

Algunas de las claves del nuevo proceso penal



Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

Con arreglo a lo dispuesto en la Disposición 36^a Transitoria de la Constitución Política de la República, en el artículo 4^o Transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público y en el artículo 484 del Código Procesal Penal, el nuevo diseño orgánico y funcional del proceso penal chileno se haya en actual operación en las Regiones de Coquimbo, la Araucanía, Antofagasta, Atacama y Maule, y está próximo a regir en las Regiones de Valparaíso, del Bío Bío y Metropolitana de Santiago, en las que se ubican las grandes concentraciones urbanas de la nación. Así, en esta época, en que el nuevo sistema ha sido aplicado en la praxis, de modo que existen grados razonables de experiencia concreta, y en que deberá, en poco tiempo, rendir su examen definitivo en las grandes ciudades, parece especialmente propicio que el Consejo Editorial de la revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo haya optado por dedicar esta edición a un análisis profundo de la enorme mutación jurídica en que nuestro país está hoy inmerso.

En este trabajo hemos querido intentar un esfuerzo de detección de algunas de las transformaciones esenciales que la reforma procesal penal ha venido a introducir en nuestro medio jurídico, a objeto de exponerlas, describirlas y analizarlas, tanto en la perspectiva normativa, como en la faceta empírica.

II. En realidad, la reforma procesal penal es, parcialmente, una modificación indirecta del sistema de penas del ordenamiento criminal sustantivo

No es cierto afirmar que estemos en presencia de una reforma que se agote en el ámbito del proceso penal. Contrariamente, el Código Procesal Penal introduce un conjunto de instituciones que tienden a una alteración fundamental de la normal operación del sistema penal sustantivo, orientación que ha constituido un propósito explícito de sus autores. El Mensaje del Presidente de la República, con que se inició la tramitación legislati-

va, expresa que “el proyecto de Código constituye el núcleo básico de un nuevo modelo procesal penal que, a su vez, aspira a producir una importante transformación en el conjunto del sistema de justicia criminal”, agregando que “se busca cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales, hacia el funcionamiento del sistema penitenciario y, en general, respecto del conjunto de las actividades estatales que constituyen la respuesta represiva a la criminalidad”.

Esta última, esto es, la respuesta represiva a la criminalidad, involucra tanto un sistema sustantivo de sanciones, previsto en el Código Penal y en leyes especiales, como una estructura orgánica y funcional de orden procesal, dispuesta en el Código Procesal Penal. En mi opinión, una de las particularidades más notables de este último cuerpo legal consiste en que, por vías indirectas, se introduce en el ámbito de las normas sancionatorias sustantivas, alterando su operación normal. El sentido de esta alteración, unívoco, se advierte en el Mensaje: “La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y última ratio”.

Esta orientación de la reforma, en el sentido de intentar adscribirse a las máximas derivaciones de los principios de lesividad y última ratio, circunscribiendo limitativamente la aplicación de la sanción penal sólo a un “comportamiento para prevenir el cual exista una efectiva necesidad de la pena misma”,¹ se advierte claramente inserta en varias instituciones procesales excluyentes de la punición efectiva. En síntesis, los poderes colegisladores han modificado, de hecho, las instituciones penales sustantivas, por la ventana del Código Procesal Penal. Este mecanismo modificativo, enteramente lícito, es, no obstante, extraño entre nosotros, al menos en lo concerniente a crímenes y simples delitos cuyo conocimiento compete a los tribunales ordinarios. El Código Penal de 1875 y las leyes especiales establecen tipos criminales y penas, contemplándose medidas alternativas a su cumplimiento en la Ley N° 18.216. El Código de Procedimiento Penal de 1906 configura un sistema procesal destinado simplemente a la aplicación, en su caso, de la normativa penal sustantiva, y de las medidas alternativas, bajo el paradigma del principio de legalidad estricta, que obliga a la persecución de todo hecho aparentemente punible, así como a la imposición, si correspondiere, de la consecuencia jurídica punitiva prevista por la ley penal. A lo más, el artículo 505 contiene un sistema especial de punición para el evento de reiteración de ilícitos de una misma especie, apli-

¹ *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Silva Sánchez, Schünemann y De Figueiredo, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, página 142.

cable sólo en el caso de resultar más favorable al condenado que el sistema dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Veamos cuáles son estas instituciones procesales tan novedosas, cuya operación incide, en realidad, en la aplicación del ordenamiento penal sustantivo.

En primer lugar, el artículo 170 consagra la institución del principio de oportunidad, que consiste, en síntesis, en que el fiscal puede abstenerse de iniciar una investigación, o abandonar la investigación ya iniciada, en la medida que concurren los siguientes requisitos: a) que se trate de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público; b) que la pena mínima asignada al delito, esto es, el mínimo de la pena abstracta, no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo; c) que no se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; y d) que el fiscal emita una decisión motivada. En cuanto al procedimiento, el fiscal debe comunicar esta decisión al juez de garantía, quien, a su vez, la hará notificar a los intervinientes, si los hubiere. Después de la notificación, corre un plazo de 10 días. Dentro de éste, el juez de garantía, de oficio o a petición de cualquier interviniente, puede dejar sin efecto la decisión del fiscal, pero sólo en la medida que no concurren las condiciones objetivas mencionadas en las letras b) y c) precedentes. Adicionalmente, el juez de garantía dejará siempre sin efecto la decisión del fiscal si la víctima manifestare de cualquier modo su interés en la persecución penal. Vencido el plazo de 10 días o rechazada por el juez de garantía la reclamación respectiva, los intervinientes cuentan, adicionalmente, con un plazo de 10 días para reclamar de la decisión del fiscal, administrativamente, ante las autoridades superiores del ministerio público. Conociendo de esta reclamación, las autoridades superiores deberán verificar que la decisión del fiscal se ajuste a las políticas generales del ministerio público y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. En este orden, debe tenerse presente que, con arreglo al Instructivo N° 35 del Sr. fiscal Nacional, no puede aplicarse el principio de oportunidad a “los delitos que atenten contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud pública, el orden público económico o la vigencia del estado de derecho”.² Transcurrido este último plazo de 10 días sin reclamación o rechazada la reclamación administrativa, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare, abrogación que no afecta a la acción civil reparatoria.

² Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales N°s 26 a 50, Editorial Jurídica de Chile, página 185.

Así, en síntesis, cumplidas que sean ciertas condiciones objetivas, si no existiere interés de la víctima en la persecución, y tratándose, además, de ilícitos que no comprometan gravemente el interés público, cuestión esta cuya apreciación sólo compete al ministerio público, la simple decisión administrativa de éste implica la extinción de la acción penal, pese a la configuración plena del delito y de la participación punible, lo que es lo mismo que decir que queda sin aplicación la ley penal substantiva que haya incriminado la conducta ejecutada por el agente.

Es interesante consignar que durante la primera fase controlada de funcionamiento de la reforma procesal penal, la institución del principio de oportunidad ha sido aplicada en 9.225 casos, correspondientes al 17,5% del total de los ingresos; de aquéllos, 7.454 casos correspondieron a delitos de alcoholes, 774 a delitos contra la propiedad, 651 a lesiones, 12 a drogas, 5 a delitos sexuales, 3 a delitos contra la vida, 22 a delitos económicos y 304 a otros ilícitos.³

En segundo lugar, con arreglo a los artículos 237 y ss., el fiscal, con el acuerdo del imputado, puede solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento, en la medida que: a) la pena que pudiere imponerse al imputado, es decir, la pena concreta, susceptible de aplicación en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; b) el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; c) el defensor del imputado se encuentre presente en la audiencia en que se debata la petición de suspensión condicional y que el querellante que asista a ella sea oído por el juez de garantía; y d) el juez de garantía establezca en la resolución que se pronuncie acerca de la petición, las condiciones a que deberá someterse el imputado por lapso que no será inferior a 1 año ni superior a 3 años. Estas condiciones, artículo 238, serán una o más de las siguientes: d.1) residir o no residir en un lugar determinado; d.2) abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; d.3) someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; d.4) tener o ejercer un trabajo, profesión u oficio, o asistir a un programa educacional o de capacitación; d.5) pagar una suma a la víctima a título de indemnización de perjuicios, o garantizar su pago; puede autorizarse el pago en cuotas o en un plazo que no exceda del de suspensión; d.6) acudir periódicamente ante el fiscal, y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas; y d.7) fijar domicilio e informar al fiscal de cualquier cambio del mismo.

³ *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, páginas 22 y 23.

La resolución que se pronuncie acerca de la petición, positiva o negativamente, es apelable por: a) el imputado; b) el fiscal; y c) el querellante.

Los efectos de la resolución que concede la suspensión condicional son los siguientes, conforme a los artículos 237 y 240: a) impone al imputado la carga de cumplir con las condiciones impuestas por el juez de garantía en la resolución respectiva; b) no se reanuda el curso de la prescripción de la acción penal, que permanece interrumpida; c) se suspende el plazo previsto para el cierre de la investigación; y d) no obsta a la interposición y curso de la acción civil reparatoria, pero si la víctima recibiere pagos en virtud de alguna condición impuesta, ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que corresponda.

En cuanto a la oportunidad, conforme al artículo 245, la suspensión condicional del procedimiento puede ser pedida y decretada: a) en la audiencia de formalización de la investigación; b) en cualquier momento durante la etapa de investigación; y c) en la audiencia de preparación del juicio oral.

La suspensión condicional puede revocarse por el juez de garantía, al tenor del artículo 239, en la medida que concurren los siguientes requisitos: a) petición del fiscal o de la víctima; y b) concurrencia de alguno de los siguientes eventos alternativos: b.1) incumplimiento injustificado, grave y reiterado de las condiciones impuestas; o b.2) si el imputado es objeto de una nueva formalización de investigación, por hechos distintos. La decisión judicial que recaiga en la solicitud de revocación es apelable.

De acuerdo al artículo 240, el transcurso del plazo de suspensión condicional, sin que ésta hubiere sido revocada, implica, de derecho, la extinción de la acción penal, debiendo dictarse por el juez de garantía, de oficio o a petición de interviniente, el sobreseimiento definitivo.

Así, en síntesis, en lo que concierne a esta institución, tratándose de ilícitos en que la pena concreta que pudiere imponerse al imputado no excediere de tres años de privación de libertad, y siempre que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, esto es, fuere primerizo, el fiscal y el imputado pueden acordar la suspensión de la persecución penal y la paralela sujeción de éste a ciertas condiciones gravosas, en términos tales que, corrido el plazo de la suspensión sin que ésta hubiere sido revocada, queda, ipso jure, extinguida la acción penal.

Otra vez, entonces, por la vía de un mecanismo procesal, se abroga la aplicación de la consecuencia jurídica punitiva prevista por el ordenamiento penal sustantivo.

Debe considerarse que con arreglo a los mismos datos estadísticos antes referidos, durante la primera fase controlada de funcionamiento de la reforma procesal penal, la institución de la suspensión condicional del procedimiento sólo ha sido aplicada en 291 casos, correspondientes al 0,6% del total de los ingresos; de aquéllos, 58 casos correspondieron a delitos de alcoholes, 89 a delitos contra la propiedad, 88 a lesiones, 7 a drogas, 7 a delitos sexuales, 2 a delitos contra la vida, 2 a delitos económicos y 38 a otros ilícitos.⁴

En tercer lugar, conforme a los artículos 241 y siguientes, el imputado y la víctima pueden consentir en un acuerdo que implique algún grado de reparación para ésta, en la medida que se cumpla con los siguientes requisitos: a) que los concurrentes hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos; b) que se trate de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, de lesiones menos graves o de delitos culposos; c) que no exista un interés público prevalente en la persecución penal, situación que se entenderá concurrente si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en el caso particular; y d) que el acuerdo reparatorio sea aprobado por el juez de garantía, quien sólo puede rechazar el acuerdo, de oficio o a petición del fiscal, en evento de inconcurrencia de los requisitos precedentemente señalados. En cuanto a la oportunidad, conforme al artículo 245, el acuerdo reparatorio puede ser concretado: a) en la audiencia de formalización de la investigación; b) en cualquier momento durante la etapa de investigación; y c) en la audiencia de preparación del juicio oral. En lo pertinente al procedimiento, debe arribarse a un acuerdo entre el imputado y la víctima, el cual debe ser presentado ante el juez de garantía, quien citará a una audiencia para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y oír a los intervinientes; la aprobación, en su caso, debe prestarse por el juez de garantía en la misma audiencia, debiendo dictarse conjuntamente el sobreseimiento definitivo, resolución que es apelable. De acuerdo al artículo 242, el sobreseimiento definitivo extingue la responsabilidad penal del imputado respecto del hecho de que se trate.

Otra vez, entonces, por medio de la operación de una institución de carácter procesal, se abroga la aplicación de la consecuencia jurídica punitiva dispuesta por el ordenamiento penal sustantivo.

En la praxis, los acuerdos reparatorios han presentado escasa aplicación. Tomando en cuenta las estadísticas precedentemente aludidas, en la primera fase controlada de funcionamiento de la reforma procesal penal, sólo

⁴ *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, páginas 22 y 23.

han tenido lugar en 167 casos, equivalentes al 0,3% del total de los ingresos; de aquéllos, 1 caso correspondió a delitos de alcoholes, 72 a delitos contra la propiedad, 74 a lesiones, 2 a delitos contra la vida, 14 a delitos económicos y 4 a otros ilícitos.⁵

Y, en cuarto lugar, debe tenerse presente que el Título I del Libro V, artículos 388 y ss., establece el denominado procedimiento simplificado. Originalmente previsto para el conocimiento y fallo de las faltas, el Poder Legislativo decidió extenderlo a los simples delitos para los que el fiscal requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, de modo que su aplicación debiera presentar una extensión bastante masiva; de hecho, en el mismo período estudiado de la primera fase de la reforma, fue aplicado a 4.434 casos, correspondientes al 7,6% del total de los ingresos. Pues bien, este procedimiento contempla dos mecanismos incidentes en la materia de que venimos tratando.

Primero, conforme a lo dispuesto en el artículo 395, en la audiencia de estilo ante el juez de garantía, éste debe preguntar al imputado acerca de si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, o si, por el contrario, solicita la realización del juicio oral; en evento de admisión de responsabilidad, la regla general es que “el juez aplicará únicamente pena de multa”. Se trata, ésta, de una regla legal muy curiosa, porque, en síntesis, conforme al criterio que ha observado la jurisprudencia de la Corte Suprema, entrega al imputado, bajo condición de admisión de responsabilidad, la posibilidad jurídica de hacerse sujeto pasivo de una pena que puede ser distinta, mucho menos gravosa, a la prevista por el ordenamiento penal substantivo; recuérdese que tratándose de simples delitos lo normal es que ésta consista en presidio o reclusión menor.

Y, segundo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 398, el juez de garantía, al dictar sentencia condenatoria, si “concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado”, supuesto enteramente discrecional, puede dictar el fallo y disponer en éste la suspensión de la pena por el lapso de seis meses, en términos tales que, transcurrido éste sin que el imputado sea objeto de nuevo requerimiento en procedimiento simplificado o de formalización de investigación en procedimiento ordinario, “el tribunal dejará sin efecto la sentencia, y en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”.

Así, en resumen, tratándose del procedimiento simplificado, aplicable no sólo a faltas, sino también a simples delitos para los que el fiscal requiera la

⁵ *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, páginas 22 y 23.

imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, la reforma ha dispuesto dos mecanismos procesales especiales, uno destinado a la alteración de la pena prevista en el ordenamiento penal sustantivo, y otro destinado a la abrogación de la pena, de manera que, también por la ventana del Código Procesal Penal se torna ineficaz la incriminación sustantiva del Código Penal.

En mi opinión, desde la perspectiva de la política punitiva estatal, la circunstancia que los Poderes Colegisladores hayan decidido alterar el régimen penal sustantivo por la vía de una modificación de la regulación adjetiva del proceso penal, esto es, a través de mecanismos indirectos y reflejos, es, quizás, una de las claves más importantes de la reforma procesal penal, cuyos alcances deben comprenderse acabadamente, porque implica consecuencias tremendamente relevantes en la realidad jurídica concreta del tratamiento de la criminalidad, constatación que no es dudosa. Otra cosa es la cuestión de mérito o demérito, que es, desde luego, opinable. Es evidente que la reforma se ha inspirado en el principio de extrema ratio en la imposición de la pena, y a ese efecto, ha contemplado varios mecanismos procesales destinados a abrogar la imposición efectiva de la pena, particularmente respecto de delitos de gravedad aparentemente menor, cometidos por delincuentes primerizos, siguiendo tendencias que son muy propias de las vertientes europeas continentales. Se camina, por cierto, en direcciones enteramente opuestas a las que se sugieren en otros lugares, como en el Estado de Nueva York, en que se privilegia la sanción efectiva del delincuente primerizo que incurre en delitos de gravedad aparentemente menor, porque, de esta manera, se dice y se prueba con resultados empíricos, puede impedirse que el agente aumente la intensidad criminosa de sus conductas futuras. Veremos, en la praxis, si la decisión legislativa ha sido, o no, la adecuada al estado actual de la sociedad chilena y a la peligrosidad de su delincuencia cotidiana, que incide en delitos contra la propiedad en 40%, de alcoholes en 34%, de lesiones en 15%, económicos en 2,4%, sexuales en 1,2%, de drogas en 0,5%, contra la vida en 0,4% y en otros ilícitos en 6%.⁶

III. La política criminal se mantiene ausente, híbrida y difusa

En el sistema procesal penal del Código de 1906, en rigor, no existía una política criminal del Estado, si por ésta se entiende no sólo un diseño normativo descriptivo de conductas típicas y de penas asociadas a su ejecu-

⁶ Porcentajes aproximados obtenidos de datos de ingresos de los primeros nueve meses de funcionamiento de la reforma procesal penal. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, pág. 20.



ción, ésta judicialmente constatada, operable bajo los rígidos cánones del principio de legalidad estricta, sino un complejo institucional en que hay lugar a espacios relativamente discrecionales que admiten que los agentes estatales puedan adoptar decisiones de gestión que les permitan enfocar la respuesta represiva a ciertas áreas de especial lesividad e intensificarla o disminuirla en función de particularidades sociales concretas. En efecto, en el sistema antiguo, al menos en su marco teórico, son escasísimos los espacios discrecionales. Ocurrido un hecho aparentemente punible, la ley procesal impone la investigación, y, en su caso, la persecución penal y la pena. La discrecionalidad, siempre parcial, se advierte sólo en la exclusión de la libertad provisional, en la fijación precisa de la extensión de la pena, en el otorgamiento de medidas alternativas al cumplimiento de la pena y de beneficios tales como la libertad condicional.

Así, si en el ámbito del Código de 1906 pudiera hablarse de una política criminal, habría que decir que la esencia de ésta queda fijada por el Poder Legislativo por medio de normas legales incriminatorias de acciones y omisiones, y que ésta es de carácter rígido, en razón de su legalidad estricta, a lo que se añaden muy escasos espacios discrecionales, entregados, casi siempre, al Poder Judicial.

Respecto de este claro y rígido esquema, es menester anotar algunas derivaciones. Primero, un país que sigue este esquema rígido, en realidad, no tiene una política criminal propiamente tal, puesto que ésta carece de verdaderas alternativas de gestión orientada. Segundo, genera un círculo de difusión de responsabilidades, puesto que, frente a la crítica social, el Poder Ejecutivo siempre esgrime que aquéllas conciernen a los Poderes Legislativo y Judicial, y éste, por su parte, defiende todo resultado práctico de su operación con la invocación de la norma legal abstracta que le es obligatoria. Tercero, la utilización de los espacios discrecionales entregados a la magistratura termina siendo socialmente anárquica, puesto que el Poder Judicial, precisamente porque está destinado al juzgamiento de casos individuales, uno por uno, bajo el paradigma de la independencia de cada juez, carece de mecanismos destinados a la fijación de criterios relativamente uniformes de decisión en esos espacios, puesto que éstos no se acomodan a su diseño constitucional y legal; no es su función, por lo demás, el diseño de una política coherente de gestión criminal. Y, cuarto, en la medida que los nombramientos judiciales carecen de una directa legitimidad democrática, el diseño, que en teoría pudiera plantearse de una política judicial en estas materias, omitiría un sólido sustento de legitimidad institucional.

A lo que se acaba de decir debe agregarse que la legalidad estricta genera, en la práctica, vicios extranormativos, en razón de, por ejemplo, la incapa-

cidad de hecho de los sistemas procesales de perseguir eficazmente la totalidad de las conductas punibles que se verifican en las sociedades, por carencia de suficientes recursos humanos y materiales. La no impunidad se transforma en un mito jurídico, en una especie de fetichismo legal. Datos estadísticos demuestran que aproximadamente un 40% de las conductas delictivas no son ni siquiera denunciadas, constituyendo lo que la doctrina llama una "cifra negra". Respecto de los ilícitos que sí son denunciados a la policía, ésta opera en los hechos como un mecanismo informal de selectividad de casos, recibiendo y cursando sólo un 70% de los ilícitos que le son denunciados. Finalmente, respecto de los hechos que arriban a los Tribunales de Justicia, cerca de un 70% de los sumarios son sobreesidos temporalmente, y un 20% termina sin resultados, por otras causas, de suerte que sólo un 10% de los casos realmente arriba al juzgamiento. En síntesis, sólo un 4,2% de la totalidad de los hechos aparentemente punibles son objeto de un juzgamiento penal verdadero.⁷ En síntesis, en la operación práctica del sistema del Código de 1906 operan, de hecho, discrecionalidades difusas, extranormativas, a cargo de la policía, y, en gran medida, de los actuarios en que los jueces del Crimen, en razón de imposibilidad de abocarse personalmente a los casos sometidos a su conocimiento teórico, delegan masivamente sus funciones jurisdiccionales.

Así, en el sistema antiguo, existen algunos espacios discrecionales normados, usualmente a cargo del Poder Judicial, utilizados, por ende, de modo relativamente anárquico, esto es, ajenos a pautas comunes, y existen, de hecho y en la praxis, otros espacios discrecionales extranormativos e irregulares, gestionados por la policía y los actuarios. En síntesis, cualquier cosa, menos una política criminal seria.

La verdad dicha, no es tanto lo que cambia en el nuevo proceso penal.

Las razones de fondo de la subsistencia de una política criminal, ausente en Chile, consisten en que la única manera de contar con una verdadera política criminal pasa por dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, pasa por entregar la responsabilidad de la investigación y de la persecución criminal al Poder Ejecutivo, puesto que éste, precisamente en razón de su legitimidad democrática directa y de su responsabilidad ante la opinión pública, así como en función de su esencia y expertizaje como gestor y administrador de políticas públicas, es el único órgano estatal capaz de diseñar y operar una política criminal coherente y flexible. Y, en segundo lugar, pasa por entregar amplios espacios de discrecionalidad al órgano gestor y administrador de la respuesta represiva a la criminalidad.

⁷ Datos obtenidos de estudios empíricos citados en *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Duce y Riego, Universidad Diego Portales, páginas 176 y 177.

El ejemplo concreto y de mayor envergadura rige en los Estados Unidos de América, en que, por una parte, los *United States attorney*, los *district attorney*, los *county attorney* y los *state attorney*, quedan claramente radicados en la rama ejecutiva del Gobierno,⁸ y, por la otra, gozan de gran discrecionalidad para decidir si se inicia o no una investigación, si se perseguirá formalmente un caso o no, si se entregará o no inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación, y para negociar cargos y penas.⁹ Algo de este sistema, aunque restrictivamente, se encuentra, también, en Francia, en que la autoridad máxima de la persecución penal es el Ministro de Justicia,¹⁰ pudiendo el Ministerio Fiscal decidir el archivo provisional en razón de oportunidad e incluso acudir, previamente, al mecanismo de la mediación, con arreglo a los artículos 31 y 41 del Código Procesal Penal.

En Chile, en cambio, la reforma procesal penal se encontró con una variedad de problemáticas que generó la imposibilidad de implantar entre nosotros un sistema que permitiera posibilitar una verdadera política criminal. Así, en primer lugar, los riesgos, reales por cierto en una cultura como la nuestra, de politización de la persecución penal, tanto en cuanto ésta pudiera orientarse, en los hechos, a la caza dirigida de los enemigos del Poder Ejecutivo, como en cuanto pudiera abstenerse de la investigación y seguimiento de las conductas punibles de sus propias autoridades, llevaron a descartar desde muy temprano la eventualidad del posicionamiento del ministerio público bajo la autoridad del Presidente de la República. Relacionadamente, la decisión de confiar la investigación y el ejercicio y sostén de la acción penal a un ministerio público, autónomo conforme al artículo 80A de la Constitución Política de la República, pero carente de legitimidad democrática directa, condujo a la necesidad de diseñar espacios de discrecionalidad que, de un lado, son bastante restrictivos, y, de otro, usualmente se comparten entre los fiscales y el Poder Judicial. Por estas razones, no es mucho lo que ha cambiado en el nuevo sistema, de modo que nos mantenemos en un país que, en esencia, carece de una verdadera política criminal, en el concepto que de ésta hemos dado al iniciar la presente sección.

Con todo, según se acaba de decir, hay breves espacios de discrecionalidad, aunque restrictiva, cometida al ministerio público. Ya hemos tratado del principio de oportunidad, aplicable a algunas formas delictivas, pero

⁸ *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Hendler, Editorial Ad Hoc, páginas 160 y 162.

⁹ *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Duce y Riego, Universidad Diego Portales, página 182.

¹⁰ Una descripción sintética puede encontrarse en *Procesos Penales de Europa*, Association De Recherches Pénales Européennes, Editorial Edijus, 2000, página 268.

es curioso que la reforma sea tan tenue que basta la reclamación de la víctima, esto es, la apreciación de un interés particular, para que la persecución deba de todos modos ejecutarse. Nos hemos referido, también, a la suspensión condicional del procedimiento, siendo de observar que, en este caso, juega un rol trascendental la decisión del Poder Judicial, según se ha visto. También nos hemos referido al acuerdo reparatorio, en que es esencial el consentimiento de víctima e imputado, pero en que el ministerio público puede invocar la prevalencia del interés público persecutorio, siendo también destacable que la decisión acerca de este punto quede entregada, en realidad, al Poder Judicial.

La facultad de archivo provisional, prevista en el artículo 167, para el evento de no aparecer antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, no es un ámbito de discrecionalidad, desde que se trata de una pauta objetiva, removible por lo demás por la víctima en virtud del artículo 169; se trata, en realidad, de un mecanismo de descongestión, destinado a evitar la actividad estatal inútil y el dispendio de recursos que ésta implica a la sociedad, como ocurre, en el sistema del Código de 1906, con la infinidad de casos sobreseídos temporalmente, que superan el 70% de los ingresos. La facultad de no iniciar investigación del artículo 168, controlable por el Poder Judicial, tampoco constituye un espacio de discrecionalidad, en cuanto sólo puede operar frente a la inexistencia de una calificación delictiva o ante la extinción de la responsabilidad penal; este mecanismo es, por lo demás, el mismo que ya se contiene en los artículos 102 y 107 del Código de 1906.

Una institución interesante, en esta óptica, puede encontrarse en el Procedimiento Abreviado, cuya aplicación depende, entre otros parámetros, conforme al artículo 406, de la entidad de la pena requerida, a su decisión, por el fiscal, pero la cuestión es relativa, desde que se ha entendido que si el juez de garantía estima aplicable una pena mayor a la requerida, no puede llevarse adelante la abreviación.

En síntesis, en mi opinión, nos mantenemos en un país que carece, en realidad, de una política criminal como la mencionada al inicio de este resumen, en que simplemente se han abierto ciertos espacios a un ministerio público autónomo, espacios que, empero, comparte con la víctima y con el Poder judicial. Es muy difícil que esta situación pueda variar entre nosotros hasta que no arribemos a elevaciones culturales que se ven bastante lejanas.

IV. El rol exclusivamente jurisdiccional de los tribunales de la justicia penal y la radicación de la responsabilidad de la investigación y persecución penal en el ministerio público

Se encuentra, en esto, sin duda, uno de los más destacables de los méritos de la reforma procesal penal, y, también, la más profunda de las alteraciones que ella ha implicado en nuestra cultura jurídica. Estaba internalizado entre nosotros, curiosamente, un sistema en que la magistratura investigaba, procesaba, acusaba, perseguía y juzgaba. Esto no sólo implicaba el juzgamiento del imputado por un tribunal usualmente convencido de la culpabilidad a la hora de la sentencia definitiva, esto es, un marco objetivo de parcialidad jurisdiccional, no sólo significaba un desequilibrio gravísimo para el encartado, desde que el juez es el dueño del proceso, sino que, además, trasuntaba un despropósito institucional extraordinario, porque el magistrado no sólo sentía sobre sí, en el sistema del Código de 1906, la responsabilidad de juzgar, que es la suya propia, sino, además, la responsabilidad de perseguir el crimen en el nombre del Estado. Si se revisan los titulares de los diarios de cualquier época, podrá advertirse la atribución expresa y permanente de la misión de persecución a los tribunales de justicia. Una violación en Alto Hospicio, una invasión de los llamados pueblos históricos en la Araucanía, un acto de corrupción de una autoridad pública, y la responsabilidad de la incriminación se hace recaer explícitamente, toda ella, en nuestros jueces. Es el sistema, tremendamente anómalo, en que nos acostumbramos a vivir. Es cierto que nuestros magistrados han demostrado grados importantes de sabiduría, para administrar esta anomalía institucional en la mejor forma posible,¹¹ pero nada de eso justificaba la disfunción.

Con arreglo al artículo 73 de la Constitución Política de la República, la facultad de conocer de las causas criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente al Poder Judicial, por medio de los jueces de garantía y de los tribunales de juicio oral en lo penal. Y, en coherencia, conforme al artículo 80A de la misma norma suprema, un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de ministerio público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, sin que pueda, en caso alguno, ejercer funciones jurisdiccionales.

En lo que hace a la etapa de investigación de delitos de acción penal pública, el estatuto del Código Procesal Penal respeta absolutamente los principios

¹¹ Rojas, Mario, "En la agonía del Código de Procedimiento Penal: Méritos, Deméritos y Home-naje", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 20, páginas 91 y ss.

constitucionales, puesto que es el ministerio público el órgano que define, con exclusividad decisoria, las actividades de esclarecimiento de los hechos. No le compete al juez de garantía la función de sugerir, ni menos ordenar, la realización de determinadas diligencias de investigación. Al tenor del artículo 183, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, pero el fiscal ordenará que se lleven a efecto sólo aquellas que estimare conducentes; la negativa del fiscal sólo es reclamable ante la autoridad superior del ministerio público. Por otro lado, conforme al inciso cuarto del artículo 98, si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la realización de diligencias de investigación, el juez de garantía podrá simplemente recomendar al ministerio público la realización de las mismas cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad. Sólo hay un caso en que el juez de garantía puede ordenar este tipo de diligencias: de acuerdo al artículo 257, después de cerrada la investigación y cuando el fiscal decidiera pedir el sobreseimiento o no perseverar en el procedimiento, debe pedir la citación a una audiencia judicial; en este evento, durante el lapso anterior a la audiencia y en ésta misma, los intervinientes pueden reiterar la solicitud de diligencias precisas y determinadas que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el ministerio público hubiere rechazado, en cuyo caso el juez de garantía puede ordenarle al fiscal que ejecute las diligencias en cuestión dentro del plazo que le fijará al efecto.

En lo que concierne a la prueba que habrá de rendirse en la audiencia del juicio oral, ésta, conforme al artículo 277, letra a), en relación con los artículos 259 letra f), 261 letra c), 263 letra c), 272 y 276, habrá de corresponder exclusivamente a los medios de acreditación que los intervinientes hayan oportunamente ofrecido y que el juez de garantía haya aceptado en el auto de apertura del juicio oral. Lo único que los jueces pueden hacer oficiosamente es, conforme al artículo 326, formular preguntas al acusado que haya consentido en prestar declaración, para el solo efecto de aclarar sus dichos precedentes, con arreglo al artículo 329, formular preguntas a los testigos y peritos, también con el único objeto de aclarar sus dichos previos, y, conforme al artículo 337, constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, pero manteniendo las formalidades propias del debate oral.

Nada más pueden hacer los jueces.

De todo esto se deriva que la responsabilidad exclusiva de la eficacia de la investigación y de la persecución criminal compete al ministerio público, que debe remover la presunción de inocencia de que, con arreglo al artí-

culo 4º, goza todo imputado, para obtener una sentencia condenatoria.

La exclusividad de esta grave responsabilidad, que pesa sólo sobre el ministerio público y que debe sobrellevar ante la opinión pública, se advierte, además, en otros parámetros. Los jueces, conforme, entre otras normas relacionadas, a los artículos 341 y 364 letra f), no pueden exceder el contenido de la acusación, no pueden condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella, de manera que el defecto de la acusación conduce estrictamente a la sentencia absolutoria, bajo la responsabilidad institucional de los fiscales.

V. La relevancia de la desjudicialización de la persecución penal en la operación práctica de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia, que el Código Procesal Penal reconoce al imputado en el artículo 4º, ha tenido en la historia jurídica una evolución compleja, que ha conducido a que incluso la época actual carezca de una precisa definición de su sentido, alcance e implicancias técnicas. Sus orígenes formales se encuentran en citas jurisprudenciales romanas, como aquella que recuerda Mittermaier: "*Quilibet praesumitur bonus donec contrarium probetur*". Sobre estas fuentes trabajaron los glosadores en la Edad Media. La Ordenanza Criminal Francesa de 1670, modelo del proceso penal inquisitivo, disponía que "todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos".

Pero estos orígenes remotos de la presunción de inocencia poco tienen que ver con su implicancia actual como una institución propia de la sociedad moderna. En efecto, la presunción de inocencia tiene su actual, aunque imprecisa significación, a partir del movimiento iluminista y de su establecimiento en el artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada en 1789 por la Asamblea Constituyente francesa. El aludido artículo 9º de la Declaración previno que "A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable, y si es necesario detenerle, todo rigor que no fuere necesario para asegurar su comparecencia al juicio debe ser severamente reprimido por la ley".

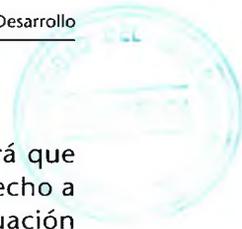
Con raíz histórica en la Declaración de 1789, la norma de la presunción de inocencia viene incorporada en diversos instrumentos internacionales tan importantes como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Bogotá, de 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, de París, de 1948; la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de Roma, de 1950;

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 1966; la Convención Americana de San José de Costa Rica, de 1969, y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de Nairobi, de 1981. Con la misma base histórica, la norma de presunción de inocencia, con diversas formulaciones terminológicas, está incorporada en las Constituciones de Francia, Italia, Portugal, España, Brasil, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Nicaragua y Panamá, entre otras.

La regla de presunción de inocencia hay que entenderla a partir del contexto histórico y cultural en que se inserta el movimiento iluminista del siglo XVIII, conformando un postulado fundamental que presidió la reforma del proceso penal represivo e inquisitorio emprendida por la revolución liberal. Hay que recordar que en el ordenamiento prerrevolucionario el acusado no es un simple sospechoso, sino alguien considerado culpable por la opinión pública, alguien a quien corresponde el deber de destruir la apariencia, demostrando su inocencia. Así, en el evento en que el reo no pudiese demostrar inocencia, pero tampoco se lograra arribar a demostración plena de su culpabilidad sobre la base de la valoración legal de la prueba, dos desembocaduras eran posibles. La primera consistía en la aplicación al imputado de la llamada "pena extraordinaria", esto es, una disminuida. Y la segunda consistía en la absolución de la instancia, con lo que no se ponía fin al proceso, sino que se le dejaba en suspenso en tanto el acusado no aportare pruebas definitivas de inocencia o no se descubriesen pruebas de culpabilidad, quedando el reo sometido a prisión preventiva o a severa vigilancia.

La presunción de inocencia, entonces, debe ser entendida ante todo como elemento simbólico y emblemático de una lucha política y jurídica contra las estructuras represivas de la tipología inquisitoria del proceso penal que precedió a las ideas iluministas y racionalistas, movimiento que surge con la revolución liberal y se desarrolla, con avances y regresiones, hasta nuestra época.

La norma de presunción de inocencia ha enfrentado regresiones durante estos dos siglos. Basta con recordar que el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808, que consagra la tipología mixta de proceso penal, es, en el fondo, una transacción entre la forma inquisitorial de la Ordenanza de 1670 y las tendencias acusatorias de las primeras leyes revolucionarias de última década del siglo XVIII, transacción esencialmente política, que tuvo su causa en una ineficiente aplicación de las nuevas normas iluministas por los operadores jurídicos, que culminó, incluso, en la omisión de la regla de presunción de inocencia. No es extraño, entonces, que nuestro Código de 1906, en su contenido original, omitiere la regla, ni que su



Mensaje expresara: “La observancia de sus disposiciones... permitirá que los presuntos culpables gocen de todas las garantías que tienen derecho a exigir para su completa defensa y para hacer menos penosa su situación mientras esté en tela de juicio su inocencia o culpabilidad”. Esta cita evidencia que el legislador de 1906 desconoció –al menos en su integridad conceptual– la presunción de inocencia, en lo que es una muestra más de sus categóricas inclinaciones inquisitorias.

Llama bastante más la atención que el constituyente de 1980, extremadamente cuidadoso en el establecimiento y garantía de los derechos constitucionales, haya omitido en definitiva establecer la norma, que venía propuesta como inciso sexto en el N° 3° del artículo 19 por el Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sin embargo, la cuestión de la presunción de inocencia ha cobrado en Chile gran actualidad en los últimos años. No sorprende, entonces, que el texto actual del artículo 42 del Código de 1906 haya incorporado la norma conocida como de presunción de inocencia, en los siguientes términos: “A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso”.

Desde el punto de vista de los instrumentos internacionales, el N° 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Y el N° 2 del artículo 8° de la Convención Americana de San José de Costa Rica dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

¿Qué es, entonces, la presunción de inocencia? ¿Qué implicancias tiene en el proceso penal?

Las tendencias contemporáneas nos enseñan, primero, que la presunción de inocencia encierra un valor ideológico y político, en cuanto expresa una orientación arraigada en la comunidad, cual es la de garantizar la posición de libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal, orientación que necesariamente debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la represión criminal. Las mismas tendencias contemporáneas nos enseñan, luego, que no estamos en presencia de una verdadera y propia presunción como prueba indirecta, desde el punto de vista de la técnica jurídica, en cuanto me-

canismo para extraer un hecho desconocido a partir de un hecho conocido. En realidad, explica la doctrina, la utilización del vocablo "presunción" implica más bien una actitud emocional de repudio al ordenamiento procesal penal preiluminista, en que era sobre el acusado en quien pesaba la carga de comprobar legalmente su inocencia, bajo pena de soportar las consecuencias del *non liquet* establecidas en la Ordenanza Criminal de 1670, que nosotros ya hemos explicado: pena extraordinaria o absolución de instancia con prisión preventiva o sujeción a vigilancia.

No hay entonces una presunción legal en el sentido técnico que nos es conocido. ¿Qué hay en la presunción de inocencia que recoge el artículo 4º de nuestro Código Procesal Penal? Se enseña contemporáneamente que la presunción de inocencia es una regla jurídica, que tiene cuatro connotaciones.

En primer lugar, es regla de juicio ante el fenómeno llamado *de non liquet* en el Derecho Procesal Romano –"no lo veo claro"–, fenómeno que Micheli denomina "la decisión del hecho incierto", y Carnelutti, la "fijación del hecho desconocido". A este respecto, hay que recordar que en el proceso civil los problemas que representa este fenómeno se resuelven a través del mecanismo de la carga de la prueba, que no es posible aplicar en el proceso penal. Tratándose del juzgamiento criminal, en el evento que el juez no arribe a convicción de culpabilidad y tampoco a una de inocencia, debe absolver, porque al acusado hay que considerarlo inocente en caso de duda fáctica y no es posible mantenerlo indefinidamente en tela de juicio ante la comunidad.

En segundo lugar, la presunción de inocencia es regla decisoria, confundándose con el principio *indubio pro reo*. En este sentido, cualquier duda jurídica del juez debe resolverse siempre en beneficio del acusado sometido a proceso.

En tercer lugar, la presunción de inocencia se proyecta al campo de la prueba, exigiéndose de ésta ciertas condiciones mínimas para que tenga valor condenatorio.

Y, en cuarto lugar, la presunción de inocencia es norma de trato al acusado, que se proyecta hacia una pluralidad no finita de circunstancias particulares, que se reconduce a que es contrario a la regla jurídica todo tratamiento al imputado que se base en una consideración de culpabilidad, o, dicho de otro modo, que no pueda entenderse sin esa consideración. Estimada la presunción de inocencia como norma de trato al acusado, se resuelve en múltiples e importantes consecuencias procesales. Así, la prohi-



bición de considerar a las medidas cautelares personales como aplicación anticipada de pena y de que tengan excesiva duración, la prohibición de fianzas excesivas y de delitos inexcusables, la exigencia de separación de condenados y acusados privados de libertad, la exigencia al juez de examinar todos los elementos del delito, la exigencia que la rebeldía o ausencia del imputado no agrave su situación procesal, la proscripción de todo rigor innecesario durante las investigaciones policiales, entre otras.

Una cuestión muy interesante, relacionada con el tratamiento al acusado presuntamente inocente, que ha sido tratada recientemente por la doctrina española, tiene que ver con su derecho al silencio. El principio es muy simple. Si al acusado se le presume inocente, entonces no tiene sentido que declare, puesto que no puede mejorar su condición preexistente, que es de inocencia. Por ende, el acusado puede declarar, pero sólo si así lo estima, libremente. Por otro lado, su silencio no puede significarle consecuencias perjudiciales de ningún tipo. Y son contrarias a la presunción de inocencia todas aquellas normas que le compelan a declarar, directa o indirectamente. Esta materia, que se trataba en el Código de 1906 en el artículo 327, viene mucho mejor desarrollada en el Código Procesal Penal. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 91, la regla general es que los funcionarios policiales sólo pueden interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. En ausencia de éste, sólo se podrá efectuar un interrogatorio de identificación. Excepcionalmente, si pese a la ausencia del defensor fuere el imputado quien manifieste su deseo de declarar, los funcionarios policiales deberán tomar las medidas necesarias para que pueda declarar de inmediato ante el fiscal; si esto no fuere posible, previa autorización de éste y bajo su responsabilidad, la policía podrá consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar, pudiendo el defensor en cualquier momento incorporarse a la diligencia respectiva. Luego, con arreglo a los artículos 98, 326 y 338, el imputado puede prestar declaración judicial ante el juez de garantía y también en la audiencia de juicio oral, pero sólo si se allanare a ello.

Con todo, en mi opinión, nada de esto es lo más relevante del nuevo Código Procesal Penal. En efecto, una de las más graves disfunciones del Código de 1906 consistía en que sobre el imputado, a partir de la detención, y, con muchísimo mayor énfasis, del auto de procesamiento, pesaba una presunción de culpabilidad que se proyectaba necesariamente a toda la comunidad. En efecto, como se sabe, el auto de procesamiento es una resolución judicial, que, con arreglo al artículo 274, suponía normalmente que el imputado hubiere prestado su declaración indagatoria y que el magistrado, después de apreciarla y con cargo a las probanzas del sumario, tuviere por justificada la existencia del delito investigado y por configuradas pre-

sunciones fundadas de participación punible. Por consiguiente, era el Poder Judicial el que, con motivo de un auto de procesamiento usualmente revisado por una Corte de Apelaciones y eventualmente examinado por la Corte Suprema con motivo de un recurso de amparo, durante el sumario, desde ya, expresaba a la comunidad en general que tenía por justificado el delito y la participación, y ese juicio, amplificado por los medios de comunicación social, implicaba, en la práctica, de hecho, un juicio de condena anticipada, difícilmente removible. Ergo, poco o nada significaba entre nosotros, en el Código de 1906, la presunción de inocencia.

En cambio, en el nuevo Código Procesal Penal, la formalización de la investigación no es un acto del Poder Judicial, no es un juicio de los jueces, sino que es un acto exclusivo del ministerio público. En efecto, conforme al artículo 229, la formalización en cuestión es sólo 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. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 230, la regla general es que será el fiscal quien determine la oportunidad en que procederá a realizar este acto procesal y lo hará cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial, esto es, judicializar la investigación. A este efecto, conforme al artículo 231, el fiscal solicitará al juez de garantía que cite al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento, a una audiencia para fecha próxima, mencionando, entre otros elementos, la indicación del delito atribuido, la fecha y lugar de comisión, y el grado de participación del imputado en el delito. La decisión del fiscal de formalizar la investigación por un delito y contra un imputado determinado, conforme al inciso final del artículo 232, puede reclamarse administrativamente ante la autoridad superior del ministerio público, por causa de arbitrariedad. Sus efectos consisten simplemente en que, al tenor del artículo 233, suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal, comienza a correr el plazo previsto en el artículo 247, esto es, el plazo con que cuenta el fiscal para declarar el cierre de la investigación, que, normalmente, es de dos años, y el fiscal perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

Empero, con todo, se trata de un acto del ministerio público y no de uno del Poder Judicial. Está aquí, en mi concepto, el más grande de los avances del nuevo sistema desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

Hay que notar, empero, que se halla una disfunción, difícilmente salvable por lo demás, en la regla del artículo 140, que, para imponer la prisión preventiva, supone el dictamen judicial, bien del juez de garantía, bien de



los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, tanto acerca de la justificación del delito, como en torno a la configuración de presunciones fundadas de participación criminal. Es éste, por ende, un juicio proyectivo de condena, emanado del Poder Judicial. Y allí se advierten los mismos problemas que denunciábamos en el Código de 1906.

VI. La génesis dividida y progresiva del enjuiciamiento de hecho, las aplicaciones dispositivas, y la percepción directa, bajo el principio de oralidad, de la prueba penal

En el sistema del Código de 1906, artículo 500 N° 4, los jueces del fondo deben fijar los hechos que tienen por establecidos, sobre la base de los medios legales de prueba, en un instante único, al dictar la sentencia definitiva. Al así proceder, el juez del crimen y la Corte de Apelaciones no comienzan atados, no vienen limitados, por resoluciones previas: es al dictar la sentencia definitiva, de primera o de segunda instancia, que ponderarán las probanzas reunidas en el proceso y fijarán los hechos de la causa. De otro lado, como su misión consiste en la búsqueda de la verdad material de los hechos en que el proceso penal incide, tampoco quedan afectos a los eventuales acuerdos fácticos de las partes que puedan colegirse de los escritos fundamentales del plenario. En síntesis, en el proceso penal propio de nuestra cultura de tantos años, los jueces que conocen de las materias criminales fijan los hechos en un solo acto y no están atados por resoluciones previas ni por acuerdos de las partes.

Esta disciplina jurídica del enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva es alterada notablemente por el nuevo proceso penal.

En primer lugar, conforme al artículo 275, es posible, durante la audiencia de preparación del juicio oral, que los intervinientes arriben a convenciones probatorias, esto es, a la declaración de ciertos hechos como probados, acerca de los cuales, por ende, no podrá haber discusión en la audiencia de juicio oral subsecuente. Estas convenciones pueden surgir a proposición del juez de garantía o bien a solicitud concordada de los intervinientes. La petición concordada de las partes será acogida por el juez de garantía, en la medida que la convención se conforme con las previas alegaciones de los intervinientes. Seguidamente, con arreglo al artículo 277 letra d) el juez de garantía, en el auto de apertura del juicio oral deberá describir los hechos "que se dieron por acreditados" por esta vía. Esta novedosa institución procesal merece varios comentarios. Desde luego, implica que los jueces del juicio oral, al dictar la sentencia definitiva, vienen atados por una fijación de hechos que les es previa y extraña, en

cuya determinación ha incidido el juez de garantía que ha conocido de la etapa de investigación y de la audiencia de preparación del juicio oral. Y, en añadidura, han sido las propias partes quienes han podido fijar, ellas mismas, el enjuiciamiento de hecho que se contendrá en la sentencia definitiva, abriéndose, así, un importante espacio de negociación entre las partes, que ha debido preceder a sus alegaciones fundamentales, puesto que las convenciones probatorias sólo serán aceptadas por el juez de garantía en la medida que éstas se conformen con aquéllas. Se trata, así, de una notable inserción del principio dispositivo en el proceso penal.

Y, en segundo lugar, también en el auto de apertura del juicio oral, artículo 277 letra e), quedan determinados, desde ya, por el juez de garantía, los medios de prueba que deberán rendirse en la audiencia de juicio oral, los cuales serán los que las propias partes hayan previamente ofrecido y que no resulten excluidos por la decisión del propio juez de garantía. Así las cosas, en el nuevo proceso penal, nos encontramos con otra introducción del principio dispositivo, en tanto son los propios intervinientes quienes fijan los medios de comprobación de los hechos debatidos, sin que los jueces del juicio oral puedan incorporar otras probanzas. Adicionalmente, la aceptación de medios de prueba es de resorte del juez de garantía, que ha obrado previamente, lo que es igualmente novedoso. Como se sabe, en la práctica, la fijación de medios de prueba incide notablemente en el marco posible del enjuiciamiento de hecho que se contendrá en la sentencia definitiva. Al tenor del inciso primero del artículo 336, a petición de cualquiera de los intervinientes, el tribunal de juicio oral en lo penal sólo puede admitir la recepción de pruebas que el solicitante no hubiere ofrecido oportunamente, excepcionalmente, en la medida que éste justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

De lo que se lleva dicho hasta aquí, resulta que la génesis del enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva es progresiva, en cuanto se divide entre el juez de garantía y los jueces de juicio oral en lo penal, y, además, ese enjuiciamiento queda vinculada por extraordinarias aplicaciones del principio dispositivo, de manera que el legislador ha optado por extraer a la magistratura criminal del absolutismo en la búsqueda de la verdad material de los hechos.

Por otro lado, una clave fundamental de la reforma procesal penal radica en que, en conformidad con el artículo 296, sólo pueden ser ponderados en la sentencia definitiva los medios de prueba que hayan sido rendidos durante la audiencia de juicio oral. Por ello, en coherencia, el inciso segundo del artículo 340 previene que el tribunal de juicio oral en lo penal formará su convicción sobre la base de la prueba que hubiere sido producida

en la audiencia de juicio oral, esto es, de la que ha sido percibida directamente y en presencia de los magistrados que integran el tribunal colegiado. Se trata, ésta, de una cuestión estructural y extremadamente sana, un enorme mérito de la reforma. Como se sabe, en el sistema del Código de 1906, los jueces del crimen aprecian en la sentencia una prueba que, en la inmensa mayoría de los casos, no han percibido directamente, en virtud de dos factores. Primero, normativamente, porque el Juez que dicta la sentencia definitiva no ha de ser, necesariamente, el mismo que ha conocido del sumario y de la sección previa del plenario, en razón de sucesiones, suplencias o subrogaciones. Y, segundo, extranormativamente, en razón del vicio de la delegación masiva en los actuarios, tanto así que puede afirmarse, sin exagerar, que el juez del crimen no tiene nunca ante sí los dichos de imputados y testigos, sino que lo que el actuario ha escrito que unos y otros han dicho. Agréguese a todo esto que tratándose de los miembros de las Cortes de Apelaciones, que fallan con amplísimas potestades en la segunda instancia, y de la Corte Suprema, que puede obrar substitutivamente como tribunal de instancia con motivo de un fallo de reemplazo, por definición, no han tenido posibilidad alguna de percibir directamente la prueba de sumario y plenario. Por consiguiente, el mérito de la reforma, en esta perspectiva, el mejoramiento que involucra para la administración de justicia, es extraordinario.

La ley contempla escasas excepciones a este principio.

Primero, en cuanto a la recepción anticipada de prueba de testigos y peritos ante el juez de garantía. En cuanto a los testigos, las reglas se encuentran en los artículos 191, 192 y 280, y, en lo pertinente a los peritos, en el inciso segundo del artículo 280. En estos casos de prueba anticipada, según lo dispone el artículo 296, ella debe ser incorporada al juicio oral en la forma en que lo previene el artículo 331, esto es, por medio de la lectura de los registros en que consten las declaraciones de los respectivos peritos o testigos. Empero, debe tenerse presente que incluso en el caso que la prueba se haya recibido anticipadamente, la regla general, al tenor del artículo 331, consiste en que tales testigos o peritos deberán declarar en la audiencia de juicio oral, de modo que sólo se recurrirá al procedimiento de incorporación mediante lectura de registros previos en la medida que tales testigos o peritos: a) hayan fallecido; b) hayan caído en incapacidad física o mental; c) estuvieren ausentes del país; d) su residencia fuere ignorada; o e) no pudieren declarar por cualquier otro motivo difícil de superar.

Segundo, en coherencia con la regla legal del artículo 296 acerca de la oportunidad de producción de la prueba, los artículos 331 a 336 contie-

nen diversas reglas especiales incidentes, que pasamos a examinar. Conforme al artículo 334, en relación con los artículos 331 y 332, la regla general es la de prohibición de dar lectura, invocar o incorporar a la audiencia de juicio oral, como medios de prueba, a todo registro o documento que dé cuenta de actuaciones o diligencias realizadas por la policía o por el ministerio público. Excepcionalmente, es posible dar lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos: a) los de prueba anticipada de testigos o peritos, ya señalados; b) si todas las partes, con aquiescencia del tribunal, así lo acordaren; c) si la incomparecencia de testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado; y d) cuando se tratare de declaraciones prestadas ante el juez de garantía por coimputados rebeldes.

También excepcionalmente, de acuerdo al artículo 334 en relación con el artículo 332, cuando fuere necesario para apoyo de memoria o para demostrar o superar contradicciones o para solicitar aclaraciones, una vez que hubieren declarado el acusado o los testigos o los peritos, y dentro de los respectivos interrogatorios, podrán leerse parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía o del informe que hubiere elaborado el perito.

En coherencia con lo que se viene diciendo, los artículos 334 y 335 prohíben incorporar como medio de prueba en la audiencia de juicio oral o dar lectura a: a) actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas; b) actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias en cuya obtención se hubieren vulnerado las garantías fundamentales; y c) los antecedentes que dijeren relación con incidencias de suspensiones condicionales de procedimiento, acuerdos reparatorios o tramitaciones de procedimientos abreviados.

Es por estas razones, también, que el inciso primero del artículo 281, modificado por la Ley N° 19.815, de julio de 2002, dispone que el juez de garantía hará llegar al tribunal de juicio oral en lo penal tan sólo el auto de apertura del juicio oral, con exclusión de los registros reunidos durante la etapa de investigación y la audiencia de preparación del juicio oral. El legislador debió intervenir para corregir una interpretación de la Corte Suprema, opinable en el texto original del precepto sobrecitado, pero evidentemente contraria al espíritu del nuevo proceso penal.

Finalmente, la audiencia de juicio oral, en que la prueba ha de producirse, se rige estrictamente por el principio de oralidad. Se encuentra contemplado en el artículo 291 y consiste en que las alegaciones y argumentacio-

nes de las partes, las declaraciones del acusado, la recepción de las pruebas, y, en general, toda intervención de quienes participen en ella, se efectuarán oralmente. El tribunal de juicio oral en lo penal no puede admitir la presentación de argumentaciones o peticiones escritas durante la audiencia de juicio oral. Sólo se hace excepción tratándose de quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, quienes intervendrán por escrito o por medio de intérpretes; si se trata del acusado, un intérprete debe asistirlo para enterarle de los actos del proceso. Adicionalmente, los jueces concurrentes a la sentencia definitiva han de haber asistido a toda la audiencia de juicio oral. De acuerdo al artículo 284, la presencia ininterrumpida de los jueces que integren la sala del tribunal es imprescindible durante toda la audiencia. Toda infracción de esta regla implica la nulidad de la audiencia de juicio oral y de la sentencia definitiva que se dictare.

VII. La transparencia del sistema procesal penal

Son diversas las reglas del Código Procesal Penal que buscan la transparencia de los procedimientos. La más destacable es la regla de publicidad de la audiencia de juicio oral, que se encuentra en el artículo 289, principio que se aplica a las demás audiencias del proceso penal.¹² Conforme al precepto indicado, la audiencia de juicio oral es pública, en el sentido que cualquier persona que lo desee puede asistir a ella, en la medida que, conforme al artículo 293: a) guarde respeto y silencio; b) no porte armas ni elementos que puedan perturbar el orden; y c) no adopte comportamientos intimidatorios, provocatorios o contrarios al decoro.

Las excepciones consisten en que el tribunal puede adoptar algunas medidas restrictivas de la publicidad, en los siguientes casos: a) para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio; y b) para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. Las medidas restrictivas que, en estos casos, puede adoptar el tribunal son las siguientes: a) en cuanto a personas determinadas, impedir el acceso a la sala u ordenar su salida de ésta; b) en cuanto a pruebas específicas, impedir el acceso del público u ordenar su salida; y c) prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados, que formulen declaraciones a los medios de comunicación social, durante el desarrollo de la audiencia. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 292, el juez presidente de la sala puede adoptar las siguientes medidas: a) ordenar la limitación del acceso del público a un número determi-

¹² *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Baytelman, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, página 82.

nado de personas; y b) impedir el acceso u ordenar la salida de personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia.

Adicionalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 294, el tribunal puede adoptar las siguientes medidas: a) expulsar de la sala a quienes incumplan las reglas sobre publicidad del artículo 289, mencionadas precedentemente; y b) expulsar de la sala a quienes incumplieren las condiciones bajo las cuales pueden asistir, mencionadas en el artículo 293 y ya descritas. En estos dos casos, de acuerdo al inciso primero del artículo 294, el tribunal puede imponer las sanciones disciplinarias previstas en los artículos 530 y 532 del Código Orgánico de Tribunales, según corresponda. Si el expulsado fuere el fiscal o el defensor, deberá ser reemplazado antes de continuar la audiencia; si lo fuere el querellante, se procederá sin él, y si lo fuere su abogado, el querellante deberá reemplazarlo; así lo dispone el inciso final del artículo 294.

En cuanto a los medios de comunicación social, la regla general, conforme al inciso final del artículo 289, es que pueden fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia, con las salvedades siguientes: a) si las partes se opusieron a ello; y b) si sólo algún interviniente se opusiere, resolverá el tribunal.

VIII. La restricción en el ejercicio de la acción penal pública

En el derecho hebreo y en el derecho griego, enseñan algunos autores,¹³ los delitos tenían siempre carácter público, en el sentido que todo israelita o ateniense, respectivamente, podía acusar. Dice Plutarco que Solón, “advirtiendo que todavía convenía dar más auxilio a toda la flaqueza de la plebe, concedió indistintamente a todos el poder de presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado... acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo”;¹⁴ y, preguntado, “¿cuál es la ciudad mejor regida?”, respondió: “aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa”.¹⁵ En el derecho romano, en el año 17 A.C., la *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* y la *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum*, separaron el juicio penal ordinario en dos tipos de proceso; uno de *iudicia privata*, cuya iniciativa se atribuía sólo a la parte ofendida, y

¹³ Lazo, Santiago. Obra citada. Páginas V y VI. En cuanto al Derecho Griego, en contra, Maier, Julio. Obra citada. Páginas 269 y ss.

¹⁴ Citado por Maier, Julio. Obra citada. Página 270.

¹⁵ Citado por Maier, Julio. Obra citada. Página 270.

otro de *iudicia publica*, que podía promoverse *quivis ex populo*, a través de un ciudadano acusador que obtenía del pretor una *lex* o autorización que lo investía de poderes inquisitivos de recogida de pruebas y de arresto cautelar.¹⁶ Más adelante, las *Instituciones* de Justiniano el Grande se refirieron a los “juicios públicos”, en los siguientes términos: “Se llaman públicos, porque todo ciudadano en general puede perseguirlos”.¹⁷ Esta diferenciación fue acentuada en la Edad Media y adoptada también por el Derecho Canónico.¹⁸

En el Código de 1906, los delitos de acción pública son aquellos que, conforme al artículo 105, deben ser pesquisados de oficio por el tribunal, sin esperar denuncia, ni querrela alguna, procediendo el Juez con independencia del criterio del ministerio público, según dispone el artículo 24.

Respecto de los delitos de esta especie, que constituyen la regla conceptualmente común, la acción penal queda concedida, adicionalmente, a la sociedad, en cuyo nombre pueden ejercerla los órganos designados por la ley al efecto, que son el ministerio público, conforme al artículo 23, así como cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, que no tenga especial prohibición de la ley, con arreglo al artículo 15. Esto, inspirado en las bellas palabras del sabio de la antigua Grecia, viene a ser sensiblemente alterado por la reforma procesal penal. En efecto, conforme al artículo 111, la regla general es que la querrela sólo puede ser deducida por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario; comprendiéndose en el concepto de víctima a las personas que indica el artículo 108. El legislador ha recogido un signo del individualismo de los tiempos: ¿quién se ocupa hoy, sinceramente, en estos tiempos individualistas, del prójimo que es víctima?

Hay sólo dos excepciones a la regla limitativa: a) en cuanto a delitos terroristas, delitos contra la probidad pública o a delitos que afectaren derechos constitucionales de las personas, puede deducir querrela toda persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la provincia de comisión del hecho ilícito respectivo; y b) en cuanto a delitos que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, puede deducir querrela toda persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la región de comisión del hecho ilícito respectivo.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Segunda Edición. 1997. Página 637. Nota 86.

¹⁷ “*Publica autem delicta sunt, quod cuivis ex popul executio eorum plerumque datur*”. *Instituciones de Justiniano*. Editorial Heliasta. Ortolán. Página 362.

¹⁸ Lazo, Santiago. Obra citada. Página 68.

IX. La autodenuncia

El artículo 179 consagra la interesante figura de la autodenuncia, que consiste en que cualquier persona que hubiere sido imputada de la comisión de un delito tiene el derecho de acudir al fiscal, a objeto de que éste investigue la atribución punible, pudiendo reclamarse de su abstención ante las autoridades superiores del ministerio público. Me ha parecido importante destacar esta institución procesal. En efecto, vivimos en épocas en que la preocupación por la honra ajena es extremadamente débil y en que hay quienes, imbuidos en las peligrosas dinámicas de ventas de los medios de comunicación social, se transforman en jueces populares y colectivos, que imputan toda clase de ilícitos e inconductas a personas que, aparentes victimarios, en pocos días quedan mutados en víctimas de juicios de condena irregulares, masivos e irresistibles. El artículo 179 les dota, a lo menos, de un mecanismo expedito para hacer operar a los órganos del Estado de Derecho competentes a los efectos del esclarecimiento de las imputaciones.

X. La gestión activa de la investigación y el rol de la policía

Bien conocemos, en la práctica del sistema antiguo, las evidentes deficiencias substantivas y temporales de las investigaciones criminales, que, en realidad, provienen, más que del sistema normativo, de los escasos recursos humanos y materiales con que el Estado ha dotado a los tribunales de justicia, que reúnen sobre sí las responsabilidades paralelas de investigar, procesar, acusar y juzgar. Radica aquí otro quid de la reforma procesal penal.

La cuestión más importante consiste, desde luego, en la separación de las funciones de investigación de las de orden jurisdiccional, entregándolas a órganos diferentes, los cuales pueden, así, especializarse y concentrarse en sus respectivas actividades; el ordenamiento dota además al ministerio público de suficientes recursos humanos y materiales para que cumplan con eficacia su función de dirección de la investigación.

De otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 79, la función esencial de la Policía de Investigaciones, en materia de delitos de acción penal pública, es la de prestar auxilio al fiscal en las tareas de investigación, que son, fundamentalmente, con arreglo a los artículos 180 y 181, las siguientes: a) practicar todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del delito, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstan-



cias que sirvieran para verificar su responsabilidad; b) impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores; c) consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo; en este orden, debe hacerse constar el estado de las personas, cosas y lugares; identificar testigos y consignar sus declaraciones; tomar nota y especificar huellas rastros o señales; hacer constar la descripción del lugar de comisión del hecho, del estado de los objetos que en él se encontraren y todo otro dato pertinente; y d) recoger, identificar y conservar bajo sello, los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parezcan haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso.

El artículo 79 dispone que la Policía de Investigaciones obrará como auxiliar del fiscal y el artículo 80 insiste en ello, expresando que ejecutará sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren a los efectos de la investigación, de manera que la Policía de Investigaciones está subordinada funcionalmente al ministerio público, sin perjuicio, por cierto de su dependencia orgánica de las autoridades institucionales internas.

Los funcionarios de la Policía de Investigaciones carecen de discrecionalidad en el cumplimiento de las órdenes del fiscal. Así, el inciso tercero del artículo 80 dispone que deben cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les fueren impartidas, sin calificación de conveniencia y oportunidad, y pudiendo tan sólo requerir, en su caso, la exhibición de la autorización judicial previa. En evento de imposibilidad de cumplimiento de la orden, los funcionarios policiales deben, de inmediato, comunicar tal circunstancia al fiscal y a su superior jerárquico institucional, pudiendo el fiscal sugerir o disponer las modificaciones que estimare pertinentes o reiterar lo ordenado si en su concepto no existiere imposibilidad.

Finalmente, en este orden, sin perjuicio y además de las instrucciones particulares de los fiscales, conforme al artículo 87, el Fiscal Nacional debe regular mediante instrucciones generales tanto las funciones que deben cumplir los funcionarios policiales, como la forma de proceder frente a hechos de que tomaren conocimiento y cuyo carácter delictivo no pudieren establecer de inmediato.

Por último, el artículo 88 dispone que el ministerio público puede requerir en cualquier momento los registros de las actuaciones policiales.

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 79, cuando el fiscal así lo dispusiere, cuestión que queda a su criterio, las mismas funciones que hemos analizado precedentemente deben ser cumplidas por Carabineros de Chile, sujetos éstos a las mismas reglas ya señaladas. Tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el fiscal puede impartir instrucciones, conforme a estas mismas reglas, al Servicio de Gendarmería.

Finalmente, el artículo 83 previene que los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile deberán realizar las siguientes actuaciones oficiosas, sin necesidad de orden previa de los fiscales, aunque, con arreglo al artículo 84, informando inmediatamente a éstos después de ejecutadas las diligencias: a) prestar auxilio a la víctima; b) practicar la detención en casos de flagrancia, conforme a la ley; c) resguardar el sitio del suceso; al efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederán a la clausura de lugares cerrados o aislamiento de lugares abiertos, según corresponda, evitando que se alteren o borren los rastros, vestigios o instrumentos, mientras no interviniere el personal policial experto que designará el fiscal; d) en los casos de detenciones flagrantes y de resguardo de sitio de suceso, deben consignar las declaraciones que los testigos se allanen voluntariamente a prestar; y e) recibir las denuncias del público; en cuanto a esta última función, el artículo 84 previene que, apenas recibida la denuncia, los funcionarios policiales deben informar inmediatamente y por el medio más expedito al fiscal.

En cuanto al personal policial experto que designará el fiscal y que obrará en el sitio del suceso, conforme al artículo 83 letra c), su función es la de recoger, identificar y conservar bajo sello, los mismos elementos a que antes nos hemos referido, debiendo remitirlos a quien corresponda, dejando constancia en el registro de la actuación policial de los nombres de los funcionarios que hubieren intervenido.

XI. El fortalecimiento de las garantías del imputado en el nuevo sistema procesal penal

El artículo 7^º dispone que el imputado puede ejercer sus facultades procesales defensivas a partir de "la primera actuación del 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". En términos prácticos, el imputado puede ejercer sus fa-



cultades defensivas, judicializando la investigación, a partir del momento en que se entere que se le atribuye responsabilidad en un hecho punible.

El precepto que se acaba de citar contiene un avance muy importante de la reforma procesal penal, en cuanto precisa el concepto de imputado, que, en el Código de 1906, podía deducirse con bastante vaguedad a partir del artículo 246. En cambio, hoy, se trata de un concepto preciso y amplio, que, además, admite que el imputado pueda defenderse efectivamente a partir del primer acto del procedimiento.

El artículo 93, en su inciso primero, reitera que el imputado puede hacer valer sus derechos y garantías legales durante la totalidad del proceso penal, desde la primera actuación del procedimiento, concepto ya estudiado, hasta la terminación del juicio; y enuncia los derechos y garantías básicos del imputado: a) información específica y clara acerca de cuál es el hecho imputado y de sus derechos y garantías legales; b) asistencia de abogado desde el inicio de la investigación; c) solicitar a los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar los cargos imputados; d) solicitar directamente al juez de garantía que cite a una audiencia para prestar declaración judicial acerca del hecho imputado, con asistencia de su abogado o sin éste; e) solicitar la activación de la investigación y el conocimiento de su contenido, conforme a las reglas que ya veremos; f) solicitar sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechace; g) guardar silencio, o, si consiente en declarar, no hacerlo bajo juramento; h) no ser sometido a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes; e i) no ser juzgado en ausencia.

Los especiales derechos y garantías del imputado privado de libertad los enuncia el artículo 94: a) información específica y clara acerca del motivo de la privación de libertad, y, salvo el caso de flagrancia, exhibición de la orden de privación de libertad; b) información por el funcionario a cargo de la privación de libertad acerca de los derechos mencionados en el inciso segundo del artículo 135; c) conducción sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado la detención; d) solicitar al tribunal que le conceda la libertad; e) que el funcionario encargado del recinto policial al cual hubiere sido conducido informe, en su presencia, al familiar o persona que indicare, acerca de la detención o prisión, el motivo de una u otra y el lugar en que se encontrare; f) entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, que sólo podrá contener restricciones para el mantenimiento del orden y la seguridad; g) tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto; h) recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo el caso previsto en el artículo 151.

Sin embargo, el Código Procesal Penal confiere al imputado otras facultades procesales especialmente destacables, de extraordinaria importancia práctica.

En primer lugar, el artículo 186 dispone que "cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella", agregando que el juez de garantía también puede fijarle al ministerio público un plazo para realizar el acto procesal de formalización de la investigación.

En segundo lugar, el artículo 93 concede una acción especial de amparo ante el juez de garantía, que consiste en que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser conducida sin demora ante el magistrado, a objeto que éste examine la legalidad de la privación de libertad y las condiciones en que se encuentra el afectado. El juez de garantía puede constituirse en el lugar de privación de libertad, adoptar las medidas que fueren procedentes u ordenar la libertad del afectado. La acción puede ser planteada directamente por el abogado de la persona privada de libertad, por sus parientes o por cualquier persona en su nombre, para solicitar que el afectado sea conducido a la presencia del tribunal y que se ejerzan las facultades ya indicadas. Sin embargo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo puede ser revisada a través de los mecanismos normales del Código Procesal Penal, sin perjuicio del recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones conforme al artículo 21 de la Constitución Política de la República.

En tercer lugar, conforme al artículo 182, las actuaciones de la investigación, realizadas por el ministerio público y por la policía, serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento, pudiendo el imputado y los demás intervinientes, por regla general, acceder y examinar sus registros y documentos. Sólo excepcionalmente el fiscal puede disponer que ciertas actuaciones, registros y documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia investigativa, debiendo determinar con precisión las piezas o actuaciones respectivas y fijar un plazo no superior a 40 días para la mantención del secreto. Nunca puede disponerse el secreto, respecto del propio imputado o de su defensor: a) de la declaración del imputado; b) de cualquiera otra actuación en que el imputado hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir; c) de las actuaciones en que participare el tribunal; y d) los informes evacuados por peritos. De la decisión del fiscal puede reclamarse ante el juez de garantía, quien podrá dejarla sin efecto o restringirla, en cuanto a plazo, extensión y personas afectadas.



Finalmente, de acuerdo al artículo 96, todo abogado tiene derecho a concurrir a cualquier recinto de detención o prisión y consultar acerca de si alguna persona específica se encuentra allí privada de libertad, o en otro establecimiento del mismo servicio ubicado en la comuna. En caso de respuesta negativa, tiene derecho a requerir una constancia escrita de ello. En caso de respuesta afirmativa, con el acuerdo del afectado, tiene derecho a conferenciar privadamente con el afectado, y, con el consentimiento de éste, tiene derecho a requerir la información del motivo de la privación de libertad antes referido.

XII. El nuevo rol de la víctima de delito

Al tenor del artículo 12, el Código Procesal Penal considera a la víctima del delito como un interviniente autónomo en el procedimiento, independientemente de la circunstancia que no haya deducido querrela en el procedimiento, conceptualizándola como el sujeto ofendido por el delito, esto es, el titular del bien jurídico específico que es afectado por el ilícito criminal.

Tratándose de muerte del ofendido o de eventos en que éste no pueda ejercer sus derechos de tal, se considerará víctima: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos; y e) al adoptante o adoptado. El orden es de prelación. La intervención en el procedimiento de una o más de las personas comprendidas en una categoría excluye a las siguientes.

El artículo 78, dentro de la normativa de los fiscales, consigna diversos deberes de éste para con la víctima. Así, el fiscal debe, durante todo el procedimiento, adoptar medidas, o solicitarlas en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; debe facilitar su intervención en el procedimiento y evitar o disminuir al máximo sus perturbaciones. Además, los fiscales del ministerio público deben: a) informar a la víctima del curso del procedimiento y de sus resultados y facilitarle información acerca del modo de ejercer sus derechos; de acuerdo al artículo 110, en caso de muerte del ofendido o de que éste no pueda ejercer sus derechos, esta información debe proporcionarse al cónyuge, y, en defecto de éste, a alguno de sus hijos o a otra de las personas señaladas en el artículo 108; b) ordenar o solicitar las medidas de protección ya señaladas; c) informarle acerca del modo de ejercer acción civil; d) escuchar a la víctima antes de solicitar la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

El artículo 109 enuncia los derechos fundamentales de la víctima: a) solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o

atentados en contra suya o de su familia; b) presentar querrela; c) ejercer acciones civiles; d) si lo solicita, ser oída por el fiscal antes que éste pida o se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) si lo solicita, ser oída por el tribunal antes que éste decida el sobreseimiento temporal o definitivo o adopte otra decisión que haga término la causa; f) impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aunque no hubiere intervenido en el procedimiento.

XIII. Las negociaciones procesales en el nuevo sistema y sus repercusiones substantivas

Los espacios normativamente explícitos a las negociaciones entre el fiscal y el imputado son los correspondientes a las instituciones de la suspensión condicional del procedimiento y las convenciones probatorias, materias que ya hemos analizado.

Empero, en la operación del nuevo ordenamiento procesal penal pueden avizorarse otros espacios de negociación que se hayan normativamente implícitos. El más importante, en mi concepto, es el que se avizora tras la normativa del procedimiento abreviado, regulado en el Título III del Libro IV, artículos 406 a 415. Con arreglo al artículo 406, "se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas", agregando que, "para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento". No es difícil advertir que, en la operación de este mecanismo, puede encontrarse un acuerdo entre el fiscal y el imputado, que, a objeto de evitar enfrentar el riesgo de una pena mayor a cinco años y la consecuente inadmisibilidad de la libertad vigilada, acepte la descripción de hechos del fiscal.