiente, no podrá continuarse o iniciarse un nuevo procedimiento penal en su contra por los mismos hechos que fueron materia del acuerdo. El imputado podrá pedir al juez de garantía la certificación correspondiente como prueba de esta circunstancia.

Por su lado, las acciones civiles de la víctima o de terceros no se extinguen. Por ello, el inciso final del artículo 237 CPP establece que la suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho. Sin embargo, si la víctima recibiere pagos en virtud de lo previsto en el artículo 238 letra e), ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder (art. 240 inciso 1º CPP).

8.8.2.5. La revocación de la suspensión condicional del procedimiento

La ley contempla dos causales de revocación de esta salida alternativa:

- a) Cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos a los que fueron materia del acuerdo, o
- b) Cuando el imputado incumpliere grave, reiterada e injustificadamente las condiciones impuestas por el juez de garantía.

8.8.2.5.a. La formalización de una nueva investigación contra el imputado

Procede la revocación de la suspensión condicional del procedimiento cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, la que puede ser declarada de oficio o a petición de parte por el juez de garantía (artículo 239 inciso 1º CPP). Es decir, la formalización de la investigación contra el imputado por un nuevo delito no produce la revocación de pleno derecho de la suspensión condicional del procedimiento, pues es necesaria una declaración judicial en tal sentido. En efecto, la formalización de la investigación es un acto unilateral del ministerio público y tiene, por regla general, una función exclusivamente garantista; sin embargo, este es un supuesto excepcional en que su planteamiento arbitrario o infundado puede ocasionar un gravamen irreparable al imputado.

El Código prescribe que solicitada la revocación por alguna de las causales señaladas, el juez “revocará la suspensión condicional del procedimiento, y éste continuará de acuerdo con las reglas generales”. Por los términos imperativos utilizados por el legislador, pareciera que el juez no puede entrar a valorar el mérito de la nueva formalización a fin de decidir la solicitud de revocación; bastaría, en consecuencia, con la mera constatación de que ella se efectuó. Sin embargo, la circunstancia de que la resolución que resuelve la revocación de la suspensión por esta causal sea apelable (art. 239 inciso 2º CPP) permite presumir que la tarea del juez va más allá de la comprobación de existencia de un hecho. Pues parece poco razonable contemplar la doble instancia para controlar dicha circunstancia, así como contrario al principio de economía procesal tener que recurrir siempre al tribunal superior para obtener una decisión favorable cuando el inferior puede realizar dicha tarea.

La decisión de formalizar la investigación puede ser adoptada por el ministerio público por diversos motivos y en una fase muy temprana del procedimiento, esto es, sin contar con los elementos probatorios que justifiquen de modo suficiente la existencia del delito y la participación culpable. Por esta razón el Código contempla la posibilidad de reclamar ante las autoridades del ministerio público una formalización arbitraria (art. 232

inciso final CPP), recurso que cobra especial relevancia en el caso que estamos examinando. En consecuencia, estimamos que el juez debe ponderar la suficiencia y el mérito de dicha actuación administrativa antes de resolver la solicitud de revocación de la suspensión del procedimiento. De lo contrario, podría privarse injustificadamente al imputado de la posibilidad de cumplir con la salida alternativa y satisfacer los fines que se persiguen con la aplicación de la misma.

Por tanto, ante una solicitud de revocación de la suspensión, el imputado afectado tiene las siguientes opciones, que no son excluyentes entre sí:

- a) Oponerse a la solicitud de revocación de la suspensión condicional del procedimiento;
- b) Interponer recurso de apelación en contra de la resolución que revoque la suspensión del procedimiento, y
- c) Reclamar ante las autoridades superiores del ministerio público de la formalización arbitraria efectuada en su contra, a fin que se adopten las medidas que correspondan.

El fiscal del ministerio público puede solicitar la revocación de la suspensión del procedimiento por escrito, en la oportunidad a que se refiere el artículo 231 CPP, o verbalmente en la misma audiencia.

8.8.2.5.b. El incumplimiento de las condiciones

El segundo supuesto de revocación de la suspensión del procedimiento está referido al incumplimiento, injustificado, grave o reiterado de las condiciones impuestas durante el período de prueba. Conforme al criterio del Senado, no es necesario que dichos requisitos concurren copulativamente, como era el criterio original,¹⁸⁹ “porque el incumplimiento, en cualquiera de estas circunstancias, justifica revocar el beneficio”. Nos parece que este planteamiento es equivocado, pues el incumplimiento de las con-

¹⁸⁹ Cfr. texto del Ejecutivo en PFEFFER, cit., p. 255, que siguió en esto el mismo criterio de la Ley 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que exige la concurrencia copulativa de los requisitos para la revocación de las medidas.

diciones no tiene una entidad de disvalor equiparable a la imputación de un nuevo delito. Por ello, sólo hipótesis muy graves y copulativas de incumplimiento podrían alcanzar un nivel análogo de gravedad. Si, por ejemplo, la condición impuesta consistía en someterse a un tratamiento médico o psicológico (art. 238 letra c) CPP), parecería contrario al fin perseguido con la salida alternativa revocarla en caso de incumplimiento reiterado pero justificado de la misma (v. gr., pérdida del empleo o carencia de recursos para financiar el tratamiento por hecho sobreviniente, problemas familiares graves, etc.).

Para que se revoque la suspensión del procedimiento en este caso, el fiscal del ministerio público deberá poner en conocimiento del juez los presupuestos fácticos de la causal, a fin que la revocación sea declarada a través de la respectiva resolución judicial. También puede ser declarada por el tribunal en base a la solicitud de la víctima (art. 239 inciso 1º CPP).

El conocimiento del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones por parte del ministerio público dependerá en gran medida de la colaboración de la víctima o el control activo sobre el imputado, especialmente si ellas consisten en prestaciones positivas. Así, por ejemplo, en el caso del pago de una determinada suma de dinero a favor de la víctima será ésta quien deba efectuar el correspondiente reclamo en el evento de incumplimiento; si, por otro lado, la condición consiste en ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, su cumplimiento sólo podrá comprobarse exigiendo al imputado la presentación del correspondiente contrato, las cotizaciones previsionales o, en fin, un certificado del empleador. Más difícil será la supervigilancia de aquellas condiciones que consistan en una abstención del imputado, como no residir en un lugar determinado o no frecuentar determinados lugares o personas. Por cierto, las personas en cuyo favor se impongan estas condiciones deberán denunciar al ministerio público su quebrantamiento. Es probable que para el control de las condiciones, el ministerio público solicite que se imponga, además, la condición de acudir periódicamente ante el mismo para que el imputado dé cuenta de su presencia en el lugar o del cumplimiento satisfactorio de las demás condiciones que hubieren podido imponerse por el juez (artículo 238 letra f) CPP).

8.8.2.5.c. Efectos de la revocación

La revocación de la suspensión condicional del procedimiento implica la reanudación del mismo conforme a las reglas generales, esto es, el imputado conserva intacto su derecho al juicio oral.¹⁹⁰

En caso de revocación por la comisión de un nuevo delito, el imputado podrá ser acusado por ambos hechos: el que fue materia de la suspensión del procedimiento y el que fue objeto de la nueva formalización.

El artículo 335 CPP consagra una norma dirigida a cautelar la imparcialidad del tribunal de juicio oral y a evitar que la suspensión condicional del procedimiento sea utilizada para obtener la condena del imputado en caso de revocación de la misma. Se establece que en caso alguno se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento. Si ello, sin embargo, ocurriese, no sólo podrá plantearse en la audiencia la correspondiente objeción sino también la prohibición de valoración de dicho antecedente como medio de prueba.

¹⁹⁰ Este era el texto del proyecto propuesto por el Ejecutivo. Sin embargo, en la Cámara de Diputados se aprobó una enmienda al mismo, estableciéndose que si se produce la revocación de la suspensión el caso debía fallarse en conformidad al procedimiento abreviado, consecuencia de la exigencia introducida por la misma Cámara de que el imputado reconociera los hechos materia de la investigación para poder acceder a la suspensión del procedimiento, la que también fue eliminada (cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, cit., pp. 254-255). Esta enmienda de la Cámara fue fuertemente criticada por plantear exigencias a la concesión de esta salida alternativa que no resultan compatibles con su naturaleza, fundamentos y fines político-criminales y por desincentivar claramente las posibilidades de su utilización en la medida que, ante una revocación, se añade al incumplimiento de condiciones gravosas durante un cierto lapso la imposición casi inexorable de una pena tras el procedimiento abreviado (vid. DUCE (M.), "La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo procedimiento penal", en CAROCCA y otros, *El nuevo proceso penal*, Cuadernos de Trabajo N° 2, Escuela de Derecho UDP, Santiago, 2000, pp. 93 y ss.).

8.8.2.5.d. Recursos

Es apelable la resolución que declare la revocación de la suspensión condicional del procedimiento por alguna de las causales indicadas (art. 239 inciso final en relación al art. 370 letra b) CPP).

8.9. REGISTRO

El artículo 246 CPP establece que el ministerio público deberá llevar un registro en el cual deberá dejar constancia de los casos en que se decreta la suspensión condicional del procedimiento. Este registro es reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado.

El registro tiene por objeto verificar que el imputado:

- a) Ha cumplido con las condiciones impuestas por el juez de garantía al disponer la suspensión condicional del procedimiento, o
- b) Reúne los requisitos necesarios para acogerse a una nueva suspensión condicional del procedimiento.

El imputado que cumple satisfactoriamente con la suspensión condicional del procedimiento se encuentra en idéntica situación jurídica de quien no ha delinquido; en tanto carece de antecedentes penales no se le puede considerar un reincidente. Por ello, en caso alguno podrá darse lectura a este registro en la audiencia de juicio oral (art. 335 CPP).

En consecuencia sólo puede servir al ministerio público para decidir la proposición o acuerdo requerido para esta salida alternativa, o a la víctima, para determinar su posición frente a la solicitud misma.

9. LOS ACUERDOS REPARATORIOS

9.1. CONCEPTO

Esta institución procesal consiste, esencialmente, en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias

dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal.

9.2. FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES

Esta salida alternativa constituye una ampliación de formas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico de “privatización” de la persecución penal –como los delitos de acción penal privada–, pero a casos en que tradicionalmente ha predominado el planteamiento de la existencia de un interés público comprometido que impediría la disponibilidad por las partes de la acción penal.

La reparación, pues, en un sentido amplio, es una meta racional propuesta como tarea del *ius puniendi* estatal sujeta a la condición de que no perjudique sino coopere a los fines de la pena, y de que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima en la resolución del conflicto.¹⁹¹ En el marco de una sociedad en extremo polarizada y 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 vulnerables social y económicamente. La crítica es inobjetable y es corroborada permanentemente por las investigaciones criminológicas que estudian los factores de la impunidad en el ámbito de la delincuencia económica o de “cuello blanco”.¹⁹² No obstante, pensamos que la explicitación de esta realidad, existente ya en el antiguo procedimiento penal, aunque de forma ilegal y no visible, permitirá el control de su operatividad y su inclusión en las políticas de persecución penal pública del ministerio público.

En efecto, en el marco de ampliación de esta salida alternativa a todos los sectores sociales, el ministerio público podría

¹⁹¹ MAIER (J.), “La víctima y el sistema penal”, en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1992, p. 208.

¹⁹² La bibliografía sobre este tema es inagotable. Sugerimos la lectura de PIERCE (F.), *Los crimenes de los poderosos*, México, 1980; TIEDEMANN (K.), *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1984; VILAS (C.), *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Eudeba, Buenos Aires, 1974.

entrenar a los fiscales para facilitar la mediación entre imputado y víctima y promover acuerdos posibles de cumplir para el imputado.¹⁹³ El mismo comportamiento podría ser practicado por los jueces de garantía. De este modo se evitaría que para el sujeto económicamente débil pero dispuesto a colaborar, la única reacción penal disponible sea la prisión.

En todo caso, siempre podrá rechazarse esta alternativa por razones preventivas. En efecto, puede ocurrir que, aun reuniéndose los requisitos que autorizan la solución reparatoria, ella resulte desaconsejable por razones de prevención general o especial. Tal es el caso, por ejemplo, de fraudes de poca monta pero realizados masivamente por la misma persona o afectando el sistema financiero nacional. Por ello, el Código prevé la posibilidad de que se rechace un acuerdo reparatorio cuando exista un “*interés prevalente*” en la continuación de la persecución penal.

9.3. PRESUPUESTOS (art. 241 CPP)

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 responde sólo al interés privado.

En consecuencia, para la validez de un acuerdo reparatorio dentro del procedimiento penal la ley exige que el hecho investigado sobre el cual recae el acuerdo:

- a) Afecte bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o
- b) Consista en lesiones graves, o
- c) Constituya un delito culposo.¹⁹⁴

¹⁹³ Esta posibilidad se ha visto favorecida por la incorporación de una nueva norma al CPP, en su artículo 6º, producida por la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, que expresa lo siguiente: “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” (art. único N° 1 Ley N° 19.789).

¹⁹⁴ Durante la tramitación parlamentaria se plantearon restricciones a los acuerdos reparatorios en este grupo de delitos: la limitación operaba a nivel de la entidad del resultado producido, es decir, no procedían los acuerdos reparatorio-

Existe, pues, una importante restricción para esta salida alternativa, la que se encuentra fundamentalmente reservada para delitos en que el interés afectado es predominantemente de carácter privado. Esto ocurre, en general con los delitos a que se refiere la letra a) del párrafo anterior, en que el bien jurídico protegido es la propiedad o el patrimonio. Así, por ejemplo, podrán ser objeto de acuerdos reparatorios los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, apropiación indebida, daños, etc. Los problemas pueden suscitarse con la interpretación de qué debe entenderse por un bien jurídico "disponible" en nuestro ordenamiento jurídico. A nuestro juicio, la ley abrió el camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdos reparatorios. Así, 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.¹⁹⁵

No existen restricciones para los acuerdos reparatorios en los delitos culposos. Recordemos que aquí no se trata de compor-

rios cuando el delito culposo atribuido al imputado hubiere producido la muerte de la víctima o le hubiere ocasionado alguna de las lesiones que implican una afección grave y permanente a la integridad física (o la salud), como el cuasidelito de homicidio y el cuasidelito de lesiones graves gravísimas. Estas limitaciones fueron suprimidas en el Senado. (Vid. PFEFFER (E.), *Código procesal penal...*, cit., pp. 256 y ss.)

¹⁹⁵ 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 (vid. WEIGEND (T.), *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, MPI Freiburg, 1990, p. 14, quien asevera que "en tanto en estos casos la pena sirve fundamentalmente al fin de indemnizar al Fisco, la autoridad administrativa debe estar autorizada a acordar compensaciones con el autor del delito"). En el Proyecto de Ley adecuadora del Consejo de Defensa del Estado, se prevé la posibilidad de acuerdos reparatorios respecto de delitos que hubieren afectado el patrimonio fiscal (Boletín 2.217-07).

tamientos encaminados a la afección del bien jurídico sino de conductas que denotan falta del cuidado requerido en el ámbito de relación¹⁹⁶ y que, por tener un menor disvalor de injusto, suelen tener asignada una pena menor que el respectivo delito doloso. El límite estará determinado por razones preventivas, que deberán manifestarse en el interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

También son susceptibles de acuerdos reparatorios los delitos dolosos que causen lesiones menos graves (art. 399 CP), hipótesis originalmente no prevista en el proyecto e incorporada durante su tramitación parlamentaria. Su inclusión se debe a que se trata de un caso que responde a los fundamentos político-criminales de esta institución.

9.4. OBJETO DEL ACUERDO REPARATORIO

El objeto del acuerdo puede consistir en una suma de dinero fijada consensualmente, que constituye una forma de reparación por las consecuencias dañosas del delito que se atribuye al imputado. Sin embargo, tratándose de una solución jurídico-*penal* al conflicto no cabe entender que el acuerdo reparatorio extingue las acciones civiles derivadas del hecho punible para perseguir las responsabilidades pecuniarias que correspondan, conforme a las reglas comunes. De allí que, en nuestra opinión, deba necesariamente introducirse en el acuerdo una estipulación que clausure tal posibilidad cuando se considere que la suma de dinero estipulada cubre todos estos aspectos.

Pero la reparación también puede consistir en otro tipo de prestación por parte del imputado. Incluso podría pensarse en una reparación simbólica que satisficiera a la víctima, o la realización de determinadas acciones en favor de la víctima o la omisión de otras. La única condición es que el objeto del acuerdo sea lícito.

¹⁹⁶ Vid. BUSTOS (J.), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ariel Barcelona, 1987, pp. 228 y ss.

9.5. TRÁMITE PARA SU APROBACIÓN

9.5.1. *Iniciativa*

La iniciativa para obtener un acuerdo reparatorio puede provenir tanto del imputado como de la víctima. Nada obsta, incluso, a que sea el propio fiscal quien oficie de mediador entre ambas partes cuando estime conveniente la aplicación de esta salida alternativa en el caso concreto. Sin perjuicio de ello, la negociación debería involucrar en todo caso al fiscal, pues éste podría oponerse al acuerdo reparatorio sobre la base de que no concurre alguno de los presupuestos legales para su procedencia o que existe un interés prevalente en la continuación de la persecución penal.

9.5.2. *Contenido*

Las bases del acuerdo deben hacerse constar por escrito a fin que sean aprobadas por el juez de garantía en la audiencia correspondiente. En nuestra opinión, ellas debieran contener, al menos, las siguientes menciones:

- a) La individualización del imputado o imputados y la víctima o víctimas que celebran el acuerdo. Esta mención es importante, pues el acuerdo reparatorio sólo extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él (artículo 244 CPP);
- b) La individualización clara y precisa de los hechos investigados que serán materia del acuerdo y su calificación jurídica.
- c) La circunstancia de que el imputado ha concurrido al acuerdo libre y voluntariamente, con pleno conocimiento de sus derechos;
- d) Los efectos que el incumplimiento del acuerdo acarreará al imputado. En silencio de una cláusula especial, rigen los efectos previstos en el artículo 243 CPP.

Evidentemente, las partes pueden introducir todas las cláusulas que deseen, siempre que sean lícitas. Así, por ejemplo, la víctima podría procurarse un título ejecutivo para el evento de cumplimiento forzoso del acuerdo o plantear una cláusula penal, etc.

9.5.3. *Aprobación por el juez de garantía*

Una vez redactado el acuerdo, éste debe presentarse al juez de garantía para su aprobación, en alguna de las audiencias a que se refiere el artículo 245 CPP, que son las mismas de la suspensión condicional del procedimiento. Si se trata de una audiencia especialmente convocada al efecto, el juez debe citar a todos los intervinientes a quienes pudiere afectar la resolución que adopte.

A diferencia de la suspensión condicional del procedimiento, la ley no exige en este caso la presencia del defensor del imputado como requisito de validez para el acuerdo reparatorio. El fundamento de esta distinción es claro: los efectos de aquella son muchos más graves para el imputado que los de éste, pues en este último caso la extinción de la acción penal se produce tan pronto se aprueba el acuerdo. En consecuencia, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio solo cabe exigir su cumplimiento forzoso ante el juez de garantía o los tribunales civiles. También podrá estar presente en la audiencia el fiscal del ministerio público pues, por un lado, puede instar por el rechazo del acuerdo y, por el otro, la aprobación del mismo le impedirá continuar la investigación del delito de que se trate. Sin embargo, la ley no exige su presencia; de allí que, a nuestro juicio, se puedan aprobar acuerdos reparatorios en ausencia del fiscal respectivo, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que correspondan por su inasistencia.

9.6. RECHAZO DEL ACUERDO REPARATORIO

Iniciada la audiencia, el juez de garantía deberá verificar que quienes concurrieron al acuerdo prestaron su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Para tal efecto, podrá efectuar un interrogatorio a las partes en la audiencia y rechazar el acuerdo, si considera que este requisito no concurre respecto de cualquiera de ellas. Asimismo, podrá rechazar el acuerdo reparatorio de oficio o a petición del ministerio público cuando considere que no concurren los presupuestos para su aprobación, por tratarse de hechos distintos de los que autoriza la ley para la procedencia de los mismos o

cuando exista un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. El Código presume la concurrencia de este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular (artículo 241 inciso final CPP).¹⁹⁷

Esta decisión podrá adoptarla de oficio o a petición del fiscal del ministerio público. En todo caso, la resolución que rechace el acuerdo deberá exponer las consideraciones que fundamenten tal decisión.

9.7. EFECTOS PENALES DEL ACUERDO REPARATORIO

Aprobado el acuerdo reparatorio por el juez de garantía se extingue la acción penal derivada del hecho o hechos materia del acuerdo, pero sólo respecto del imputado que le prestó su consentimiento. En consecuencia, el tribunal deberá dictar sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa (art. 242 CPP). En caso de pluralidad de imputados, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren participado en él (artículo 244 CPP).

9.8. EFECTOS CIVILES DEL ACUERDO REPARATORIO

Ejecutoriada que sea la resolución judicial que aprueba el acuerdo reparatorio, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía, con arreglo a lo establecido en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (cumplimiento incidental de la sentencia).

La opción del Código es claramente ventajosa para la víctima, pues no la constriñe a reclamar el cumplimiento del acuerdo en sede civil, con toda la carga económica y personal que ello implica, pues significa iniciar y proseguir un nuevo procedimiento judicial.

En general, estimamos que el juez de garantía debe adoptar todas las medidas necesarias destinadas a la realización efectiva

¹⁹⁷ Sobre el fundamento de esta causal de rechazo del acuerdo, vid. supra VII.B.9.2.

y oportuna de la reparación acordada. Esta norma es de crucial importancia para la víctima, especialmente para aquella de escasos recursos y que carece de los conocimientos o medios necesarios para hacer valer sus derechos ante un imputado poderoso. En efecto, si el imputado se obligó al pago de una suma de dinero o a realizar una determinada prestación a favor de la víctima, el juez de garantía debe controlar que ellas se verifiquen conforme a las estipulaciones del acuerdo o, a falta de ellas, del modo que mejor satisfaga los intereses de aquella.

El inciso final del artículo 243 del Código establece que el acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil, por ejemplo, una acción de nulidad. En general, lo que quiere el legislador con esta norma es evitar que, por cuestiones formales, se obstaculice o haga imposible el cumplimiento del acuerdo reparatorio, circunstancia que podría desincentivar la utilización de esta salida alternativa. Pero sí cabría oponer excepciones al acuerdo, como por ejemplo, el pago parcial de la suma de dinero objeto del mismo.

9.9. REGISTRO

Al igual que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento, el Código establece que el ministerio público deberá llevar un registro reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado, en el cual dejará constancia de los casos en que se apruebe un acuerdo reparatorio (art. 246 CPP).

El registro tenía por objeto verificar que el imputado reúne los requisitos necesarios para acogerse a un nuevo acuerdo reparatorio. Este registro tendrá particular importancia en el caso que el imputado haya incurrido reiteradamente en las conductas que se le imputan pues, en tal caso, existe la presunción legal que concurre un interés prevalente en la continuación del procedimiento (artículo 241 inciso final CPP).

Al igual que sucede con la suspensión condicional del procedimiento, no podrá invocarse ni darse lectura a este registro en un juicio oral dirigido contra el imputado (art. 335 CPP).

10. CONCLUSION DE LA INVESTIGACION

10.1. PLAZO PARA DECLARAR EL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN (art. 247 CPP)

Dijimos que un importante efecto de la formalización de la investigación es el inicio del cómputo del plazo absoluto de dos años que tiene el ministerio público para cerrar la etapa de investigación. Si, transcurrido este plazo, el fiscal no la declara cerrada, el querellante o el imputado pueden solicitar al juez de garantía que lo aperciba para que proceda al cierre de la misma, so pena de declarar el sobreseimiento definitivo de la causa.

En tal caso, el juez debe citar a una audiencia para resolver esta petición, cuyos resultados dependerán de la actitud que adopte el fiscal del ministerio público. En efecto, éste tiene dos posibilidades:

- a) No comparecer a la audiencia o compareciendo, negarse a declarar cerrada la investigación. En tal evento, el juez debe decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, resolución que es apelable (art. 370 b) CPP), o
- b) Allanarse a la solicitud de cierre de la investigación. En este caso, deberá formular en la audiencia una declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación. Si, transcurrido este plazo, no presenta su acusación, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, citará a una audiencia para dictar el sobreseimiento definitivo en la causa.

10.2. ACTUACIONES QUE EL FISCAL PUEDE REALIZAR UNA VEZ DECLARADO EL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de los diez días siguientes a la declaración de cierre de la investigación, el fiscal podrá:

- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;
- b) Comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, o
- c) Formular acusación, cuando estime que la investigación pro-

porciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma.

Las mismas actuaciones deberá realizar el fiscal cuando haya transcurrido el plazo fijado por el juez para declarar cerrada la investigación.¹⁹⁸

Cuando el fiscal decida solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por insuficiencia de antecedentes para fundar la acusación deberá formular su requerimiento al juez de garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia (art. 249 CPP).

10.3. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN

El Código regula sólo dos supuestos de reapertura de la investigación: aquel que se encuentra vinculado al sobreseimiento temporal de la causa¹⁹⁹ y el que se contiene en el artículo 257 del CPP, ambos casos con hipótesis muy restringidas. Con ello el legislador quiso dejar sentado el principio de que sólo en casos muy excepcionales se otorga la posibilidad al órgano de persecución penal de prolongar la etapa de investigación preparatoria, pues se encuentra en juego el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

10.3.1. *Objeto y oportunidad procesal*

Una vez que se ha cerrado la investigación y el fiscal ha requerido al juez la citación a una audiencia para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la instrucción y que el ministerio público hubiere rechazado. Sólo cabe solicitar la reapertura de la investigación hasta la realización de la audiencia convocada por el fiscal durante la misma.

¹⁹⁸ Vid. supra, VII.B.7.4.2.

¹⁹⁹ Vid. infra, VII.B.10.3.3.

10.3.2. *Facultades del juez*

Si el juez de garantía acoge la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias en el plazo que le fije. El fiscal podrá, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del plazo judicial.

Esta es la única hipótesis en que el Código autoriza al juez de garantía para *ordenar* al fiscal una actuación que es de su competencia exclusiva, como es la práctica de diligencias de investigación. El fundamento de esta norma no constituye un resabio inquisitivo del legislador, pues no faculta al juez para disponer *nuevas* diligencias de investigación, sino únicamente aquellas ya solicitadas por las partes y no realizadas por el fiscal. Esta atribución judicial tiene por fin controlar que el ministerio público haya cumplido debidamente con el principio de objetividad e investigado todos aquellos hechos y circunstancias pertinentes alegados por las partes a través de sus solicitudes de investigación.

10.3.3. *Casos en que no procede la reapertura*

El juez no podrá decretar ni renovar las siguientes diligencias:

- a) Las que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos;
- b) Las que fueren manifiestamente impertinentes;
- c) Las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, ni
- d) Aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

10.3.4. *Nuevo cierre de la investigación*

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248 CPP.

10.4. SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO

Como vimos antes, una vez declarado el cierre de la investigación, y no habiéndose solicitado la reapertura de la misma o habiéndose realizado las diligencias solicitadas, se hubiere declarado nuevamente el cierre de la instrucción, el fiscal del ministerio público podrá solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa (art. 248 a) CPP).

10.4.1. Clasificación

Como sabemos, el sobreseimiento puede ser *definitivo* o *temporal*. Asimismo, puede ser *total* o *parcial*.

El sobreseimiento será total cuando se refiera a todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando se refiera a algún delito o a algún imputado, de los varios a que se hubiere extendido la investigación y que hubieren sido objeto de formalización (art. 255 inciso 1º CPP).

10.4.1.1. Sobreseimiento definitivo

El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo, en la audiencia convocada al efecto, 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 se encuentre exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición 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, y
- f) Cuando el hecho de que se trate haya sido materia de un procedimiento penal en el que haya recaído sentencia firme respecto del imputado.

10.4.1.1.a. Limitaciones al sobreseimiento definitivo

El Código impone una restricción absoluta al juez en esta materia, al señalar que no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1º y 2º del artículo 93 del CP.

La norma anterior hace referencia a aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que excluyen algunas formas de extinción de la responsabilidad criminal respecto de ciertos delitos que atentan gravemente contra tales derechos;²⁰⁰

10.4.1.1.b. Efectos

El sobreseimiento definitivo produce como efecto el término del procedimiento con la consiguiente autoridad de cosa juzgada (art. 251 CPP).

10.4.1.2. Solicitud de sobreseimiento temporal (art. 252 CPP)

El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos:

- a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiera la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171;
- b) Cuando el imputado no comparezca al procedimiento y sea declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, 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.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución N° 2.391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Sin embargo, esta convención no ha sido aún suscrita por Chile. Sobre este tema, véase SCHABAS (W.), "Principios generales del derecho penal", en AMBOS (K.) (ed.), *El Estatuto de Roma*, Bogotá, 1999, pp. 300 y ss.

A solicitud del fiscal o de cualquiera de los restantes intervinientes, el juez podrá decretar la *reapertura del procedimiento* cuando cese la causa que haya motivado el sobreseimiento temporal (art. 254 CPP).

10.4.1.2.a. Cuestiones prejudiciales civiles

Conforme al artículo 171 CPP, cuando para el juzgamiento criminal se requiera la resolución previa de una cuestión civil que debiera ser conocida por un tribunal que no ejerce jurisdicción en lo penal, deberá suspenderse el procedimiento criminal para que dicha cuestión se resuelva por sentencia firme.

Se establece que la suspensión del procedimiento no impide que puedan realizarse actuaciones urgentes y estrictamente necesarias para conferir protección a la víctima o a testigos o para establecer circunstancias que acrediten los hechos o la participación del imputado en los mismos, y que pudieren desaparecer.

El Código impone una obligación novedosa al ministerio público que constituye una nueva manifestación de la voluntad del legislador de garantizar debidamente el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable. En efecto, en los delitos de acción penal pública, el órgano de persecución penal deberá promover el inicio de la causa civil previa ante el tribunal correspondiente, interviniendo en ella hasta su término e instando por su pronta conclusión.

10.4.1.2.b. Declaración de rebeldía

El imputado debe ser declarado rebelde por el tribunal ante el que deba comparecer en los siguientes casos (art. 100 CPP):

- a) Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido, o
- b) Cuando habiéndose formalizado la investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición (art. 99 CPP).

El artículo 101 inciso 2º CPP establece que la investigación no se suspende por la declaración de rebeldía y que el procedimiento deberá continuar hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual podrá resolverse el sobre-

seimiento temporal o definitivo de la causa de acuerdo al mérito de lo obrado. Sin embargo, conforme al artículo 249 CPP, si el Ministerio Público ha declarado el cierre de la investigación y decide solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo del caso, deberá formular su requerimiento al juez, quien citará a una audiencia especial que no es, evidentemente, la audiencia de preparación del juicio oral. De manera que, una interpretación sistemática, lógica y coherente de las normas en juego nos lleva a concluir que dichas normas operan en diferentes hipótesis. En efecto, si hay otros imputados no rebeldes, el sobreseimiento temporal y parcial respecto del ausente se resolverá en la audiencia de preparación del juicio oral. Si, por el contrario, el procedimiento se sigue únicamente respecto de un imputado rebelde, la declaración correspondiente deberá realizarse en la audiencia especial a que se refiere el artículo 249 CPP.

Si la declaración de rebeldía se produce durante la etapa de juicio oral, deberá dictarse sobreseimiento temporal por el tribunal del juicio oral y el procedimiento se encontrará suspendido hasta que el acusado comparezca o sea habido (art. 101 inciso 2º CPP).

10.4.1.2.c. Enfermedad mental sobreviniente (artículo 465 CPP)

Esta hipótesis se regula en el párrafo 3º del Título VII del Libro IV del CPP, dentro de las normas sobre “Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad”.

Es importante distinguir este supuesto de aquel constituido por la exención de responsabilidad criminal por locura o demencia a que se refiere el artículo 10 Nº 1 del Código Penal, que presupone la existencia de la enajenación mental al momento de cometerse el delito, aunque ambos casos tengan un tratamiento procesal similar.

El juez de garantía, a petición del fiscal o de cualquiera de los intervinientes, deberá dictar el sobreseimiento temporal del procedimiento si, después de iniciado el mismo, el imputado cayere en enajenación mental y no se trate de una enfermedad psiquiátrica incurable. En el caso de esta última hipótesis, deberá decretar el sobreseimiento definitivo de la causa. Para la determinación del tipo de enfermedad sobreviniente que pade-

ce el imputado, el juez deberá, antes de resolver el caso, solicitar un informe psiquiátrico.

No procederá el sobreseimiento temporal o definitivo, sino la aplicación del procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, si la enajenación mental sobreviniente del imputado se produce una vez formalizada la investigación o deducida la acusación en su contra, y se estima que corresponde aplicar una medida de seguridad (art. 465 inciso 3º CPP).

10.4.2. *Facultades del juez respecto de la solicitud de sobreseimiento*

En la audiencia a que se refiere el artículo 249 CPP puede existir debate sobre la procedencia de la causal de sobreseimiento solicitada o alegarse la sustitución del sobreseimiento o de la causal invocada. En efecto, es posible imaginar diversos supuestos en que el imputado se encuentre interesado en controvertir la solicitud del fiscal; así, por ejemplo, podrá pedir la sustitución del sobreseimiento temporal basado en la enajenación mental sobreviniente por el sobreseimiento definitivo basado en la inocencia del imputado o solicitar el reemplazo de una causal de sobreseimiento definitivo por otra (v. gr., una causal de exculpación por una de justificación, que excluya la responsabilidad civil derivada del hecho imputado).

El juez de garantía, al término de la audiencia se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248 CPP, esto es, la posibilidad de formular acusación o de comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento.

10.4.3. *Recursos ante el sobreseimiento (art. 253)*

El sobreseimiento sólo será impugnado por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

10.5. COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO POR INSUFICIENCIA DE ANTECEDENTES PARA FUNDAR LA ACUSACIÓN

Esta opción fue introducida por el Senado en la última fase de tramitación parlamentaria del proyecto como consecuencia de haberse eliminado la causal de sobreseimiento temporal que tenía el mismo fundamento.

En efecto, el texto del proyecto del Ejecutivo contemplaba una causal de sobreseimiento temporal constituida por la falta de antecedentes suficientes para fundar una acusación y que la "investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad". Complementaban esta norma dos disposiciones: la primera establecía que declarado el sobreseimiento temporal por la causal señalada y transcurrido el plazo de un año desde la dictación de dicha resolución sin que hubiesen aparecido nuevos antecedentes que justificasen la reapertura del procedimiento, el sobreseimiento temporal producía los efectos del sobreseimiento definitivo (la Cámara de Diputados había aumentado el plazo señalado a dos años). La segunda norma introducía dentro de las causales de sobreseimiento definitivo la circunstancia que hubiese transcurrido el plazo señalado para reabrir la investigación sin hacerlo o no existiere, razonablemente, la posibilidad del surgimiento de nuevos antecedentes para lograr el esclarecimiento de los hechos investigados. Todas estas normas fueron eliminadas por el Senado, argumentándose que el modelo de sistema escogido en el Código es el que entrega la exclusividad de la investigación al ministerio público y, en consecuencia, a él sólo compete el juicio de valor acerca del mérito de la investigación.²⁰¹

La decisión sobre el mérito de los antecedentes de la investigación es, pues, de exclusiva competencia del Ministerio Público y no cabe, en consecuencia, un pronunciamiento ulterior del juez ni, evidentemente, recursos jurisdiccionales en contra de la misma. Como veremos, la introducción de esta norma genera diversos problemas y trastoca la lógica del Código, orien-

²⁰¹ Cfr. PFEFFER, cit., pp. 264 y ss.

tada a la contemplación de mecanismos de clausura definitiva del procedimiento en casos débiles, sin viabilidad o en que no existe una actividad productiva del órgano de persecución penal.

10.5.1. *Efectos*

La comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento produce las siguientes consecuencias:

- a) Deja sin efecto la formalización de la investigación que se hubiera formulado por el ministerio público respecto de los hechos que hubieren sido objeto de la misma;
- b) Da lugar a la revocación judicial de las medidas cautelares decretadas en el procedimiento, y
- c) Se reanuda el término de la prescripción de la acción penal como sin nunca se hubiese interrumpido (art. 248 inciso final CPP).

Además, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el derecho al forzamiento de la acusación (art. 258 inciso 4º CPP).

Los efectos de esta institución pueden dar lugar a importantes problemas interpretativos. En primer lugar, cabría entender que al dejarse sin efecto una formalización de la investigación ya formulada podría plantearse una nueva formalización por los mismos hechos; en segundo lugar, que como consecuencia de lo anterior no ha corrido el plazo absoluto de cierre de la investigación del respectivo delito, por lo que se tendría un nuevo plazo de dos años para investigar; y tercero, que con una nueva formalización podría interrumpirse otra vez la prescripción de la acción penal si no hubiese transcurrido totalmente dicho plazo.²⁰² Bajo esta interpretación, en consecuencia, este mecanismo podría utilizarse más de una vez con el fin de mantener abierta la investigación de un determinado delito; sólo se requeriría que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción del delito.

²⁰² Esta es, por lo demás, la posición de la Fiscalía Nacional del ministerio público. Cfr. Instructivo N° 52 de 20 de marzo de 2001.

Este planteamiento, sin embargo, nos parece rechazable. Diversas normas dan cuenta de la voluntad drástica del legislador de poner término al procedimiento en caso de inactividad o falta de eficacia del ministerio público en sus tareas de persecución penal. Así, estableció el plazo de dos años para el cierre de la investigación y anudó, a la falta de manifestación clara del fiscal en orden a cerrarla o a acusar en un lapso determinado, la consecuencia del sobreseimiento definitivo de la causa. También, eliminó la tradicional causal de sobreseimiento temporal basada en la insuficiencia de antecedentes para formular acusación. De modo que esta norma resulta completamente extraña en su formulación y en sus efectos a la lógica de instituciones análogas del Código y deja al imputado a merced de actuaciones unilaterales del ministerio público.

La única interpretación posible, en consecuencia, es entender que producidos los efectos de esta comunicación del ministerio público, sigue corriendo el plazo de prescripción del respectivo delito, pudiendo solicitarse el sobreseimiento definitivo de la causa una vez que haya transcurrido totalmente el mismo.

10.5.2. *¿Posibilidad de reapertura en este caso?*

El Código no contempla expresamente la posibilidad de una reapertura de la investigación una vez comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento, aunque tampoco pareciera excluirla porque la decisión del legislador no fue, como en otros casos análogos,²⁰³ la de asociar a esta decisión una declaración judicial de sobreseimiento definitivo. Sin embargo, esta interpretación resulta altamente discutible, pues en los dos únicos casos en que el Código contempla la posibilidad de una reapertura del procedimiento, fue sumamente restrictivo.

En consecuencia, y como se dijo anteriormente, no existiendo una norma expresa que regule la posibilidad de una reapertura del procedimiento, sólo cabrá aguardar que se extinga la acción penal en el plazo respectivo. Transcurrido dicho término, podrá solicitarse el sobreseimiento definitivo de la causa.

²⁰³ Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis contenida en el artículo 247 CPP.

10.6. FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN (art. 258 CPP)

Esta norma tiene su origen en una similar de la Ordenanza Procesal Penal alemana (parágrafos 172-177 StPO). El forzamiento de la acusación tiene su fundamento en la posibilidad de que la víctima promueva el control, por parte de un tribunal independiente, de la vigencia del principio de legalidad que corresponde cautelar al ministerio público.²⁰⁴

En el proyecto del Ejecutivo se planteaba que el juez podía ordenar al fiscal la formulación de la acusación cuando lo solicitara el querellante y siempre que los antecedentes de la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado. En la Cámara de Diputados se estimó que conferir esta posibilidad al juez significaría que la “llave de la acusación no sería del fiscal, sino del juez”. Ello “atentaría no sólo en contra de los principios que inspiran el Código sino contra la aplicación práctica del sistema, porque los jueces muy comprometidos con la persecución penal acusarían prácticamente en todos los casos”.²⁰⁵ En el Senado se consideró razonable que el juez examinara la procedencia de la solicitud del querellante, siempre que no se afectaran las atribuciones exclusivas del ministerio público. Por ello, se convino que si el querellante se opone a la solicitud de sobreseimiento del fiscal del caso, el juez debe comunicar dicha oposición al fiscal regional, quien debe decidir si ratifica o no la decisión de su subalterno. De resolver negativamente, decidirá también si mantiene o reemplaza al fiscal a cargo. Si, por el contrario, resuelve afirmativamente, el juez podrá disponer que la acusación sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en los mismos términos que el Código establece para el ministerio público. El efecto del forzamiento de la acusación significa, por tanto, la total privatización de la acción penal pública.²⁰⁶

Si el juez de garantía rechaza la solicitud de forzamiento de la acusación, procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa.

²⁰⁴ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 274 y ss.

²⁰⁵ Cfr. PFEFFER, cit., pp. 270 y ss.

²⁰⁶ Sobre las críticas a esta opción, vid. supra III.E.2.1.

Un procedimiento similar, aunque simplificado, se prevé para el caso de que el fiscal comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra c) CPP). En este evento, el querellante podrá solicitar directamente al juez de garantía que lo autorice para ejercer los derechos del ministerio público en las siguientes etapas del procedimiento (art. 258 inciso 4º CPP).

El Código establece que la resolución que niegue lugar a cualquiera de las solicitudes que el querellante formule de conformidad a lo dispuesto en el artículo 258 CPP será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedan en contra de aquella que ponga término al procedimiento (art. 258 inciso 5º CPP).

10.7. FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN

Si el fiscal estima que ha reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, deberá formularla por escrito dentro de los diez días siguientes a la declaración de cierre de la investigación. La presentación de la acusación marca el inicio de la etapa intermedia o de preparación del juicio oral (Título II del Libro II del CPP).

ADDENDA

La reforma al CPP producida por la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002.¹

I. FUNDAMENTOS POLITICO-CRIMINALES DE LA REFORMA

Con fecha 30 de enero de 2002, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.789 que introdujo importantes modificaciones al Código Procesal Penal en el ámbito de materias que han sido tratadas en el primer tomo de nuestro *Derecho Procesal Penal Chileno*. Habiéndose publicado en circunstancias que el libro se encontraba en prensa, hemos decidido añadir esta *Addenda* a fin que el lector, en conocimiento de los principios que alentaban la regulación original, se informe y aprecie por sí mismo la magnitud de los cambios introducidos.

La Ley N° 19.789 es el resultado de las principales conclusiones y recomendaciones del trabajo realizado por una Comisión de Evaluación de la Implementación de la Reforma Procesal Pe-

¹ Hemos advertido al lector, en notas a pie de página, sobre las modificaciones introducidas por esta ley de reforma, dejando el análisis de las mismas, aunque no de modo exhaustivo, para esta *Addenda*. No ha sido posible hacerse cargo de las modificaciones directamente en el texto, pues al publicarse la ley de reforma, el libro ya estaba en prensa. No se trata, sin embargo, del primer cuerpo legal que reforma el Código Procesal Penal. Ya antes, la Ley N° 19.762, publicada en el D.O. el 13 de octubre de 2001, modificó los artículos 392 y 484 del CPP. Sin embargo, ellas atingen a materias que corresponden al segundo tomo de esta obra.

nal constituida por el Ministro de Justicia Sr. José Antonio Gómez en el curso del segundo semestre de 2001. La Comisión estuvo conformada por Rafael Blanco, asesor del Ministro de Justicia; Cristián Riego, investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, quien además integró la Comisión Técnica que redactó el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal; Carlos Valdivieso, ex Gerente de Fundación Paz Ciudadana, y Juan Enrique Vargas, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Conforme se expresa en el Informe Final entregado por dicha Comisión en octubre de 2001, los insumos para la realización del mismo se obtuvieron a través de reuniones con jueces de garantía, representantes de las fiscalías regionales del Ministerio Público; oficiales y personal de Carabineros de Chile y defensores públicos; entrevistas con el Fiscal Nacional del Ministerio Público y el Defensor Público Nacional. También se revisaron “materiales y antecedentes, tales como estadísticas del funcionamiento del sistema, encuestas de percepción pública e información relativa a los recursos invertidos en la reforma”.

No obstante que la propia Comisión reconoce que “muchos de los problemas detectados se deben, particularmente al nivel de Carabineros, a una comprensión limitada de los alcances y el funcionamiento del nuevo sistema de justicia criminal” (...), “a ver obstáculos donde realmente no los hay, a ser poco creativo para idear soluciones y, finalmente, a abstenerse de actuar ante la duda de cómo hacerlo correctamente y al temor de cometer posibles errores o ilegalidades”; se escoge, sin embargo, el camino de efectuar modificaciones legales justamente en un ámbito que es especialmente sensible para los derechos fundamentales, como es el de las facultades policiales en el curso de un procedimiento penal. A esta decisión político-criminal se le pueden oponer las siguientes objeciones:

- a) La principal preocupación de los autores de la reforma legal que comentamos es “el tratamiento de la delincuencia menor y los problemas de orden público, cuyo deficiente tratamiento es hoy lo que estaría generando percepciones negativas a la reforma dentro de la comunidad”.²

² Vid. también Mensaje N° 108-345, del Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código Procesal Penal.

El fundamento principal de esta reforma es, en consecuencia, la fuerte inseguridad subjetiva que afectaría el orden público, tarea especialmente atribuida a Carabineros de Chile. Es decir, esta iniciativa legislativa se adopta en base únicamente a percepciones y conceptos tan vagos como el de “orden público”. Ya en 1994, RIEGO y GONZALEZ escribían, en un artículo sobre las garantías de la detención en Chile, que “el régimen militar deja la herencia de una policía militarizada (especialmente en el caso de Carabineros). El desafío es, entonces, ofrecer a la policía un modelo distinto al militar, que no la aisle sino que la acerque a la sociedad civil”. Sin embargo, señalan, “persiste (...) un concepto de orden público que no se condice con los ideales democráticos y de respeto a los derechos de las personas (...)”, pues, “continúa siendo extendida la percepción de que el orden público es algo diferente a los derechos humanos y que, en consecuencia, la protección del orden público entra en colisión con el ejercicio de los derechos individuales. De allí la frecuente percepción de que proteger los derechos de los detenidos conspira contra la eficacia del actuar de los organismos policiales”.³

La realización de una modificación parcial al Código Procesal Penal, que se traduce —como veremos más adelante— en una ampliación de facultades en un ámbito que es principalmente preventivo policial y sin un estudio empírico serio que la avale, nos parece una decisión no sólo injustificada sino también equivocada, pues debilita el propósito de la reforma de afianzar las garantías, educar a la policía en el respeto de los derechos fundamentales, y buscar la eficacia de la investigación criminal en un mejoramiento de la gestión y la capacitación.

- b) En efecto, el informe de la Comisión de Evaluación de la Reforma justifica sus propuestas en la existencia de un aumento del temor ciudadano, fenómeno que se habría verificado en encuestas realizadas por la Fundación Paz Ciudadana y Adi-

³ Cfr. RIEGO/GONZALEZ: “Las garantías de la detención en Chile”, en AA.VV. *Proceso penal y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 1, Santiago, 1994, pp. 195 y ss. (p. 196).

mark que mostrarían que aquél subió, en la ciudad de La Serena, de un 9,3% según cifras de octubre de 2000 a un 15,9% en mayo de 2001, y de un 7,4% a un 14,8% en el mismo período, en la ciudad de Temuco. Sin embargo, el propio informe señala que, revisadas las cifras de denuncias y aprehensiones practicadas por Carabineros en el primer semestre de 2001 y comparadas con las de los años anteriores, las variaciones detectadas “impiden sacar conclusiones definitivas sobre el impacto de la reforma”, añadiendo que “las denuncias por delitos no muestran en las dos regiones un crecimiento significativo y menos aún es posible asignarlo éste a la reforma”. Asimismo, se señala que aunque las aprehensiones registran una variación de mayor significación, disminuyendo en un 26%, no es posible sacar conclusiones respecto a las consecuencias que en ello puede haber tenido la reforma, en cuanto a la capacidad de Carabineros para detener a los autores de los delitos y faltas que crean la sensación de inseguridad, ya que ella coincidió con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.708 que elimina las detenciones por consumo de alcohol en la vía pública y ebriedad simple”.

Sin embargo, y de modo sorprendente, el informe señala que “sin perjuicio de lo anterior, la Comisión llegó a la conclusión de que en determinadas materias los funcionarios policiales deberían tener facultades adicionales, necesarias para el ejercicio adecuado de sus funciones, las que en nada comprometen la lógica del nuevo sistema acusatorio, siendo precisamente ésta la que garantiza un adecuado control de su ejercicio”.

Es decir, se fundan las modificaciones legales en un aumento de la percepción de inseguridad ciudadana que sin embargo no va acompañada de aumento significativo de algún componente objetivo que respalde tal percepción, como sería el incremento en la interposición de denuncias —fenómeno que constatado aisladamente podría deberse, por lo demás, a un aumento de las expectativas en el funcionamiento del nuevo sistema y, por tanto, a una mayor satisfacción de los intereses de la víctima—. Se afirma, pues, que *no existe* ningún elemento objetivo que justifique esta mayor inseguridad, pero que, *sin embargo*, es necesario aumentar las facultades policiales, pues la garantía del control de su ejercicio está en el sistema acusatorio.

Las conclusiones anteriores nos conducen a las siguientes reflexiones:

En primer lugar, todo cambio produce una cierta ansiedad y genera expectativas. Una reforma de tal magnitud como la operada en Chile a partir de 1999, necesariamente debía producir efectos en este ámbito, sobre todo si se considera que las promesas del cambio iban fundamentalmente encaminadas a enfrentar de manera más eficaz el problema de la criminalidad. En consecuencia, las variaciones del índice de temor ciudadano no necesariamente guardan correspondencia con fenómenos reales y objetivos. Como señala MERA, las percepciones sociales son susceptibles de ser influidas, de modo de crear imágenes distorsionadas o sobredimensionadas que presentan un cuadro de peligro para los bienes más relevantes de las personas que es significativamente mayor que el que realmente existe”.⁴

Como es sabido, Wilson y Kelling escribieron en la década del 80 un artículo en el que sostienen que el temor al crimen no sólo se vincula a la ocurrencia de actos delictivos, sino a una serie de otros hechos que contribuyen a la sensación de inseguridad y a un deterioro de la calidad de vida.⁵

⁴ MERA, JORGE, “Seguridad ciudadana, violencia y delincuencia” en AA.VV. *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 21, Escuela de Derecho UDP, 1992, pp. 11 y ss. (p. 13).

⁵ WILSON, J. M. y KELLING, G., *Broken Windows*, The Atlantic Monthly, marzo 1982. Sus autores declaran que tolerar las conductas incivilizadas que se manifiestan en crímenes menores o faltas, como la ebriedad, la prostitución o la mendicidad, crean miedo o temor ciudadano. Se señala que la falta de actuación de la policía (“depolicing”) indica a la comunidad y a los delincuentes que la situación del orden público en ciertas áreas urbanas no tiene importancia para ellos; consecuentemente, aumenta el miedo y se alientan las acciones delictuales. La solución a esta situación es la llamada “tolerancia cero”, aunque nadie reivindique explícitamente este término. Esta nueva política policial, consistente básicamente en atacar sin excepciones las faltas y los delitos menores con arresto físico en lo posible, se atribuye a William Bratton, ex Comisionado del Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York, quien se ha transformado en un exitoso consultor internacional. Sin embargo, frente a los resultados alarmantes de los encuentros violentos entre policías y ciudadanos, el presidente del sindicato de policías de NYC advirtió públicamente: “Si no acertamos a encontrar un balance entre la fiscalización agresiva y el sentido común, ella se transforma en un plan para un estado policial y una tiranía” (“Refreshing Copspeak”, New York Times, 16 de abril de 1999, A-25).

La metáfora de las “ventanas rotas” sugiere, entonces, un proceso de deterioro que empieza cuando se permite dicha situación en un edificio, circunstancia que atraerá más vandalismo, producirá la destrucción del propio edificio y luego del barrio completo. Las demandas por mayor orden y seguridad (subjetiva) inciden, entonces, en un reclamo a la policía para que responda, incluso punitivamente, a dichas demandas. En efecto, un dato demostrativo de este fenómeno es que cada vez que los medios de comunicación instalan ciertas sensaciones de inseguridad en la población, ganan espacios los reclamos por un poder autónomo o mayores facultades de la instancia policial en la investigación de los delitos.

Esta situación lleva a una sobreutilización del sistema de justicia criminal y a su saturación, no resuelve los problemas de criminalidad y suele justificar el incremento de la demanda de recursos en mayor dotación de personal y medios materiales para la prevención. Para ello, basta ver las experiencias americanas basadas en la ideología de tolerancia cero y en los esfuerzos por promover modelos alternativos de orientación del trabajo policial y en fórmulas que eviten la “utilización del martillo para atrapar una mosca”.⁶

En segundo lugar, no es cierto que el sistema acusatorio sea suficiente garantía para contener los excesos o el abuso policial. Es verdad que a través de las exclusiones probatorias se puede controlar el ingreso al proceso de la prueba obtenida en forma ilegítima; pero no impide las afecciones a los derechos fundamentales producidas por el ejercicio arbitrario o ilegítimo de las autoridades policiales, al margen del procedimiento y sin control administrativo ni jurisdiccional *ex post facto*. Estimamos insuficiente el mecanismo sancionatorio previsto en la siguiente norma, introducida como nuevo inciso 4º del artículo 85 CPP, cuyo tenor literal es el siguiente: “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

⁶ Cfr. GOLDSTEIN, H., *Problem-oriented policing*, Temple University Press, Philadelphia, 1990.

delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal”. En efecto, el tipo penal al cual se hace remisión exige la realización de acciones cuya entidad no siempre concurrirá en la realización ilegal o arbitraria de esta facultad.

- c) La reforma legal que venimos criticando no hace sino acentuar la falta de una delimitación clara entre las funciones preventiva y represiva de la policía, trasladando la lógica de la primera a la segunda. Ya RUSCONI ha denunciado que la “promiscuidad funcional” de la policía se ha constituido en fuente de “serios obstáculos para el desarrollo de un sistema eficiente y garantista de investigación de los delitos”. Como explicación para este fenómeno dicho autor expresa que, en primer lugar, “la tendencia autoritaria proveniente de la actividad preventiva invade a menudo las tareas de investigación procesal”, y en segundo lugar, “las actividades preventivas arrastran a las funciones investigativas aumentando la autonomía en relación con el control del Ministerio Público y de la función jurisdiccional”.⁷

Esta situación se da, en Chile, respecto de la policía uniformada, pues sólo ella reúne ambas funciones. En efecto, Carabineros, en su función preventiva, opera autónomamente; no necesita esperar instrucciones para actuar. Por la naturaleza de esta actividad, existe ausencia de un efectivo control inmediato. La necesidad de una reacción rápida ante hechos que deben ser valorados en el momento por el policía impide el desarrollo de un sistema razonable de control en esta instancia. Se genera lo que se ha dado en llamar un “derecho penal paralelo”, sometido a la más amplia discrecionalidad, de carácter más violento, y sin control jurisdiccional.⁸

Como veremos, las modificaciones de la Ley N° 19.789 se encaminan, principalmente, a ampliar las facultades de la policía en el ámbito del denominado “control de identidad”,

⁷ RUSCONI, MAXIMILIANO, “Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y la policía: algunas reflexiones”, en *Policía y sociedad democrática*, Revista Pena y Estado N° 3, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 194 y ss.

⁸ RUSCONI (M.), “Reformulación de los sistemas de la justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones”, cit., p. 192.

institución que guarda una muy débil vinculación con la persecución penal de delitos concretos y determinados y que, sin embargo, se regula en el Código Procesal Penal,⁹ a relajar las formalidades que debe cumplir el órgano policial cuando se trate de actuaciones que perturban o afectan derechos fundamentales; y a extender las hipótesis de detención de una persona a supuestos en que la propia ley penal no prevé una pena privativa de libertad como sanción para la infracción, apareciendo tal medida cautelar personal como altamente desproporcionada para tales casos.¹⁰

De esta modo, la reforma legal que comentamos reafirma la lógica de ampliar las facultades policiales con marcado carácter punitivo, al margen de los supuestos formales del sistema de justicia criminal y sin un estricto respeto de los principios que legitiman la intervención del Estado en la esfera privada de los sujetos. A propósito de la detención por sospecha y de un proyecto de ley que pretendía su reformulación en 1993, RIEGO y GONZALEZ opinaron que “el problema radica en resolver si se estima coherente con los principios del Estado de Derecho el facultar a la policía para efectuar controles con connotaciones punitivas que no se vinculen directamente a la investigación de delitos en el contexto de un proceso penal, como por ejemplo, exigir al ciudadano su identificación so pena de ser detenido”. Negando tal posibilidad, los autores citados expresan que no pueden existir manifestaciones punitivas fuera del sistema de justicia criminal, que “el proceso penal es siempre posterior a los hechos y no preventivo y que todos los actos del proceso requieren la intervención de un juez, en especial los que tienen connotaciones coercitivas”.¹¹

Esto es justamente lo que no ocurre con la ley de reforma del CPP. En efecto, los presupuestos de procedencia del control de identidad establecidos en el artículo 85 CPP no superan, a nuestro juicio, los estándares mínimos de intervención en los derechos de una persona a quien se atribuye partici-

⁹ Sobre esta facultad policial, vid. supra Capítulo VI.A.3.4.2.

¹⁰ Vid. supra Capítulo VII.B.1.5.

¹¹ RIEGO/GONZALEZ, “Las garantías de la detención en Chile”, cit., p. 208.

pación en un hecho punible,¹² importa la perturbación de importantes garantías personales y confiere enormes espacios de autonomía a la policía, la que actúa sin control judicial previo ni, tampoco, del ministerio público.

En definitiva, y en lo medular, la Ley 19.567 significó:

- La ampliación de la facultad policial del control de identidad a las faltas.
- La autorización para, con ocasión del control de identidad, proceder al registro de las vestimentas, *equipaje o vehículo* de la persona controlada, no obstante que el fundamento de esta modificación se hizo fundar en el peligro que representaba para la seguridad física del policía la eventual existencia de armas ocultas en las vestimentas de la persona controlada.
- El aumento del tiempo máximo que puede alcanzar este procedimiento de identificación, esto es, de 4 a 6 horas, decisión que resulta inexplicable para un mero procedimiento de identificación.
- La ampliación de la medida cautelar de detención a supuestos constitutivos de falta.

Este último caso constituye una manifestación evidente de las inconsecuencias político-criminales en que incurre el legislador en materia penal. En efecto, la posibilidad de controlar la identidad de una persona y “retenerla”, eventualmente, hasta por seis horas o de proceder derechamente a su detención con ocasión de la comisión de una falta, contradice la decisión político-criminal, fundada en el principio de proporcionalidad, de excluir las penas privativas de libertad respecto de las mismas y castigarlas sólo cuando están consumadas.¹³ El fraude de etiquetas se produce por medio de instituciones “policiales” o “procesales”, que no son entendidas como “penales”.

¹² Sólo basta la existencia de un “indicio”, apreciado por el propio funcionario policial, de que la persona sujeta a control hubiera cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiera a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito.

¹³ Vid. Ley N° 19.501, de 15 de mayo de 1997, y el artículo 9° del Código Penal.

II. CONTENIDO DE LAS MODIFICACIONES LEGALES

La Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, introduce modificaciones al Código Procesal Penal que afectan fundamentalmente las siguientes áreas:

A. VÍCTIMA

El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.789 reflejaba intensamente la preocupación por mejorar la situación de la víctima en el proceso penal, reforzando su ya privilegiada posición en el Código Procesal Penal chileno. Esta preocupación llegaba al punto de que la propuesta del Ejecutivo incluía reconocer a la víctima prácticamente los mismos derechos que al querellante.

La ley, sin embargo, concretó una sola modificación legal en esta materia, que consiste en la imposición al fiscal del deber de promover, durante el curso del procedimiento, “acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima” (nuevo art. 6° inciso 2° CPP, intercalado por el N° 1 del artículo único de la Ley 19.789).

Si bien la modificación legal pudiera parecer menor, lo cierto es que la imposición al fiscal del deber de cautelar los intereses privados de la víctima al adoptar decisiones de persecución penal pública, introduce un elemento que amenaza con distorsionar el rol que debe cumplir el ministerio público en el control de la acción penal pública, riesgo que no aminora la declaración legal de que “este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponder a la víctima”.

B. MEDIDAS INTRUSIVAS

1. *Autorización judicial previa*

El nuevo inciso final del art. 9° CPP, incorporado por el N° 2 del artículo único de la Ley 19.789, precisa que, en aquellos casos en que se requiera la autorización judicial previa para la realización de actuaciones o diligencias que priven, restrinjan o perturben al imputado o a un tercero en el ejercicio de los derechos

que la Constitución asegura, existirá un procedimiento desformalizado para la solicitud y otorgamiento de la autorización.

Así, se señala que “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”.

Consistente con lo anterior, se ha modificado también el artículo 80 CPP agregándole un inciso final que inhibe a la policía de su facultad de requerir la autorización judicial previa como condición para el cumplimiento de las órdenes que les impartieren los fiscales y los jueces (Nº 3 del artículo único de la Ley 19.789).

La reforma de esta disposición es consistente con la intención de desformalizar las actuaciones de la investigación, que inspira en general al Código Procesal Penal y que se manifiesta en numerosas disposiciones, tales como las de los artículos 21, 22, 23, 29 y 81 CPP. Por esta razón, nos parece que su introducción no debiera generar mayores conflictos con la sistemática del nuevo proceso penal.

2. *Exámenes corporales*

El Nº 8 del artículo único de la Ley 19.789 sustituye el artículo 197 CPP con la intención de validar el consentimiento del imputado para la práctica de exámenes corporales, dejando así sin efecto la disposición anterior que exigía siempre en este caso que se obtuviera la autorización judicial en forma previa.

La nueva norma afecta un área sensible de las garantías individuales, en cuanto implica reconocer validez al consentimiento del imputado para la práctica de medidas intrusivas, que afectan su derecho a la privacidad. La norma, asimismo, pone en cuestión los límites del principio de no autoincriminación, toda vez que se trata de casos en que el imputado es utilizado como un órgano de prueba.

Sin perjuicio de lo expresado en este tomo,¹⁴ esta materia será objeto nuevamente de análisis en el segundo volumen de

¹⁴ Vid. VII.B.6.1.

esta obra a propósito de las prohibiciones probatorias, razón por la cual nos limitaremos aquí a consignar la existencia del problema. A modo de adelanto, no obstante, nos parece criticable que el reconocimiento de validez al consentimiento del imputado no venga asociado a mecanismos de resguardo en relación con las condiciones en que dicho consentimiento es otorgado, como serían, por ejemplo, un deber de información previa en torno a los alcances autoincriminatorios que el consentimiento conlleva para quien lo presta y al derecho del imputado a no prestar dicho consentimiento. La inexistencia de estos resguardos hace prácticamente ilusoria la posibilidad de que el imputado se resista al requerimiento para la práctica de estas medidas, cuya naturaleza compulsiva es intrínseca en cuanto proviene de los órganos de persecución penal del Estado.

3. Registro de vestimentas, equipaje o vehículo

Siempre en materia de medidas intrusivas, la Ley 19.789 amplía las facultades policiales para practicar el registro de vestimentas, equipaje o vehículo sin autorización del afectado ni autorización judicial previa a casos en que el afectado no se encuentra detenido y la situación no cabe, por tanto, en la hipótesis general del art. 89 CPP.

Así, la autorización legal para la práctica de este tipo de registros se extiende ahora al procedimiento de control de identidad, conforme a lo previsto por el nuevo inciso 2º del art. 85 CPP (inciso sustituido por el Nº 4.b del artículo único de la Ley 19.789) y a la situación de la persona que ha de ser citada en caso de flagrancia, conforme a lo dispuesto por el nuevo inciso 2º del art. 134 CPP (inciso sustituido por el Nº 6.b del artículo único de la Ley 19.789).

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 este 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, 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.

4. Toma de huellas digitales

Otra modificación referente a medidas intrusivas que contiene la Ley 19.789 está incorporada en el N° 4.b de su artículo único, y consiste en la sustitución de una propuesta normativa que establecía la autorización escrita del individuo para la toma de huellas digitales como una *opción* del mismo a cambio de la cual obtenía su inmediata libertad en el procedimiento de control de detención, por una nueva norma que *autoriza directamente a la policía para tomar huellas digitales*, en el evento de imposibilidad de lograr la identificación por otros medios.

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.

5. *Entrada y registro en lugares cerrados*

Finalmente, en materia de medidas intrusivas, el N° 9 del artículo único de la Ley 19.789 sustituye el inciso 1° del art. 212 CPP modificando el procedimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugares cerrados, en cuanto se faculta al juez de garantía para autorizar la omisión del trámite de notificar al dueño o encargado del lugar e invitarlo a presenciar el acto, cuando existieren antecedentes que hicieren temer que ello pudiere frustrar el éxito de la diligencia.

La preocupación por el retardo que la notificación de la medida al dueño o encargado del lugar de detención pueda provocar en el éxito de la misma resulta sin duda justificada, pero es dudoso que la solución legislativa propuesta permita resolver los problemas que se puedan haber generado en esta materia. Al parecer, las dificultades que la norma original ha ocasionado en la práctica de estas diligencias es a causa de una interpretación demasiado formalista de lo que debe entenderse por notificación para estos efectos. Según nuestro parecer, el simple anuncio de la presencia policial y de sus facultades puede ser considerado preámbulo suficiente a la ejecución de la medida, lo cual evita conceder a los afectados tiempo suficiente para frustrar el éxito de la diligencia.

6. *Medidas cautelares*

Las modificaciones más relevantes que la Ley 19.789 introduce al sistema de las medidas cautelares del CPP están referidas, sin lugar a dudas, a las graves infracciones infligidas al principio de proporcionalidad.

Estas modificaciones pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

1.- *Control de identidad*

En esta obra, hemos estudiado el control de identidad como uno de los procedimientos que pueden dar lugar a la medida cautelar de la detención.

La Ley 19.789 amplía las facultades policiales para controlar la identidad de una persona, al permitir introducir en su N° 4

diversas modificaciones al art. 85 CPP, entre las cuales destaca la habilitación para que se utilice este mecanismo ante el indicio de que la persona hubiere cometido o intentado cometer una *falta*, o que pudiere suministrar informaciones útiles para la investigación de una *falta*. Esto se logra por la vía de sustituir las expresiones “crimen o simple delito”, las dos veces en que aparecía mencionada en el inciso 1º del art. 85 CPP, por la expresión “crimen, simple delito o falta” (Nº 4 del artículo único de la Ley 19.789).

Sin embargo, no son sólo las hipótesis que habilitan el control de identidad las que se amplían, sino también las facultades de la policía para actuar dentro de este procedimiento.

Entre estas facultades destaca el nuevo inciso 2º del art. 85 CPP (sustituido por el Nº 4.b del artículo único de la Ley 19.789), conforme al cual, durante el procedimiento de control de identidad, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, modificación a la cual nos hemos referido ya anteriormente.

Por su parte, el nuevo inciso tercero del artículo 85 CPP contiene dos novedades respecto del inciso que sustituye (Nº 4.b artículo único Ley 19.789). La primera es la declaración, aparentemente innecesaria, de que el individuo sometido a control de identidad y conducido a la unidad policial más cercana para ese fin, debe ser dejado en libertad una vez que se ha obtenido dicha identificación. La segunda, sin duda más compleja, es la que autoriza directamente a la policía para tomar huellas digitales en el evento de que el individuo no pudiere acreditar su identidad de otro modo, problema al que nos hemos referido también anteriormente.

El nuevo inciso 4º del art. 85 declara que el abuso en el ejercicio de las facultades policiales de control de identidad “podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal” que sanciona con suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa al empleado público que desempeñando un acto del servicio, cometiere alguna vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos innecesarios para el desempeño del servicio respectivo. La declaración resulta, desde luego, innecesaria, pero refleja una preferencia por las responsabilidades ulteriores como mecanismo de protección de garantías que se antepone a la opción por el

control previo, lo que resulta sumamente cuestionable en la perspectiva de lograr una protección efectiva.

Finalmente, el nuevo inciso 4º del art. 85 aumenta de cuatro a seis horas el plazo máximo para los procedimientos de control de identidad.

Sobre el fundamento de estas modificaciones, nos hemos referido *in extenso* en la primera parte de esta *Addenda*. En ella se efectúa una evaluación crítica de los aspectos que consideramos centrales de esta primera reforma legislativa al nuevo ordenamiento procesal penal.

2.- *Citación*

En esta obra afirmamos que la citación, más que una medida cautelar, constituía por el contrario un límite impuesto por el legislador para la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad, que operaba excluyendo la posibilidad de imposición de dichas medidas cuando la imputación se refiriera a hechos de poca gravedad, y cuya única excepción era el arresto por falta de comparecencia. Las modificaciones introducidas por la Ley 19.789 en esta materia tienen claramente por objeto reducir los alcances de este límite, ampliando la posibilidad de que las medidas privativas de libertad se apliquen a las faltas y a los delitos de menor gravedad.

Para lograr este efecto, el nuevo texto del art. 124 CPP sustrae del ámbito de la citación los casos en que la imputación se refiriere a *delitos que la ley sancionare con penas que no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo*. Lo anterior resulta sumamente grave porque significa que, en esta materia, el nuevo CPP aplica un criterio menos restrictivo que el del CdPP de 1906, cuyo artículo 247 Nº 3 permitía –en principio– exclusivamente la citación para los delitos de esta gravedad.

Pero 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 4º 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 4º 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 las 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 3º 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^{os} 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233, 495 N^o 21, y 496, N^{os} 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.

C. DIFUSIÓN DE DERECHOS

En la que es, con seguridad, la modificación menos conflictiva, el N° 7 del artículo único de la Ley 19.789 sustituye el artículo 137 CPP, ampliando el deber de difusión de los derechos de las víctimas y de los detenidos al ordenar que el cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas y de los detenidos se exhiba en un lugar destacado y claramente visible al público “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”. Recordemos que anteriormente este deber existía sólo con respecto a los “recintos de detención policial y casas de detención”, respecto de los cuales el deber se mantiene, aunque restringido al cartel que consigna los derechos del detenido.

La nueva norma libera al ministerio público de la obligación de determinar el texto y formato de estos carteles y la traspasa al Ministerio de Justicia.

D. PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Profundizando el objetivo político-criminal de dar satisfacción a los intereses de la víctima se impone al ministerio público la obligación de *promover*, durante el curso del procedimiento, acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Se advierte que “este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima”.

Esta norma tiene su fundamento en la reticencia mostrada por el ministerio público a promover tales acuerdos o facilitar la reparación de la víctima a través de ciertos mecanismos procesales por entender que su función no es la de constituirse en abogado de las víctimas.

E. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Finalmente, el N° 10 del artículo único de la Ley 19.789 agrega un nuevo artículo 393 bis, a través del cual se establece el inicio inmediato del procedimiento simplificado en caso de falta o simple delito flagrante.

Establece esta disposición que “tratándose de una persona sorprendida *in fraganti* cometiendo una falta o un simple delito de aquellos a que da lugar este procedimiento, el fiscal podrá 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, de forma verbal, el requerimiento a que se refiere el artículo 391, y proceder de inmediato conforme a lo dispuesto en este Título”.

BIBLIOGRAFIA

- ALBRECHT, A., *Kriminologie: ein Studienbuch*, Beck, München, 1999.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- ANDRES IBÁÑEZ, P., “El ministerio fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso”, en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta Epoca, Conosur, Santiago, 1993.
- ANDRES IBÁÑEZ, P., y otros, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990.
- ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- *La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal*, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/A, Editores del Puerto.
- ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Estudios Trivium, Madrid, 1991.
- AYA GOÑI y otros, “El ministerio fiscal”, en *Revista de Derecho Judicial* N^o 8, 1961.
- BAJO FERNANDEZ, M., “Protección del honor y de la intimidad”, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid, 1982.
- BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, J. M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1992.
- BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de J. Gutiérrez y E. García Méndez, Siglo XXI, México, 1985.
- BARONA VILAR, *Prisión previsional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- BARROS BOURIE, E., *Curso de derecho de obligaciones: responsabilidad extracontractual*, Apuntes de Diplomado, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2001.

- BARTON, S., *Mindeststandards der Strafverteidigung*, 1994.
- BASCUÑAN R., A., *Los principios generales del nuevo procedimiento penal*, artículo mecanografiado, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2000.
- *La intimidad de las telecomunicaciones*, texto inédito, Facultad de Derecho de la U. de Chile, 1996.
- *¿Qué debemos castigar para proteger adecuadamente la intimidad?*, Apuntes de clases, Facultad de Derecho, U. de Chile, 1995.
- BERGALLI, R. y otros, *El pensamiento criminológico*, tomo II (*Estado y control*), Temis, Bogotá, 1983.
- BIERBAUER, FALKE, KOCH, "Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisziplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedmannsinstitution", en Bierbauer y otros (Ed.) *Zugang zum Recht*, 1978.
- BINDER, A., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- *Justicia Penal y estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- "Comentario acerca del Proyecto de Ley sobre Ministerio Público", en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL N° 1, 1990-1993.
- BOFILL GENZCH, J., "Die Strafprozessreform in Chile: ein Sprung in die Gegenwart", en GOSEL/TRIFFTERER (Eds.) *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.
- "Garantías constitucionales y proceso penal", en *Gaceta Jurídica* N° 146, 1992.
- BOTTKE, W., "Polizeiliche Ermittlungsarbeit und Legalitätsprinzip", en *Meyer Gedächtnisschrift*, 1990.
- BOVINO, A., "El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina", en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998, Buenos Aires.
- BUSTOS, J., *Manual de derecho penal*. Parte especial, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.
- *Manual de derecho penal*. Parte general, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1987.
- BUSTOS, J. y LARRAURI, E., *Victimología: presente y futuro* (Hacia un sistema penal de alternativas), PPU, Barcelona, 1993.
- BUTRON BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.
- CARDENAS, J., "La víctima en el proceso penal" en *Nueva doctrina penal*, vol. B, Buenos Aires, 1999.
- CAROCCA, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998.

- CAROCCA, A. y otros, *Nuevo proceso penal*, Editorial Conosur, Santiago, 2000.
- CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, traducción de J. Ortega y J. Guerrero, Parte general, vol. II, Temis, Bogotá, 1957.
- *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, traducción dirigida por Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- CASARINO VITERBO, M., *Manual de derecho procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- CLAMAN/NARK, "Discovery" en *American Criminal Law Review*, vol. 29, 1992.
- CLARIA OLMEDO, J., *Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- COBO, M. y VIVES, T., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1987.
- COHEN, S., *Visiones de control social*, traducción de Elena Larrauri, PPU, Barcelona, 1988.
- COLOMBO CAMPBELL, J., "Bases constitucionales del derecho procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 14, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1987.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS (ed.), *Los sistemas de defensa pública en Bolivia, Colombia y Perú* (Un análisis comparado), Ciedla, Lima, 1998.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso español", en *La reforma del proceso penal. II Congreso de derecho procesal de Castilla y León*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- CONSO, G., *Publico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bolonia, 1979.
- CORPORACION NACIONAL DE REPARACION Y RECONCILIACION, *Proceso penal y derechos fundamentales*, Santiago, 1994.
- CORREA SUTIL, J. (ed.), *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 2, serie Publicaciones Especiales, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1993.
- CURY, E., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I (2ª ed. actualizada), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- CHAHUAN, S., *Manual del nuevo procedimiento penal*, Conosur, Santiago, 2001.
- CHIESA, E., *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 3 vols., Editorial Forum, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- DAMASKA, M., *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (Análisis comparado del proceso legal), traducción de Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

- DARY, C., *El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya: una perspectiva histórico-cultural*, Flacso, Guatemala, 1997.
- DE LLERA SUAREZ, B., *Derecho procesal penal*, Manual para criminólogos y policías, Valencia, 2ª ed., 1997.
- DELMAS-MARTY, M. (Dir.), *Procesos penales en Europa* (Alemania, Inglaterra y Gales, Bélgica, Francia, Italia), traducción de Pablo Morenilla Allard, Edijus, Zaragoza, 2000.
- DELMAS-MARTY, M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, París, 1992.
- DENCKER, F., "Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht", *ZStW* N° 102, 1990.
- DENZEL, G., *Übermassverbot und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*, Heidelberg, 1969.
- DIEZ-PICAZO, L. M., *El poder de acusar. Ministerio Público y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.
- "Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial", en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 34, 1992.
- DUCE, M. y otros, *La reforma de la justicia penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, Serie Seminarios, Escuela de Derecho UDP, Santiago, 1998.
- DUCE, M. y GONZALEZ, F., "Policía y estado de derecho: problemas en torno a su función y organización", en *Policía y sociedad democrática*, *Revista Pena y Estado* N° 3, 1998.
- ETCHEBERRY, A., *Derecho penal*, 3 vols., 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- FABRI, M., "El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989", en *La implementación de la reforma penal*, CDJ/CPU-NCSC, Santiago, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.
- "Patteggiamenti e crisi della giurisdizione", en *Questione Giustizia* N° 2, 1989.
- FISCALIA NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO, *Reforma procesal penal*, Instrucciones generales N°s 1-25, septiembre-noviembre 2000, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- *Reforma procesal penal*, Instrucciones generales N°s 26-50, septiembre-noviembre 2000, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- FONTECILLA, R., *Tratado de derecho procesal penal*, 3 vols., Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 1978.
- *Derecho procesal penal*, Imprenta El Imparcial, Santiago, 1943.

- FRÜHLING, H., "Carabineros y consolidación democrática en Chile", en *Policía y sociedad democrática, Revista Pena y Estado* N° 3, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- GIMENO SENDRA, V. y otros, *Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 1997.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal*, t. II, 3ª ed., 1990.
- GOLDSTEIN, A., "La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos", en *Lecciones y ensayos* N° 40, Buenos Aires, 1988.
- GOLDSTEIN, H., *Problem-oriented policing*, Temple University Press, Philadelphia, 1990.
- GOMEZ COLOMER/GONZALEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal*, Castelló, 1997.
- GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1987.
- GONZALEZ, F. (Ed.), *Primer Congreso Nacional sobre la reforma del proceso penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39, serie Seminarios, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1998.
- GONZALEZ-CUELLAR, A., "El ministerio fiscal", en *Documentación Jurídica*, 45/46, 1985.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- GÖRGEN, *Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei*, 1973.
- GÖSSEL, K. H., "Reflexiones sobre la situación del ministerio público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía", en *Doctrina Penal* N° 16, 1981.
- "El ministerio público en el procedimiento penal", traducción de Annelies Krempf de Villanueva y Julio Maier, en *Doctrina Penal*, 1981.
- GROSSMAN, C. y otros, *Repertorio de jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 1980-1997*, Centro de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, Washington, 1998.
- GUARNIERI, C., *Pubblico Ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984.
- HARDING, C. y otros, *Criminal justice in Europe. A comparative study*, Clarendon Press Oxford, 1995.
- HASSEMER, W., *Crítica al derecho penal de hoy*, traducción de Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- HENDLER, E., *Sistemas procesales penales comparados* (Los sistemas nacionales europeos. Temas procesales comparados), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- *El derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos de América*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1992.
- HETHERINGTON, T., *Prosecution and the public interest*, Waterlow, London, 1989.
- HORVITZ LENNON, M. I., “Relaciones policía-ministerio público en el nuevo sistema procesal penal chileno. Desafíos y propuestas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVI, N° 1, Santiago, 1999.
- “Ministerio Público y selectividad”, en *Ministerio Público, Revista Pena y Estado*, año 2, N° 2, 1997.
- “La defensa penal pública en tres sistemas del derecho comparado: Estado de Wisconsin (USA), Francia y Costa Rica”, Consultoría encargada por CDJ/CPU, 1996.
- “La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo”, en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección de Estudios N° 1, Santiago, 1994.
- “Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: Tendencias del derecho comparado”, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL N° 2, Santiago, 1994.
- “Las medidas alternativas a la prisión”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 21, Escuela de Derecho de la UDP, Santiago, 1991.
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL (ed.), *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Buenos Aires, 1989.
- ISRAEL, J., KAMISAR, Y. y LaFAVE, W., *Criminal procedure and the Constitution* (Leading Supreme Court Cases and Introductory Text), West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995.
- JAEN, M., *La prueba en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- JIMENEZ M. A., “El proceso penal chileno y los derechos humanos”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico* N° 4, serie Publicaciones Especiales Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1994.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1951.
- JUNG, H., “Vers un nouveau modèle du procès pénal?”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1991.
- LESCH, H.-H., *Strafprozessrecht*, JA Studienskript 5, Luchterhand, Berlin, 1998 ó 1999.
- LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 219.

- LOPEZ ORTEGA, J., "La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- LOPEZ, O., *Derecho procesal penal chileno*, 2ª ed., EDIAR Editores Ltda., Santiago, 1983.
- LÖSING, N., "Seguridad interna y policía en Alemania", en *Justicia en la calle* (Ensayos sobre la policía en América Latina), Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996.
- LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, 3 Aufl., 1981.
- LYNCH, G.: "Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos", en *Nueva Doctrina Penal*, vol. A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- MAIER, J., AMBOS, K., y WOISCHNIK, J. (eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- MAIER, J., "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, N° 8 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- *Derecho Procesal Penal Argentino*, 2 vol., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- MAIER, J., y otros, *Juicio por jurados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- *Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos*, CPU, Santiago, 1993.
- *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MANZINI V., *Tratado de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952.
- MARIN, J. C., *Las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal chileno*. Apuntes de Diplomado, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2001.
- MEDINA, C., *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994.
- MEDINA, C. y MERA J. (eds.), "Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 6, Publicaciones Especiales, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1996.
- MEIER, W., *Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Zufallsfunden über Unbeteiligte und die von unbeteiligten Dritten herrühren bei Abhörmaßnahmen nach Paragraph 100 a StPO*, Tübingen, 1988.

- MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MONTERO AROCA, J. y ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, I, Parte general, Bosch, Barcelona, 1987.
- MORALES ROBLES, E., *Explicaciones de derecho procesal*, Santiago, 1987.
- MORENO CATENA, V. y otros, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- NOVOA, E., *Derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- NUÑEZ, R., *Derecho penal argentino*, t. II, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- OHLIN y REMINGTON, *Discretion in Criminal Justice (The tension between individualization and uniformity)*, State University of New York Press, 1993.
- ORDOÑEZ, J., *Justicia y pueblos indígenas*, Cideca, Guatemala, 1997.
- PAILLAS, E., *Derecho procesal penal*, v. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- *Derecho procesal penal*, v. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- PALMA, E., "La crítica liberal a la judicatura del crimen: España 1810-1812", en *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, Santiago, 2001.
- PEREIRA, H., *La protección procesal de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Universitaria, Santiago, 1990.
- PETERS, K., *Strafprozess*, 4 Aufl., 1985.
- PFEFFER, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- PICO I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997.
- PIERCE, F., *Los crímenes de los poderosos*, México, 1980.
- PIZZI, W., "Understanding prosecutorial discretion in the United States. The limits of comparative criminal procedure as an instrument of reform", en *Ohio State Law Journal*, vol. 54, N° 5, 1993.
- POLITOFF, S., *Derecho penal*, tomo I, Ed. Conosur, Santiago, 1997.
- POZO SILVA, N., *El cuerpo del delito en nuestra ley procesal penal*, Ediciones Contumacia, Santiago, 1984.

- PRIETO CASTRO, L. y GUTIERREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, 4ª ed. Tecnos, 1989.
- PRIETO CASTRO, L., "El Ministerio Fiscal en Europa", en *Temas de derecho actual y su práctica*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1979.
- QUEZADA, J., *El nuevo proceso penal chileno*, Conosur, Santiago, 1991.
- *Derecho procesal penal. Del Sumario*, EDIAR Conosur Ltda., Santiago, 1988.
- RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 1993.
- RESS, G., "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", en *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechts*, Heidelberg, 1985.
- RICHARDSON, J., "It's not easy being green: the scope of the fifth amendmen right to counsel", en *American Criminal Law Review*, vol. 31, 1993.
- RIEGO, C., "El proceso penal chileno y los derechos humanos. Aspectos jurídicos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 4, Publicaciones Especiales, Escuela de Derecho, UDP, Santiago.
- "La prisión durante el proceso penal en Chile", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 16, Escuela de Derecho, UDP, Santiago, 1990.
- RIVADENEIRA, R., y otros, *El ministerio público: para una nueva justicia criminal*, FPC/UDP/CPU, Santiago, 1994.
- RODRIGUEZ GARCIA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- RODRIGUEZ RAMOS, L., *Justicia penal. Comentarios de sentencias del tribunal constitucional y del tribunal supremo*, Akal/Iure, Madrid, 1990.
- ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- "El proceso penal y los medios de comunicación", en *Poder Judicial* N° 55, 1999.
- *Strafprozessrecht*, 15º ed., C. H. Beck, München, 1997.
- *Strafverfahrensrecht*, 23 Auflage, Beck, München, 1993.
- "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en SCHOCH, (H.) (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Fink, München, 1987.
- ROXIN, C., y otros, *El ministerio público y el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995.
- RUSCONI, M., "Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones", en *Policía y sociedad democrática*, *Revista Pena y Estado* N° 3, 1998.

- SAFFORD, J. y otros, *La implementación de la reforma procesal penal*, CDJ/CPU, Santiago, 1996.
- SANDOVAL, E., *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá, 1989.
- SANTANA VEGA, D. M., "Principio de oportunidad y sistema penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47 II, 1994.
- SCHULHOFER, S. y FRIEDMAN, D., "Rethinking indigent defense: promoting effective representation through consumer sovereignty and freedom of choice for all criminal defendants", en *American Criminal Law Review*, vol. 31 N° 1, 1993.
- SCHÜNEMANN, B., "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2001.
- "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IV N° 8 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- SESSAR, K., *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981.
- SWARD, E., "Values, ideology and the evolution of the adversary system", en *Indiana Law Journal*, vol. 64, 1988-1989.
- TARSKY, A., "La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica", en BUNGE, M., *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960.
- TAVOLARI, R., "Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno", en *El proceso en acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000.
- THESING (comp.), *Estado de derecho y democracia*, KA Stiftung, Ciedla, 1997.
- TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1984.
- TOMAS VALIENTE, F., *Manual de historia de derecho español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- *Manual de historia de derecho español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1980.
- VARGAS, J. E., CORREA, J., *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, CDJ/CPU, Santiago, 1995.
- VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986.
- VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- VELEZ MARICONDE, A., *Estudios de derecho procesal penal*, tomos I y II, Córdoba, 1956.
- VERDUGO/PFEFFER/NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, tomo II (2ª ed.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

- VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VILAS, C., *Derecho y Estado en una economía dependiente*. Eudeba, Buenos Aires, 1974.
- VIVES ANTON, T., "Doctrina constitucional y reforma penal", en *Poder Judicial*, número especial II.
- VIVES, T., *La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- WALKER, R. J., *The english legal system*, 6ª ed., Butterworths, London.
- WEIGEND, T., "Die reform des Strafverfahrens: europäische und deutsche Tendenzen und Probleme", en *ZStW* N° 104, 1992.
- *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, MPI Freiburg, 1990.
- "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren", en *ZStW* N° 96, 1984.
- WEILAND, B., *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, Jus Schriftenreihe, 2ª ed., Beck, München, 1996.
- WILLIAM, G. H., "Police discretion: a comparative perspective", en *Indiana Law Journal*, vol. 64, 1989.
- ZAFFARONI, E. R., "Dimensión política de un poder judicial democrático" en *Imágenes del control penal. El sistema penal y sus agencias*, Colección Jurídica y Social, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994.
- ZANDER, M., *A matter of justice (The legal system ferment)*, Tauris, London, 1988.

INDICE

<i>Agradecimientos</i>	7
<i>Abreviaturas usadas en este tomo</i>	9
<i>Prólogo</i>	11
<i>Prefacio</i>	15

I. EL NUEVO PROCESO PENAL

1. El origen del proceso de reforma de la justicia penal chilena ..	17
2. Fundamentos de legitimación del nuevo proceso penal	25

II. PRINCIPIOS Y GARANTIAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

A. INTRODUCCION	31
B. PANORAMA	34
C. ENUNCIACION	36
1. Principios de la persecución penal	36
1.1. Principio de oficialidad	36
1.1.1. Respecto al inicio del procedimiento	37
1.1.2. Respecto a la disponibilidad de la pretensión penal ..	40
1.2. Principios de investigación oficial y aportación de parte ..	41
1.3. Principio acusatorio	43
1.3.1. Distribución de las funciones de acusación y deci- sión	43
1.3.2. Distribución de las funciones de investigación y deci- sión	44
1.4. Principios de legalidad y oportunidad	46
1.4.1. Principio de legalidad	46
1.4.2. Principio de oportunidad	48
1.4.2.1. Criterios que tienden primordialmente a la descriminalización	49

1.4.2.2. Criterios que tienden primordialmente a la eficiencia del sistema	50
2. Garantías individuales ante la persecución penal	52
2.1. Garantías de la organización judicial	52
2.1.1. Derecho al juez independiente	53
2.1.2. Derecho al juez imparcial	55
2.1.2.1. Concentración de las funciones de investigar y decidir	55
2.1.2.2. Concentración de las funciones de acusar y decidir	61
2.1.3. Derecho al juez natural	62
2.2. Garantías generales del procedimiento	64
2.2.1. Derecho al juicio previo	64
2.2.1.1. Derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena	64
2.2.1.2. Derecho a un proceso previo legalmente tramitado	65
2.2.2. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable	72
2.2.3. Derecho de defensa	76
2.2.4. Derecho a la presunción de inocencia	78
2.2.4.1. La carga de la prueba corresponde al Estado	80
2.2.4.2. El imputado debe ser tratado como inocente	82
2.2.5. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple ..	87
2.3. Garantías del juicio	89
2.3.1. Derecho a juicio público	90
2.3.2. Derecho a juicio oral	93
2.3.2.1. El principio de inmediación	96
2.3.2.2. Los principios de continuidad y concentración	98
2.4. Límites formales al establecimiento de la verdad	99
D. PROTECCION DE GARANTIAS	100
1. Mecanismos generales preventivos para la protección de garantías	100
1.1. Autorización judicial previa	100
1.2. Cautela de garantías	101
2. Mecanismos generales correctivos para la protección de garantías	103
2.1. Nulidad procesal	103
2.2. Exclusión de prueba ilícita	103
2.3. Recurso de nulidad	103

III. SUJETOS PROCESALES

A. MINISTERIO PUBLICO	105
1. Orígenes, desarrollo y significación del ministerio público en el proceso penal	105
1.1. El ministerio público en los sistemas continentales europeos y del <i>common law</i>	105
1.2. El ministerio público en los procesos de reforma en Latinoamérica	118
2. Establecimiento y regulación del ministerio público en el ordenamiento jurídico chileno	120
2.1. Introducción	120
2.2. Bases constitucionales y legales de la organización del ministerio público	124
2.2.1. Ubicación institucional del ministerio público y relaciones con los demás poderes del Estado (control y responsabilidad)	124
2.2.1.1. Dependencia institucional del poder judicial	125
2.2.1.2. Dependencia institucional del poder legislativo	128
2.2.1.3. Dependencia institucional del poder ejecutivo	129
2.2.1.4. Autonomía institucional del ministerio público	132
2.2.1.4.a. El control político	134
2.2.1.4.b. El control procesal	135
2.2.1.4.c. El control jerárquico	136
2.2.1.4.d. El control ciudadano	138
2.2.2. Los principios organizacionales del ministerio público: unidad, jerarquía e independencia funcional	139
2.3. Bases constitucionales y legales del funcionamiento del ministerio público. Funciones y principios orientadores de la actividad del ministerio público	143
2.3.1. Funciones del ministerio público	143
2.3.1.1. Dirección exclusiva de la investigación de los delitos	143
2.3.1.2. Función de ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley	146
2.3.1.3. Función de dar protección a las víctimas y testigos	148
2.3.2. Principios orientadores de la actividad del ministerio público	149
2.3.2.1. Principios de oficialidad y de legalidad	150
2.3.2.2. Principio de objetividad	152

2.3.2.3.	Principio de eficiencia	155
2.3.2.4.	Principios de transparencia y probidad ...	157
2.3.2.5.	Principio de responsabilidad	160
2.3.2.5.a.	Responsabilidad penal	160
2.3.2.5.b.	Responsabilidad administrativa .	161
2.3.2.5.c.	Responsabilidad civil	162
2.4.	Estructura general del ministerio público chileno	163
2.4.1.	La Fiscalía Nacional	163
2.4.1.1.	El Fiscal Nacional	164
2.4.1.1.a.	Requisitos del cargo	164
2.4.1.1.b.	Nombramiento	165
2.4.1.1.c.	Atribuciones	166
2.4.1.2.	Las unidades administrativas de la Fiscalía Nacional	167
2.4.2.	El Consejo General	168
2.4.3.	Las fiscalías regionales	168
2.4.3.1.	Los fiscales regionales	168
2.4.3.1.a.	Requisitos del cargo	169
2.4.3.1.b.	Nombramiento	169
2.4.3.1.c.	Atribuciones	169
2.4.3.2.	Las unidades administrativas de las fiscalías regionales	170
2.4.4.	Las fiscalías locales	171
2.4.4.1.	Los fiscales adjuntos	171
2.4.4.1.a.	Requisitos del cargo	172
2.4.4.1.b.	Nombramiento	172
2.4.4.1.c.	Cesación en el cargo	173
B.	LA POLICIA	173
1.	Introducción	173
2.	Función, atribuciones y deberes de la policía en el nuevo proceso penal	175
2.1.	Auxiliar del ministerio público en las tareas de investigación	175
2.2.	Subordinación funcional al ministerio público y actuaciones autónomas	179
2.3.	Levantamiento, recogida, manejo y custodia de la evidencia hasta su presentación en el juicio oral. Cadena de custodia de la prueba	183
2.4.	Peligro de burocratización de la actividad policial	186
2.5.	Necesidad de control sobre la actividad policial	189
C.	LOS TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN LO PENAL	195
1.	Introducción	195
2.	Reglas procesales y orgánicas de los nuevos tribunales con competencia en lo criminal	200

2.1.	Los juzgados de garantía	200
2.1.1.	Número y clases	201
2.1.2.	Conformación y funcionamiento	201
2.1.3.	Competencia	202
2.1.3.1.	Competencia material	202
2.1.3.2.	Competencia territorial	204
2.1.4.	Agrupación y separación de investigaciones	206
2.1.5.	Causales de inhabilitación	207
2.2.	Los tribunales de juicio oral en lo penal	208
2.2.1.	Número de tribunales	208
2.2.2.	Integración y funcionamiento	208
2.2.2.1.	Reglas sobre los acuerdos	209
2.2.2.2.	Caso de diversas sentencias condenatorias en contra del mismo acusado	210
2.2.3.	Competencia	211
2.2.3.1.	Competencia material	211
2.2.3.2.	Competencia territorial	212
2.2.3.2.a.	Cuestiones de incompetencia ..	212
2.2.3.2.b.	Posibilidad de desplazamiento del tribunal	212
2.2.4.	Causales de inhabilitación de los jueces	213
2.3.	Las Cortes de Apelaciones	214
2.4.	La Corte Suprema	215
3.	La nueva organización y gestión administrativa de los tribuna- les con competencia en lo criminal	216
3.1.	Bases de la reforma organizacional	216
3.2.	Comité de jueces	218
3.2.1.	Integración	218
3.2.2.	Funciones	219
3.2.3.	El juez presidente	219
3.3.	El administrador del tribunal	220
3.4.	Las unidades administrativas	222
D.	EL IMPUTADO Y EL DEFENSOR	223
1.	Calidad de imputado	223
2.	Posición del imputado dentro del proceso	225
3.	Derecho de defensa	226
3.1.	El derecho de defensa material	228
3.1.1.	Derechos de información	229
3.1.2.	Derechos de intervención en el procedimiento ...	231
3.1.3.	Derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la perse- cución penal y el enjuiciamiento	233
3.1.3.1.	Incoercibilidad del imputado	234
3.1.3.2.	Prohibición de juzgamiento en ausencia ..	235
3.1.3.3.	Correlación entre imputación y fallo	236
3.1.3.4.	Prohibición de <i>reformatio in peius</i>	237

3.2. Derecho de defensa técnica	239
3.2.1. La autodefensa técnica	239
3.2.2. Designación y sustitución del defensor	241
3.2.3. Oportunidad procesal en que surge la obligación del Estado de proporcionar un defensor	243
3.2.4. Derechos y facultades del defensor	244
3.2.5. Renuncia y abandono de la defensa	246
3.2.6. Defensa de varios imputados en un mismo proceso ..	246
3.2.7. Sanciones	247
4. La defensa penal pública	248
4.1. Los sistemas del derecho comparado	250
4.2. El sistema adoptado en Chile: la Ley N° 19.718	255
4.3. Objeto, organización y funciones	257
4.3.1. La Defensoría Nacional	258
4.3.1.1. El Defensor Nacional	258
4.3.1.1.a. Requisitos para el cargo	259
4.3.1.1.b. Funciones y atribuciones	259
4.3.1.2. Las unidades administrativas	260
4.3.2. El Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública y los comités de adjudicación regionales	261
4.3.2.1. Funciones	261
4.3.2.2. Composición, duración e incompatibilidades	262
4.3.3. Las defensorías regionales	263
4.3.3.1. El defensor regional	264
4.3.3.1.a. Designación, requisitos, duración y cesación	264
4.3.3.1.b. Atribuciones	264
4.3.3.2. Las unidades administrativas	265
4.3.4. Las defensorías locales: los defensores locales	266
4.3.4.1. Requisitos para el cargo	267
4.3.4.2. Régimen de contratación y responsabilidades	267
4.4. Beneficiarios de la defensa penal pública	268
4.5. El sistema de licitaciones	269
4.5.1. Convocatoria y bases de licitación	271
4.5.2. Requisitos de postulación	271
4.5.3. Decisión de la licitación y reclamaciones	272
4.5.4. Deserción de la licitación	273
4.5.5. Contratos y garantías	274
4.5.6. Designación de los defensores-prestadores	274
4.5.7. Deberes de los prestadores	275
4.5.8. Responsabilidades de los prestadores	276
4.5.9. Controles y reclamaciones	277
4.5.9.1. Inspectorías	277
4.5.9.2. Auditorías externas	278

4.5.9.3. Informes	279
4.5.9.4. Reclamaciones	280
E. LA VICTIMA Y EL QUERELLANTE	281
1. Introducción	281
2. La víctima	284
2.1. La tendencia a la "privatización" del proceso penal	290
2.2. La función de control sobre el proceso penal por parte de la víctima	291
2.2.1. En relación al inicio del procedimiento	292
2.2.2. En relación a la dirección de la investigación	293
2.2.3. En relación con la suspensión condicional del procedimiento	293
2.2.4. En relación al cierre de la investigación	294
2.3. Concepto de víctima	298
2.3.1. Para los efectos de la ley procesal penal	298
2.3.2. El perjudicado civil	300
2.3.3. La colectividad como víctima	301
2.4. Derechos de la víctima	303
3. El querellante	304
3.1. Concepto	304
3.2. Clases de querellante	305
3.2.1. Querellante conjunto adhesivo	306
3.2.2. Querellante conjunto autónomo	307
3.2.3. Querellante privado	308
3.2.4. La regulación en el Código Procesal Penal	309

IV. DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO PENAL

1. Generalidades	311
2. Reglas supletorias	311
3. Plazos	312
4. Requerimientos, comunicaciones, notificaciones y citaciones ..	314
4.1. Requerimiento de información	314
4.2. Solicitudes entre tribunales	316
4.3. Notificaciones	316
4.3.1. Funcionarios habilitados para practicar las notificaciones	317
4.3.2. Forma de las notificaciones	317
4.3.2.1. Notificación personal	318
4.3.2.1.a. Primera notificación	318
4.3.2.1.b. Notificación al imputado privado de libertad	319
4.3.2.1.c. Notificación en audiencia	320

4.3.2.2.	Notificación por cédula	320
4.3.2.3.	Notificación por el estado diario	321
4.3.2.4.	Otras formas de notificación	322
4.4.	Comunicaciones del ministerio público	322
4.5.	Citaciones judiciales	323
4.6.	Citaciones del ministerio público	323
5.	Resoluciones y otras actuaciones judiciales	324
5.1.	Exigencia de fundamentación de las resoluciones judiciales	324
5.2.	Exigencia de inmediación en las resoluciones y actuaciones judiciales	325
5.3.	Plazos generales para dictar resoluciones judiciales	326
5.4.	Firma de las resoluciones judiciales	326
5.5.	Poder coercitivo	326
6.	Registro de las actuaciones judiciales	327
6.1.	Generalidades	328
6.2.	Clasificación	328
6.2.1.	Registro de actuaciones ante el juez de garantía ..	329
6.2.2.	Registro del juicio oral	329
6.3.	Conservación de los registros	330
6.4.	Publicidad de los registros	330
7.	Costas	331
7.1.	Regla general	331
7.2.	Excepciones	331
7.2.1.	Casos en que la condena en costas es obligatoria ..	331
7.2.2.	Casos en que procede la condena en costas, a menos que el tribunal exima total o parcialmente de ellas	331
7.2.3.	Casos de personas exentas del pago de costas	332

V. REGIMEN DE LA ACCION PENAL

Introducción	333
1. Acción penal pública	334
2. Acción penal pública previa instancia particular	335
2.1. Catálogo de delitos de acción penal pública previa instancia particular	335
2.2. Personas que pueden denunciar por el ofendido	336
3. Acción penal privada	336
4. Renuncia de la acción penal y efectos	337

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

1. Concepto	341
2. Clasificación	343
3. Requisitos	344

A. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	344
1. Generalidades	344
1.1. Concepto	344
1.2. Fundamento	345
1.3. El derecho fundamental afectado por las medidas cautelares personales	347
1.4. Principios	350
1.4.1. Principio de legalidad	350
1.4.2. Principio de jurisdiccionalidad	350
1.4.3. Principios de excepcionalidad e instrumentalidad	352
1.4.4. Principio de provisionalidad	352
1.4.5. Principio de proporcionalidad	353
1.5. Requisitos	354
1.6. Clasificación	355
2. La citación	356
2.1. Concepto	356
2.2. Naturaleza cautelar de la citación	357
2.3. Presupuestos de aplicación	358
2.4. Forma de la citación	358
2.5. Efectos de la procedencia de la citación	359
2.5.1. Determina la improcedencia de la detención sin citación previa	359
2.5.2. Determina la improcedencia absoluta de la prisión preventiva	360
2.5.3. Determina la improcedencia absoluta de las medidas cautelares generales	362
3. La detención	362
3.1. La detención en sentido amplio	362
3.2. La detención como medida cautelar personal	364
3.2.1. Detención imputativa	364
3.2.1.1. Detención judicial imputativa	365
3.2.1.1.a. Concepto	365
3.2.1.1.b. Supuestos de aplicación	365
3.2.1.1.c. Procedimiento	367
i. Despacho de la orden de detención	367
ii. Cumplimiento de la orden de detención por la policía	367
iii. Intimación legal de la orden	368
iv. Deber de información de garantías y derechos	368
v. Conducción del detenido ante el tribunal que hubiere ordenado la detención	370
3.2.1.2. Detención imputativa por funcionarios públicos	370

3.2.1.3.	Detención judicial en caso de flagrancia en la sala de despacho	372
3.2.1.3.a.	Concepto	372
3.2.1.3.b.	Procedimiento	372
3.2.1.4.	Detención particular o policial en caso de flagrancia	372
3.2.1.4.a.	Concepto	372
3.2.1.4.b.	Supuestos de aplicación	373
3.2.1.4.c.	Procedimiento	373
3.2.2.	Detención judicial por incomparecencia del imputado	376
3.2.2.1.	Concepto	376
3.2.2.2.	Supuestos de aplicación	376
3.2.2.3.	Procedimiento	377
3.2.2.3.a.	Citación judicial	377
3.2.2.3.b.	Despacho de la orden de detención	377
3.3.	La detención como medida ejecutiva	377
3.3.1.	Detención judicial para permitir la ejecución de la sentencia condenatoria	378
3.3.2.	Detención policial por quebrantamiento de condena y fuga	378
3.4.	La detención como medida tendiente a garantizar el cumplimiento de obligaciones legales	378
3.4.1.	Detención judicial por incomparecencia de testigos y peritos	379
3.4.1.1.	Concepto	379
3.4.1.2.	Supuestos de aplicación	379
3.4.1.3.	Procedimiento	379
3.4.2.	Detención para fines de identificación	380
3.5.	Duración de la detención	382
3.5.1.	Plazo de la detención por orden judicial	382
3.5.2.	Plazo de la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez	385
3.5.3.	Plazo de la detención sin orden judicial	386
3.6.	Control de la detención	387
3.6.1.	Audiencia de control de la detención	387
3.6.2.	Amparo ante el juez de garantía	388
4.	La prisión preventiva	389
4.1.	Concepto	389
4.2.	Fundamento	389
4.3.	El problema de la regulación constitucional	392
4.4.	Casos de improcedencia de la prisión preventiva	397
4.5.	Los requisitos de la prisión preventiva en Chile	400
4.5.1.	<i>Fumus boni iuris</i> (apariencia de buen derecho) ...	400
4.5.2.	<i>Periculum in mora</i> (peligro de retardo)	407

4.5.2.1. El peligro de obstaculización de la investigación	408
4.5.2.2. El peligro de fuga	409
4.5.2.3. El peligro para la seguridad de la sociedad ..	412
4.5.2.4. El peligro para la seguridad del ofendido ..	417
4.6. Procedimiento	417
4.6.1. Formalización de la investigación	417
4.6.2. Solicitud de parte	418
4.6.3. Audiencia	419
4.6.4. Resolución	419
4.6.5. Renovación de la discusión en torno a la procedencia de la medida	420
4.6.6. Impugnación de las resoluciones relativas a la prisión preventiva	421
4.7. Duración de la prisión preventiva	421
4.7.1. Inexistencia de un límite temporal absoluto	421
4.7.2. Formas de terminación de la prisión preventiva ..	422
4.7.2.1. Terminación natural	422
4.7.2.2. Revocación	423
4.7.2.3. Sustitución por una medida cautelar personal de carácter general	424
4.7.2.4. Reemplazo por una caución económica ..	424
4.8. Ejecución de la prisión preventiva	425
4.9. Estatuto jurídico del detenido o preso	427
4.9.1. Derecho a la información	427
4.9.2. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez ...	428
4.9.3. Derecho a ser juzgado sin demora o ser puesto en libertad	428
4.9.4. Derecho a la comunicación de la privación de libertad	429
4.9.5. Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado	430
4.9.6. Derecho a procurarse comodidades y ocupaciones ..	431
4.9.7. Derecho a recibir visitas y a comunicarse	431
4.9.8. Derecho a recurrir ante un tribunal para que examine la legalidad de la detención	432
4.9.9. Derecho a obtener reparación por la detención o prisión ilegal	433
5. Las medidas cautelares personales de carácter general	433
5.1. Concepto	433
5.2. Fundamento	434
5.3. Enumeración	435
5.4. Requisitos	436
5.5. Regulación	436

B. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES	437
1. Concepto	437
2. Fundamento	437
3. Reglamentación	438
4. Requisitos	439
5. Procedimiento	440
6. Efectos	441

VII. PROCEDIMIENTO ORDINARIO POR CRIMEN O SIMPLE DELITO DE ACCION PENAL PUBLICA

A. ETAPAS DEL NUEVO PROCESO PENAL	443
B. LA ETAPA DE INVESTIGACION	445
1. Bases del nuevo sistema de instrucción criminal	445
1.1. Introducción	445
1.2. Legalidad y oportunidad	448
1.3. Objetividad de las actuaciones del ministerio público	453
1.4. Desformalización de la investigación preparatoria y ausencia de valor probatorio de las actuaciones de la instrucción	453
1.5. Exigencia de proporcionalidad en la afectación de derechos fundamentales	458
1.6. Mecanismos de aceleración del procedimiento	463
1.7. Publicidad de la etapa de investigación preparatoria y de las actuaciones de investigación para los intervinientes del procedimiento. Situación de los terceros	467
2. Estructura general y objetivos de la instrucción	470
3. El inicio del procedimiento y de la etapa de investigación	471
3.1. Inicio de oficio por el ministerio público	472
3.2. Inicio del procedimiento por denuncia	473
3.2.1. Forma y contenido de la denuncia	474
3.2.2. Obligación de denuncia	475
3.2.3. Responsabilidad del denunciante	477
3.2.4. Facultades del denunciante en el procedimiento	477
3.2.5. Autodenuncia	478
3.3. Inicio del procedimiento por querrela	478
3.3.1. Oportunidad procesal de presentación, forma y contenido	479
3.3.2. Inadmisibilidad de la querrela	480
3.3.3. Prohibición de querrela	481
3.3.4. Consecuencias del rechazo de la querrela	481
3.3.5. Desistimiento de la querrela	481
3.3.6. Abandono de la querrela	482

3.4. Detención en casos de flagrancia como inicio del procedimiento	483
4. Deberes y facultades del ministerio público al inicio de la investigación	484
4.1. Actuaciones inmediatas	484
4.2. Facultad para no iniciar la investigación	485
4.3. Archivo provisional	486
4.4. Principio de oportunidad en sentido estricto	487
4.4.1. Fijación de los criterios de oportunidad	488
4.4.2. Trámite para su aplicación, controles y efectos penales	488
4.4.3. Efectos civiles	489
5. Actuaciones del ministerio público una vez iniciada la investigación. Investigación autónoma e investigación con control jurisdiccional	489
5.1. Actuaciones autónomas de investigación	490
5.2. Declaración del imputado ante el ministerio público y la policía	494
5.3. Proposición y asistencia a diligencias de investigación ...	497
5.4. La policía y sus relaciones con el ministerio público durante la investigación	499
5.4.1. Subordinación de la policía a las instrucciones del fiscal. Excepciones	499
5.4.2. Deber de información de la policía	501
5.4.3. Actuaciones de la policía que pueden ser realizadas sin orden judicial previa	502
5.4.4. Prohibición de informar	503
5.4.5. Ausencia de facultades disciplinarias del ministerio público sobre la policía	505
5.5. Control jurisdiccional de la investigación: intervención del juez de garantía	505
6. Diligencias de investigación limitativas de derechos	507
6.1. Exámenes corporales y médicos (intervenciones corporales)	507
6.2. Entrada y registro	512
6.2.1. Objeto de la medida	515
6.2.2. Lugares susceptibles de entrada y registro	515
6.2.3. Contenido de la orden judicial de registro	519
6.2.4. Procedimiento para la ejecución de la medida ...	519
6.3. Retención e incautación de correspondencia e interceptación de las comunicaciones	520
6.3.1. Retención e incautación de correspondencia y entrega de copias de comunicaciones	524
6.3.2. Interceptación de comunicaciones telefónicas ...	527
6.3.2.1. Casos en que procede y personas a quienes puede afectar	527

6.3.2.2.	Requisitos de procedencia (estándar de procedencia)	528
6.3.2.3.	Contenido de la orden de interceptación y duración	529
6.3.2.4.	Obligaciones de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones	530
6.3.2.5.	Registro de la interceptación	530
6.3.2.6.	Destino de comunicaciones no relacionadas con el hecho investigado, pero que pueden ser relevantes para otra investigación criminal	531
6.3.2.7.	Notificación al afectado por la interceptación	531
6.3.2.8.	Prohibición de utilización. Exclusión de prueba obtenida ilícitamente	532
6.3.3.	Obtención de fotografías, filmaciones u otros medios de reproducción de imágenes y grabaciones entre presentes	532
6.4.	Incautación de objetos y documentos	533
6.4.1.	Objeto de la medida	533
6.4.2.	Régimen de incautación	534
6.4.2.1.	Incautación de especies en <i>poder del imputado</i>	534
6.4.2.2.	Incautación de especies en <i>poder de terceros</i>	535
6.4.2.3.	Incautación de objetos y documentos <i>según el lugar en que se encuentren</i>	535
6.4.2.4.	Incautación de objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado	536
6.4.3.	Conservación de las especies recogidas e incautadas	536
6.4.4.	Reclamaciones o tercerías	537
6.4.5.	Inventario y custodia	538
6.4.6.	Objetos y documentos no sometidos a incautación	538
6.5.	Exhumación de cadáveres	539
7.	Formalización de la investigación	540
7.1.	Concepto	540
7.2.	Efectos	541
7.3.	Trámites previos a la audiencia de formalización	542
7.3.1.	Trámite respecto de imputado en libertad	542
7.3.2.	Situación del imputado detenido	542
7.4.	Audiencia de formalización de la investigación y solicitudes que pueden plantearse en ella por los intervinientes	543
7.4.1.	Medidas cautelares personales y reales y diligencias de investigación intrusivas	544
7.4.2.	Plazo judicial para el cierre de la investigación	545

7.4.3.	Juicio inmediato	546
7.4.4.	Declaración anticipada de testigos o peritos	547
7.4.5.	Procedimiento simplificado	549
7.4.6.	Suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios	550
7.4.7.	Declaración judicial del imputado	550
7.5.	Procedimiento de reclamación por formalización arbitraria	551
8.	Suspensión condicional del procedimiento	552
8.1.	Concepto	552
8.2.	Importancia político-criminal y casos en que procede ...	553
8.3.	Oportunidad procesal para efectuar la solicitud	554
8.4.	Forma de realizar la solicitud	555
8.5.	Actuaciones previas del ministerio público	555
8.6.	Requisitos de procedencia	556
8.7.	Acuerdo del imputado y defensa necesaria	557
8.8.	Rechazo o concesión de la suspensión condicional del procedimiento: papel del juez de garantía	559
8.8.1.	Rechazo de la solicitud de suspensión	559
8.8.2.	Concesión de la suspensión del procedimiento ...	560
8.8.2.1.	Fijación de las condiciones	560
8.8.2.2.	Papel del querellante	561
8.8.2.3.	Retractación del acuerdo prestado por el imputado	562
8.8.2.4.	Efectos	563
8.8.2.5.	Revocación	563
8.8.2.5.a.	La formalización de una nueva investigación contra el imputado	564
8.8.2.5.b.	El incumplimiento de las condiciones	565
8.8.2.5.c.	Efectos de la revocación	567
8.8.2.5.d.	Recursos	568
8.9.	Registro	568
9.	Los acuerdos reparatorios	568
9.1.	Concepto	568
9.2.	Fundamentos político-criminales	569
9.3.	Presupuestos	570
9.4.	Objeto	572
9.5.	Trámite para su aprobación	573
9.5.1.	Iniciativa	573
9.5.2.	Contenido	573
9.5.3.	Aprobación por el juez de garantía	574
9.6.	Rechazo del acuerdo reparatorio	574
9.7.	Efectos penales del acuerdo reparatorio	575
9.8.	Efectos civiles del acuerdo reparatorio	575
9.9.	Registro	576
10.	Conclusión de la investigación	577

10.1. Plazo para declarar el cierre de la investigación	577
10.2. Actuaciones que el fiscal puede realizar una vez declarado el cierre de la investigación	577
10.3. Reapertura de la investigación	578
10.3.1. Objeto y oportunidad procesal	578
10.3.2. Facultades del juez	579
10.3.3. Casos en que no procede la reapertura	579
10.3.4. Nuevo cierre de la investigación	579
10.4. Solicitud de sobreseimiento	580
10.4.1. Clasificación	580
10.4.1.1. Sobreseimiento definitivo	580
10.4.1.1.a. Limitaciones al sobreseimiento definitivo	581
10.4.1.1.b. Efectos	581
10.4.1.2. Solicitud de sobreseimiento temporal ..	581
10.4.1.2.a. Cuestiones prejudiciales civiles	582
10.4.1.2.b. Declaración de rebeldía	582
10.4.1.2.c. Enfermedad mental sobreviviente	583
10.4.2. Facultades del juez respecto de la solicitud de sobreseimiento	584
10.4.3. Recursos ante el sobreseimiento	584
10.5. Comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento	585
10.5.1. Efectos	586
10.5.2. ¿Posibilidad de reapertura en este caso?	587
10.6. Forzamiento de la acusación	588
10.7. Formulación de la acusación	589
<i>Addenda</i>	591
<i>Bibliografía</i>	611



