

## PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL EN EL NUEVO SISTEMA DE PROCEDIMIENTO CHILENO<sup>1</sup>

EDUARDO GANDULFO R.

### INTRODUCCIÓN

Hace doscientos años, aproximadamente, aparece en una obra escrita en alemán, una palabra de enorme fortuna, que llegó a convertirse en la base de la teoría del constitucionalismo contemporáneo occidental y alcanzó prioridad lógica en los demás estudios de dogmática, al ordenarse éstos en torno a aquélla. La palabra en cuestión era "*Rechtsstaat*", que se traduce al castellano como Estado de Derecho, y cuyo autor fue A. Müller. Ésta vino a constituir el punto culminante de una antigua tradición doctrinaria, que sostenida desde Pericles a Erasmo llegó hasta el Liberalismo Político. Su significado alude a *un modelo de Estado organizado en torno a los ciudadanos, en el cual el poder de los gobernantes se halla distribuido racionalmente, sometido a un manojito de controles, límites y barreras, articulados coherentemente, y en el cual se reconocen y garantizan efectivamente los derechos y libertades de todas las personas*. Este modelo no es una estructura neutra o despolitizada, señala Manfred Wilhelmy, sino que traduce una concepción valórica específica: la defensa de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales<sup>2</sup>.

Tiempo ha pasado para lograr la imposición teórica de dicha idea y su consolidación en la práctica, cuestión que ha quedado reflejada, por cierto, en la historia de las legislaciones de los diversos estados occidentales. En la medida en que el sujeto estuvo subordinado al ente colectivo y se identificaba el destino de aquél con el del

---

<sup>1</sup> Este pequeño artículo tiene su origen en un encargo del profesor don Tito Solari, para la cátedra de Derecho Procesal Penal impartida el año 1995, en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso; en aquel año por primera vez se estudió el proyecto de procedimiento penal acusatorio en una hora *ad hoc*. Don Tito Solari era el encargado de aquella sección, el cual compartió la cátedra con el profesor titular de ésta don Gonzalo Calvo. Una versión del mismo fue presentada al XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, celebrado en Montevideo.

<sup>2</sup> Materiales para la cátedra de Derecho Constitucional Uno de 1991, p. 2, redactados por Julio Garrido, sobre la base de las clases del profesor titular Manfred Wilhelmy von Wolff.

Estado por ejemplo, y a su vez, el de este último con el de la clase gobernante, la suerte del individuo pasó a depender exclusivamente de los miembros de ésta, por lo que le era exigible cualquier sacrificio por la colectividad o el jefe de ésta. De más está decir, que dentro de la misma lógica la igualdad entre gobernantes y gobernados era un atentado a la seguridad interior del Estado. La función jurisdiccional bajo esta perspectiva se desenvolvía como del solo interés del ente colectivo (La Tribu, La Patria, etc.) y era en cuanto éste se podía ver afectado o amenazado que aquélla se ponía en movimiento. En resumen, se trata de una cuestión de mera planificación estatal, en vistas del orden y paz en su interior, y en esa situación el individuo podía verse sometido a procesos penales secretos y ser sometido a torturas para la averiguación acerca del acaecer de un hecho punible, pues el individuo sólo es considerado una parte más de un todo<sup>3-4</sup>.

Sin embargo, el advenimiento de la idea del Estado de Derecho, implicó un cambio de toda esa visión de las relaciones del Hombre y su sociedad; ahora aquí es el centro en torno al cual gira la construcción y planificación del Estado. Consecuentemente, aquello tuvo también repercusión en la idea de la función jurisdiccional, puesto que se tratará de impartir justicia a los ciudadanos<sup>5</sup>, tanto en sentido formal, proporcionándoles seguridad para el desenvolvimiento de sus relaciones (así, desde la Revolución Francesa), como en sentido material<sup>6</sup>, lo que se traduce en el proceso penal en que éste tenga por objeto el castigo del responsable y la absolu-

---

<sup>3</sup> Vid. Karl Popper, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, en especial el cap. VI, acerca de *La Justicia Totalitaria*, pp. 93 a 123, Paidós. Coincide con este análisis Manuel de Rivacoba y Rivacoba, quien señala: “La concepción transpersonalista del hombre y de la sociedad, en cambio, que anima los ordenamientos tradicionales, hace que tutelen tales bienes [los vinculados a la personalidad] en interés no del individuo, sino de la colectividad” y agrega que esto lleva “a que en los delitos contra ellos no quepa al sujeto pasivo ninguna capacidad de disposición” (*Dignidad Humana y Pena Capital*, en *Gaceta Jurídica* 193 (1996), p. 20).

<sup>4</sup> Tomemos como un ejemplo de lo expuesto a un testigo notable de su época: Alexis de Tocqueville, quien señalaba: “En los gobiernos absolutos, es inútil revestir los juicios de formalidades extraordinarias: siendo el príncipe, en cuyo nombre se persigue al acusado, tan dueño de los tribunales como de todo lo demás, no tiene necesidad de buscar otra garantía que la idea misma que se tiene de su poder. El único temor que puede tener es el de que ni siquiera se guarden las apariencias exteriores de la justicia, y se deshonre su autoridad al querer afirmarla” (*La Democracia en América*, t. I, p. 115, SARPE).

<sup>5</sup> Así, la Constitución española en el art. 24 inc. 1, dispone el “derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse la indefensión”. De igual forma, la Ley Fundamental de Bonn en su art. 19 inc. 4, establece: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiere otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”.

<sup>6</sup> Esta viene asegurada por la sujeción del juez a la Ley en su juicio, es decir, el imperio de la Ley. Mas esta Ley no es cualquier norma jurídica que tenga o pueda tener ese nombre, señala Carl Schmitt, sino que debe someterse a los principios del Estado de Derecho, ciñéndose al procedimiento democrático de su generación y en su contenido al respeto de las libertades y derechos fundamentales. (*Teoría de la Constitución*, pp. 161 a 179, Editorial Nacional).

ción del inocente<sup>7</sup>. Asimismo, el procedimiento para llegar a la justicia por la vía jurisdiccional ya no puede ser cualquiera. La lógica del Estado de Derecho exige que se llegue a la justicia sólo de acuerdo a una determinada forma, cual es, la del respeto a la dignidad del ser humano; y está representada por una idea muy concreta: la del debido proceso (es decir, el sistema de garantías modelador de la idea de proceso), que se impone como imperativo sobre las autoridades y ciudadanos. No constituye una alternativa válida para el sistema otros tipos de procedimientos o alguna variación de aquél; de tal manera, que una situación contraria a dicho imperativo es sancionada fuertemente por los órdenes jurídicos de los Estados de Derecho.

En razón de lo expuesto, las autoridades jurídicas y políticas occidentales se han encontrado en el s. XX con este nuevo puzzle político-jurídico: el del apego del procedimiento penal a las garantías del debido proceso, revisión sobre la cual se viene trabajando desde principios de este siglo, sin que se vislumbre que dicha labor esté pronto por terminar. Nuestro decimonónico orden procesal penal común, contenido en el Código de 1906<sup>8</sup>, lamentablemente, ni con mucha suerte logra ajustarse a los parámetros mínimos del debido proceso, al verse aquejado por problemas de imparcialidad, de persecuciones en secreto y otros vicios. Todo este panorama es lo que ha impulsado a los juristas y políticos chilenos, al estudio y reemplazo de una realidad normativa y práctica, que se presenta como inconstitucional y violadora de la dignidad de los seres humanos, y transformar al Estado de Chile, por fin, en un Estado de Derecho, adecuando el proceso penal a las reglas y principios del debido proceso.

En último término, ha menester recordar que la necesidad de cambio del “sistema” por no respetar las garantías fundamentales, nos es expresada desde los inicios de nuestra república por don Andrés Bello, cuando dice: “En ninguna parte del orden social que nos ha legado España [y que hemos recepcionado] es tan preciso emplear el hacha. (...) pero nuestro sistema de juicios es tal, que nos parecería difícil no se ganase mucho derribándolo hasta los cimientos y sustituyéndolo otro cualquiera. No sería tal vez una exageración decir que en él se echan de menos todas las garantías que tiene descubiertas la experiencia para poner coto a la arbitrariedad y amparar el Derecho”<sup>9</sup>.

#### Estructura del Proceso Propuesto:

Antes de la exposición de los principios inspiradores del régimen procedimental ordinario para el enjuiciamiento penal, haremos una breve reseña de la estructura

---

<sup>7</sup> Si bien se siguió con los fines de la jurisdicción, en relación con la mantención de la paz y el orden, éstos están vigentes bajo una distinta lógica, en razón de que el no lograr de aquellos fines implica una amenaza a la seguridad de los ciudadanos.

<sup>8</sup> El cual deriva del orden jurídico establecido en las Siete Partidas de Alfonso X, que fue el material jurídico sobre el cual se trabajó desde mediados del siglo XIX para la creación del Código de Procedimiento Penal.

<sup>9</sup> A. Bello, *Necesidad de Fundar las Sentencias*, en A. Bello. *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*, edición preparada por Agustín Squella, pp. 107 y 108, Edeval.

que se proyecta para el proceso penal, de tal manera, de entender como se desarrollará en la práctica el proceso, ya que en ese marco se pondrán en juego los principios a que nos ocupan su estudio.

El proceso se desarrolla en única instancia. La primera etapa, la de instrucción, está a cargo de los fiscales del Ministerio Público que investigan y preparan el material del proceso. Además, se contempla, en esta etapa, la participación de un juez de control parcial de la actividad fiscal.

Si el fiscal formula la acusación, dará lugar a una audiencia -llamada intermedia- ante el mismo juez de control, destinado fundamentalmente a preparar el proceso de fase jurisdiccional.

El “Juicio”<sup>10</sup> o plenario se lleva a cabo ante un tribunal colegiado -de tres miembros- al cual se le formula la pretensión procesal, presentándose la acusación fiscal y las defensas.

En la etapa intermedia, el sobreseimiento temporal está fuertemente restringido por dejar al imputado en una situación de incertidumbre, además de distorsionar el propio sistema. Se aplica sólo a situaciones de posibilidades razonables de continuar con la investigación, procediendo a propuesta del fiscal. La audiencia llamada intermedia es el último momento para la suspensión condicional.

Salidas alternativas y procesos abreviados:

Ante el problema de una jurisdicción atiborrada por la gran cantidad de casos y de la consideración de que las penas privativas de libertad son socialmente inconvenientes, se pensó en un proceso con diversas posibilidades de solución, pero limitadamente, si es que están de acuerdo todos los sujetos en su conveniencia.

Salidas alternativas:

- *Suspensión condicional del proceso*

- *Acuerdos reparatorios*

I. Suspensión condicional del proceso:

Es una anticipación del tipo de solución de la sentencia, si resultasen aplicables eventualmente las medidas de la ley 18.216.

En los casos de una medida de sustitución de la pena, se le sujeta a un control de baja intensidad por no más de tres años. No requiere aceptación de culpabilidad, ni declaración del juez del mismo tenor.

II. Acuerdos reparatorios:

Se dejan a la Ley penal y la prudencia judicial para determinar su admisibilidad, dependiendo de si son delitos de bienes jurídicos disponibles o no.

---

<sup>10</sup> Pésimo nombre es el que se le dio a esta etapa procesal, pues la palabra “juicio”, alude principalmente a la actividad volitiva del juez, en virtud de la cual juzga los hechos con el objeto de emitir sus resoluciones, y sólo secundariamente, de forma muy poco técnica, en el sentido del proceso mismo, con lo que introducir este tercer sentido demuestra muy poco respeto por la actividad científico jurídica y un cuidado bastante negligente.

Procedimientos abreviados:

- *Renuncia del imputado a su derecho a proceso oral:*

Si no existe controversia acerca de los resultados de la investigación fiscal, entonces, sin necesidad de acto declarativo de responsabilidad, el juez deberá absolver cuando los hechos no sean constitutivos de delito o del conjunto de antecedentes de la instrucción si así lo indicaren.

Prohibición. Si es posible la aplicación de penas privativas de larga duración o muerte, el juez puede rechazar el acuerdo de renuncia.

- *Audiencia de formulación de cargos y paso directo al “Juicio” oral:*

En el evento de que el fiscal obtuviese la prueba rápidamente, vgr., en caso de delito flagrante.

- *El juez puede acortar el plazo de instrucción.*

## DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES PENALES EN PARTICULAR

### 1. PRINCIPIO ACUSATORIO

En su virtud se separan de forma fundamental las funciones estatales en los procesos penales en órganos diversos<sup>11</sup>. Se presenta en el proceso penal una doble separación: entre el fiscal y el juez; y entre los jueces de la instrucción, del juicio oral y los de ejecución de la pena (este último se analizará más adelante). Dice el legislador en el mensaje del proyecto (en adelante mensaje): “Gran parte de las críticas al procedimiento vigente se dirigen en contra del sistema de instrucción (...), en relación a lo inadecuado de entregar las tareas de investigación y administración de la persecución a un órgano judicial”.

“Las características propias de la labor judicial, por ejemplo el rol pasivo del juez y su imparcialidad, son contradictorias con la necesidad de una organización racional de la persecución penal porque ésta es una tarea fundamentalmente activa que requiere un compromiso de la organización con la promoción de intereses estatales concretos, por ejemplo: investigación del delito, su sanción y satisfacción de necesidades de las víctimas” (la redacción es atribuida al comisionado don Raúl Tavolari Oliveros).

Realmente la primera separación que se pretende -piedra angular del sistema- es entre el juez y el fiscal, en razón de que el magistrado vuelva a tener su imparcialidad perdida a principios del siglo XX<sup>12-13</sup>. El legislador considera que es casi im-

---

<sup>11</sup> Así Winfried Hassemer, *Fundamentos de Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), p. 197; Rafael Fontecilla, *Tratado Derecho Procesal Penal*, segunda edic. s/f, revisada y actualizada por M. Libedinski, t. I, p. 33, Edit. Jurídica de Chile.

<sup>12</sup> Recuérdense que en virtud del Decreto con Fuerza de Ley 426, del año 1927, se suprimieron los cargos de promotores fiscales (Ministerio Público para primera instancia), “por no ser indispensables”, encargándose de la actuación de la parte principal, como acusador o denunciante, el juez, el cual debe proceder de oficio en dichas circunstancias. La acusación, en concreto, se reemplaza con un “auto motivado” cuya calificación jurídica es de sentencia interlocutoria.

sible que el juez realice las actividades de parte y luego las de sentenciador habiendo agotado éste su investigación, no tanto para condenar o no al acusado, pues ese es un alea que no depende de él (aunque debele que su investigación no fue lo necesariamente completa), sino para enfrentarse a su propio juicio, en términos de probabilidad, y no repetir su razonamiento -el cual forjó con convicción de hierro- y que ya fue adelantado expresamente en diversas fases de la instancia.

En cuanto al Ministerio Público, éste es en doctrina parte del poder ejecutivo, aunque goza de una enorme autonomía -similar a la de la Contraloría General de la República-, la cual viene asegurada por la Constitución (CPR.) en su art. 80-A inciso 1<sup>o</sup><sup>14</sup>. El Director del órgano, el Fiscal Nacional, es designado por el Presidente de la República quien, a propuesta en quina de la Corte Suprema, propondrá exclusivamente a uno de ellos -al que le parezca el mejor- para requerir el acuerdo del Senado, constituido por, a lo menos, los dos tercios de sus miembros en ejercicio.

---

Frente a este texto opondré uno más antiguo de Cesare Beccaria: “Ya ha sido dicho por el señor Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes a la república, donde el bien público debiera constituir la primera pasión de los ciudadanos, que a la monarquía, donde este sentimiento es muy débil por la misma naturaleza del gobierno, y donde es regla óptima el destinar comisarios que acusen en nombre público a los infractores de las leyes” (*De los Delitos y de las Penas* (trad. F. Tomás y Valiente), pp. 57 y 58, Orbis).

<sup>13</sup> A más de noventa años de la promulgación del código y a setenta de la supresión de los promotores fiscales, el panorama judicial no puede ser más desolador; así, Alex Carocca escribió en 1997 con relación a la “exigencia de la imparcialidad o ajenidad del juez al objeto del litigio” que “la violación de la garantía es flagrante prácticamente en todos nuestros procedimientos penales, en que formalmente la función del juez, es desempeñada por un funcionario que al mismo tiempo es encargado de investigar y de acusar, es decir, que simultáneamente se presenta como ‘juez’, y parte, que es una de las características propias del sistema inquisitivo de imposición de sanciones penales, de carácter no jurisdiccional según ha demostrado la más moderna doctrina”. *Las Garantías Constitucionales del Sistema Procesal Chileno*, en *Revista Iuris et Praxis*, Universidad de Talca, 3 (1997) 2, p. 192.

Pero no se crea que ésta es una voz que grita sola en el desierto, ya en 1967 Rubén Galecio escribía: “Después de setenta años de vigencia de esta ley fundamental, puede afirmarse que no sólo no hemos dado ningún paso de verdadera y significativa importancia en esta materia, sino que, por el contrario, hemos retrocedido de una manera lamentable” (*Trabajo Preparatorio para una Reforma del Código de Procedimiento Penal*, en *RCP*. 26 (1967) 3, p. 336.

<sup>14</sup> La Constitución lo califica de “organismo autónomo”.

Por su parte, el origen histórico del Ministerio Público ha de encontrarse en el mismo Poder Ejecutivo, respecto del cual la doctrina del s. XIX, especialmente la italiana, lo entendía como el representante de éste ante los funcionarios jurisdiccionales. Esto trajo como consecuencia un marcado acento en la atribución de funciones propiamente administrativas, por lo que el legislador de 1875 al regular la actuación del Ministerio Público señaló en el art. 262 de la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales que “Las funciones del ministerio público conciernen a los negocios administrativos del Estado o a los judiciales”, y sólo posteriormente se limitó su jurisdicción (sentido amplio) sobre los negocios propiamente administrativos al expreso llamamiento de la ley; así Rafael Fontecilla (n. 11), t. III, p. 51.

La labor que realiza en la esfera estatal es de carácter policial represivo, investigando y persiguiendo a los que supuestamente violentan el orden público penal; por lo tanto, su actuar no produce cosa juzgada<sup>15</sup>. Al estar a su cargo la instrucción, la calificación jurídica del Ministerio Público tiñe el carácter de aquélla, es decir, deviene en administrativa. Su función es la que entrega al sistema su imparcialidad, puesto que al asumir la calidad de parte permite que el juez actúe sólo como órgano jurisdiccional e imparcialmente ante las partes del proceso, mientras que -como señala Tito Enzo Solari- en la instrucción convierte al juez en garante de los derechos ciudadanos<sup>16</sup>. De forma consecuente con la calificación jurídica del Ministerio Público, existe prohibición constitucional absoluta para que los fiscales puedan actuar en calidad de jueces en otros procesos. Otra solución, rompería el principio de separación de funciones (art. 80-A inciso 1° parte final, CPR.), a diferencia de lo que ocurre en el sistema procesal del viejo código<sup>17</sup>.

En su actuar representan a la sociedad toda y en razón de ello es que se califica a éste de parte formal dentro del proceso penal<sup>18</sup>. Lo anterior tiene concreción en una actuación especialísima del Ministerio Público, que se traduce, en el principio de objetividad de su actuar. De aquí que según Rafael Fontecilla, el fiscal pueda

---

<sup>15</sup> Creemos que la actividad del Ministerio Público es de naturaleza administrativa, tanto por razones de naturaleza negativas como positivas. Con relación a las primeras, no es parte de la función jurisdiccional: en primer lugar, porque ésta tiene como elemento necesario e indisoluble a la cosa juzgada, de tal manera que como señala E. Couture, “Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional” (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, p. 43). Igual tesis sostiene Francisco Hoyos, en *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 187 y sigs. En este sentido, y según lo tradicionalmente señalado en orden a que si la instrucción está encargada al Ministerio Público, aquélla será administrativa, si la normativa exige la intervención del órgano jurisdiccional para que se produzca el efecto de la cosa juzgada, es, precisamente, en razón de que la ley no considera su función como jurisdiccional. En segundo, como señala Raúl Tavolari, “no hay duda alguna en sostener que la función de INVESTIGACIÓN y la de ejercer y sustentar la acción NO PUEDEN SER JURISDICCIONALES, desde que aquella puede... confiarse simplemente a la Policía” (*Consideraciones para el Establecimiento del Ministerio Público en el Ordenamiento Jurídico*, inédito, p. 13). Por otra parte, en cuanto a las segundas, hemos de señalar que la administración sí realiza una actividad de orden represivo, como cuando ejerce una actividad sancionadora en razón de la violación del orden público -aunque a título de autotutela-, y como la Contraloría en ejercicio de determinadas funciones. Asimismo, hemos de considerar que aun cierta actividad a pesar de ser realizada por los órganos jurisdiccionales es calificada como administrativa, vgr. los procedimientos voluntarios.

<sup>16</sup> Solari, *Presupuestos Teóricos del Ministerio Público*, clase magistral dictada el año 1998.

<sup>17</sup> Por supuesto que los fiscales no podrán actuar como jueces en los mismos procesos en que ellos estén actuando como parte, pues ello violaría el debido proceso (art. 19 n°3 inc. 5 de la CPR.), al carecer de toda imparcialidad por su actuación de juez y parte.

<sup>18</sup> Desde el punto de vista de la organización procesal penal, para algunos como Eugenio Florian, la intervención del Ministerio Público como parte, es decir, en cuanto órgano regular de acusación (entre otras funciones), viene impuesta por la calificación de ser un presupuesto procesal necesario para la constitución de la relación procesal (citado por Fontecilla (n. 11), t. II, pp. 78 y 79).

obrar tanto en favor como en contra del imputado. Así el art. 80-A inc. 1° de la CPR. establece que debe de investigar los hechos constitutivos de delitos -hechos típicos en principio-, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, correspondiéndole, igualmente, la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, y aun tiene el deber de recurrir de la sentencia si estimare que no se ha apreciado correctamente el delito<sup>19</sup>.

Por otra parte, la separación entre jueces del proceso oral y el juez de control de la instrucción -que puede llegar a ser juez de la instrucción, para efectos de la recepción de la prueba anticipada- se presenta como una aspiración bastante sentida del legislador chileno, pretendida desde la promulgación del viejo código<sup>20</sup>. Lo que se busca es que no se vea influido indirectamente el juez sentenciador, si fuese el mismo que actúa en la etapa de instrucción, por los resultados de la investigación de la instrucción fiscal. La falta de parcialidad del juez sentenciador debe ser resguardada por los sistemas procesales del Estado de Derecho, por lo que estamos en completo acuerdo con la sentencia del 12 de julio de 1988 del Tribunal Constitucional español. En esa sentencia se anuló la ley de procedimiento que ordenaba que fuese el mismo juez penal quien estuviese a cargo de la instrucción como del Juicio en ciertos procesos, por ser ésta inconstitucional al atentar en contra de las garantías del debido proceso, poniendo a aquél en una situación de pérdida de la “imparcialidad objetiva”<sup>21</sup>. Esta tesis es plenamente aplicable en Chile al juez de control no sólo con relación a la mera figura de juez del juicio oral sino con toda asunción de figura de juez sentenciador, inclusive para los procesos abreviados.

---

<sup>19</sup> Fontecilla (n.11), p. 46. Como señala Raúl Tavolari el principio de imparcialidad es inadmisibles exigírselo al Ministerio Público, en razón de su labor activa y comprometida con la persecución penal. Pero sí es dable exigirle una actuación de corte objetivo. Conferencia sobre *Principios que informan el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, organizada por el Colegio de Abogados de la V Región.

<sup>20</sup> Dice el legislador de 1906 en el mensaje del Código de Procedimiento Penal: “Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis son casi incontrovertibles. Pero para adoptar en Chile una regla diferente se requeriría a lo menos duplicar el número de jueces...”, y como ya había confesado más arriba: “En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado [el de separar los jueces de la instrucción y el sentenciador, inclusive], y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”. Y no es que desconociese los argumentos para rechazar la no separación: “El juez sumariamente adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”.

<sup>21</sup> Comentando esta sentencia A. Carocca (n. 13), p. 194, explica la expresión “imparcialidad objetiva”, distinguiendo dos situaciones en que se puede encontrar a la imparcialidad a secas: en cuanto a la relación que el juez haya tenido o tenga actualmente con las partes, o bien en relación con el objeto del proceso; es a esta última, dice Carocca, a la cual hace referencia la sentencia española.

## 2. PRINCIPIO DE LA TITULARIDAD FISCAL EN LA PROMOCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL<sup>22</sup>

En la etapa de preparación del proceso oral, la de instrucción, una de las partes, el fiscal del Ministerio Público, con el auxilio de la policía y otros órganos, debe investigar el acaecimiento de un hecho en principio típico y de la participación en él, como asimismo, recolectar los medios para examinar el carácter delictual de éstos. De esta manera, la Constitución establece en la parte segunda del inc. 1° en el art. 80-A, que el Ministerio Público -cuando proceda- empleará la acción penal de ejercicio público prevista por la ley, y “dirigirá en forma *exclusiva* la investigación de los hechos”.

Esto significa que el constituyente impera que los tribunales de justicia quedan inhibidos de la dirección normativa de corte ejecutivo de los procesos criminales, a lo menos, en la fase de instrucción; por lo cual no podrán dirigir órdenes al fiscal con el sentido indicado. Lo que subyace aquí es una determinación de competencias en orden a que -como dicen Jorge Bofill Gentzch y María Inés Horwitz<sup>23</sup>-, son el Ministerio Público y el Legislador los que determinan la política criminal del Estado, por lo que el fiscal ordena de acuerdo a dicha política lo que corresponda en esta fase; de esta manera, y entiéndase de una vez por todas, no se le entrega al Magistrado el control del éxito de la instrucción, como para que tenga el poder de enderezar en opinión suya la investigación (no es el representante ni contralor del interés público de la investigación, sino el garante de los derechos públicos subjetivos, siguiendo a Giovanni Salvi). Como consecuencia de este sentido, en el evento de producirse una antinomia o laguna acerca de un punto en materia de estas competencias, la decisión que resuelva sobre el punto habrá de inclinarse en favor de la jurisdicción (sentido amplio) constitucional del fiscal.

Por su parte, el fundamento de fondo de esta regulación se encuentra, en opinión de Osvaldo Poblete Iturrate, en que “cuando el juez de control instruye, se envuelve en la investigación y compromete su posición objetivamente imparcial. [Así, se] optó por un juez verdadero y no por un inquisidor” y por ello es que “por principio el Juez de control no debe nunca ordenar diligencias probatorias directamente, porque no es un juez instructor, porque no es su función instruir sino controlar la ins-

---

<sup>22</sup> En el delineamiento del procedimiento penal, Mario Garrido Montt advierte que al proceder al estudio de la configuración de la función del fiscal no corresponde su análisis dentro de un sistema procesal penal inquisitivo como el del Código de 1906, ya que no se trata, en la lógica del nuevo sistema, de que en la persecución inquisidora se ha introducido un sujeto procesal más, de tal manera de entender que el imputado ahora será perseguido por tres entes, dos de ellos de mucho poder: el juez y el fiscal, fuera del querellante, con el objeto de transformar así en aún más precaria su defensa. Muy por el contrario, se trata de un esfuerzo para destruir el sistema inquisidor y acercar el orden procesal penal al acusatorio. Es por ello que como dice Tito Solari (n. 16) “si lo único que pretendemos es que el mismo expediente lo firme el Fiscal y no el Juez de Instrucción carece de sentido la formación o refortalecimiento del Ministerio Público”.

<sup>23</sup> JORGE BOFILL y MARÍA INÉS HORWITZ, en *Minuta de Comentarios Elaborada por los Profesores de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, inédito, pp. 20 y 21.

trucción y entre instruir y controlar se da la misma incompatibilidad funcional que ocurre entre instruir y juzgar”<sup>24</sup>.<sup>25</sup>

Certeramente dice Solari, que el Ministerio Público contribuye así a “desformalizar la investigación”<sup>26</sup>, pero en el sentido que no se forme una base registral con los datos recopilados en la etapa de instrucción, de tal manera que los jueces encargados de fallar no se vean movidos al uso del mentado registro para resolver en sede jurisdiccional, como constantemente hace la práctica forense inquisidora chilena del s. XX.

Por lo expuesto es que ha de descartarse la tesis de Sergio Diez (expuesta en comisión de estudio del Senado del Proyecto CPP.) que sugeriría que la idea constitucional de “dirección exclusiva” sería sólo meramente administrativa, en su más precario sentido, ya que para él la disposición prácticamente material de las diligencias de la instrucción sería de “exclusividad” del fiscal, pero el tribunal podría normar y ordenarle a aquél la dirección de dichas diligencias. Parece concordar Diez con una opinión anónima al decir que “una cosa era la dirección y otra la petición de ejercer esa facultad, de lo que se desprendería que el juez podría pedir alguna diligencia, pero, evidentemente, la dirección de esa diligencia corresponderá al Ministerio Público”. Así, pues, no tendría ningún sentido el que señalara que el juez de control, en tanto órgano jurisdiccional y, por tanto, normativo, pueda simplemente pedirle como favor (y nunca válidamente bajo el título de parte -sea con cualquier evasiva que quiera llamársele-, en tanto que juez), la práctica de alguna diligencia. En definitiva, pretende transformar la figura del fiscal en un secretario ejecutivo del proceso en fase de investigación.

En tal función, por mandato constitucional, podrán los fiscales impartir órdenes directas a las Fuerzas Armadas y de Orden durante la investigación, al igual que como actualmente lo pueden hacer los tribunales de justicia sobre las mismas autoridades (art. 80-A inc 2° CPR.). Asimismo, los funcionarios requeridos deberán cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrán calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, lo cual tendría una excepción en materia de legalidad: si se afectan derechos públicos subjetivos el fiscal exhibirá la autorización judicial previa (art. 80-A inc. 3° CPR.). En el caso que la orden implicase la comisión de un

---

<sup>24</sup> Osvaldo Poblete Iturrate, *Opinión del Decano de la Universidad de Los Andes al Proyecto de Reforma Procesal Penal*, inédito, p. 3.

Aunque no está muy claro en doctrina, el juez de control a pesar de realizar una actividad destinada a garantizar los derechos de los imputados, no es un “juez de garantía”, ya que no tendría facultades para investigar y pesquisar de modo general cualquier violación a los antes mencionados derechos por parte del Ministerio Público, sino que sólo puede realizar su función conservadora, sea cuando la ley le ordena expresamente controlar la actividad del Ministerio Público debiendo éste recurrir a aquél, o sea, cuando se recurre a su magistratura solicitando que controle la actividad fiscal que se pretende que ha violado algún derecho del imputado.

<sup>25</sup> Como manifestación de todo lo expuesto en torno a la dirección y carácter de la fase de preparación, surge la consecuencia lógica que las actuaciones de investigación y contrastación en dicha etapa, por regla general, no podrán servir directamente como fundamento a la sentencia.

<sup>26</sup> Solari (n. 16).

delito, quien ha de cumplirla parece, de acuerdo a nuestro orden, que no le quedaría más que acogerse a una especie de *remonstratio* para salvar su responsabilidad, y obedecer<sup>27</sup>. Sin embargo, otra solución resultará si se sigue de forma limitada la doctrina Eduardo Soto Kloss en materia de nulidad de las normas públicas, puesto que si viola el orden público constitucional (en terminología de Cruz Villalón), la regla de oro del Derecho Público, contemplada en el art. 7 de la CPR., le sancionará con la nulidad absoluta e *ipso iure*, careciendo, por tanto, de fuerza vinculante dicha orden<sup>28</sup>.

En torno al ejercicio de la acción penal hemos de anotar, al menos dos excepciones a este principio: primero, que el ejercicio de la acción penal de ejercicio público no es tan exclusivo del fiscal, pues el ofendido, sus representantes legales y parientes pueden también ejercerla<sup>29</sup>; y, segundo, en el caso de hechos punibles de carácter militar, quien tiene la titularidad de la acción penal es el Ministerio Público Militar, e igual problema se presentará al separar las competencias en el ejercicio de la acción penal de los fiscales del Ministerio Público con los de la Fiscalía Económica.

Concluida la instrucción viene una etapa de tensión dentro del proceso, en donde puede haber un choque de ideas y de fuerzas entre el Ministerio Público y el juez de control, provocado por el querellante que se opone al parecer del primero. El problema que se suscita es en torno a la existencia de suficientes antecedentes como para poder corroborar el carácter delictivo y la participación de los sujetos en los hechos investigados. Esto redundará en la negativa a formular la pretensión punitiva por parte del fiscal y la opinión del tribunal de control de existir suficiente fundamento como para acusar al imputado. La práctica primigenia del Chile republicano del s. XIX fue bastante híbrida y pernicioso: si el Ministerio Público era del parecer de no existir mérito para acusar, no obstante la opinión contraria del tribunal, no se

---

<sup>27</sup> Para la *remonstratio*, ver RENATO ASTROSA, en *Código de Justicia Militar Comentado*, p. 347, Edit. Jurídica de Chile. El español Rodríguez Devesa apunta, “la *remonstratio*, esto es, el derecho del inferior a suspender la ejecución de la orden para hacer presentes al superior los inconvenientes que se han de seguir de su ejecución (*remonstrare*). La *remonstratio* es un paliativo que se introdujo para atenuar la pernicioso repercusión que se puede tener en el servicio la teoría de la obediencia ciega, mas, en el último extremo viene a confirmar ésta, ya que si el superior reitera la orden al inferior éste debe cumplirla aunque sea antijurídica. El único país del que tengo noticia que admita la *remonstratio* en su Derecho militar, es Chile”. Citado por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal Chileno*, en RCP. 26 (1967) 3, p. 274.

<sup>28</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO: *La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno*, en RDP. 47/49 (1990/91); *La Nulidad de Derecho Público Referida a los Actos de la Administración*, en *Revista de Derecho*, UCV, 14 (1991/92); y *La Regla de Oro del Derecho Público Chileno*, en REHJ (1995).

<sup>29</sup> Guarda serias reservas sobre este punto Tito Solari (n. 16), para quien no existiría “la necesidad dentro del proceso reformado de un querellante particular, pues en el hecho significa que la acción penal pública le pertenece no sólo al Ministerio Público sino también a los particulares, lo que seguramente creará problemas en torno a la lógica interna del proyecto. Por decirlo directamente me quedo con la intervención de éstos como actores civiles o demandantes que no ejercen la pretensión punitiva, si bien tienen un interés que se vincula directamente a ella”.

acusaba pero ¿se continuaba el proceso sin acusación! El advenimiento del código de principios del s. XX significó un notable avance -aunque no por mucho tiempo-, al adoptarse el sistema alemán de forzamiento del tribunal al fiscal a entablar la acusación, para poder mantener así la contradictoriedad procesal. En el nuevo Código estudiado, en estricto rigor, si el Ministerio Público es el titular de la promoción de la persecución penal, no puede forzársele a acusar. Sin embargo, el procedimiento dispone que el juez de control –a petición del querellante– pueda forzar a la formulación de la acusación. Esto significa, que se estima en este punto, tan sólo una titularidad preferente pero no de forma absoluta del fiscal del Ministerio Público.

### 3. PRINCIPIO DE LA DISCRECIONALIDAD PÚBLICA

Sabemos ya que el Ministerio Público es el representante del interés público, y el órgano encargado de determinar la política criminal del Estado, en conjunto con el legislador. Ahora bien, esto último es lo que determina su potestad discrecional, es decir, su participación como órgano director de la política penal, puesto que se deja a éste la ponderación de forma previa y general de las diversas situaciones que puedan presentarse, para que los fiscales actúen tomando en consideración las prioridades autoimpuestas de la persecución penal.

Precisemos una cuestión terminológica. Hace algún tiempo atrás Ronald Dworkin ha expuesto para la voz “discreción” dos sentidos en relación con un contexto de autoridad, a saber: uno débil y otro fuerte. Señala que a veces hablamos de discreción en un sentido débil, para indicar la situación en que un funcionario al aplicar una norma u orden, no puede hacerlo mecánicamente, sino usando su discernimiento, es decir, cuando debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad. También se usa en sentido débil, para decir que “algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario”. Por otra parte, en un sentido fuerte, se quiere aludir a la situación del funcionario que no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad para tomar su decisión<sup>30</sup>. Ahora bien, es en este último sentido en que trataremos el problema de la discrecionalidad del Ministerio Público con relación a la dirección del proceso.

Asina, la discrecionalidad consiste en la facultad de obrar libremente por el órgano, sin que su conducta esté previamente determinada por la norma de Derecho<sup>31</sup>; es decir, la autoridad en estos casos queda en libertad para elegir el camino que le parezca más conveniente en el desempeño de su función. Por oposición, se encuen-

---

<sup>30</sup> DWORKIN, *Los Derechos en Serio* (trad. Marta Guastavino), pp. 84 y 85, Ariel. Para Dworkin el fundamento de esta distinción se halla en las diferentes ideas de decisiones “igualmente correctas” y la de ser solamente “ambas respetables”, de acuerdo a lo que ha venido distinguiendo la “práctica moral” (p. 453).

<sup>31</sup> ASÍ PEDRO PERRY, *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*, en *Revista de Derecho*, UCV, 8 (1984), pp. 161 a 183.

tra la competencia reglada, que -según Pedro Pierry- existe cuando la norma jurídica impone al poder público la decisión que se toma, en atención a ciertos requisitos que ella establece, de tal suerte, que en presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en el sentido prescrito por la norma<sup>32</sup>. De esta manera, la relación que se presenta entre estas dos competencias es de exclusión, pues en la medida en que la competencia no sea reglada, el poder de actuación será residualmente discrecional, ya que, dice el mismo Pierry, esta última se presenta cuando las exigencias de legalidad se han agotado<sup>33</sup>. La importancia de esto, se presenta a propósito del control jurisdiccional de legalidad de la actuación del Ministerio Público, puesto que aquél sólo podrá recaer en los aspectos reglados de su actuar y no en los discrecionales.

De acuerdo con lo anterior, existe discrecionalidad en el proceso por parte del Ministerio Público para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para la investigación, pudiendo llevarlas adelante hacia donde mejor le parezca y contando para ello con el auxilio de los órganos policiales. En la fase de instrucción, tiene -siguiendo a Roger Bonnard- un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación<sup>34</sup>.

En materia de competencia reglada encontramos, especialmente, los actos que afecten o puedan afectar los derechos públicos subjetivos y ciertos elementos de legalidad a la entrada de la instrucción. Desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional, ésta se ve muy reducida en la instrucción, teniendo como competencia casi exclusivamente lo relacionado con sus facultades conservadoras, por lo que en esta materia el grado de discrecionalidad de los fiscales se reduce.

#### 4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL DE LEGALIDAD

Dos principios son los que el legislador puede emplear en materia de prosecución de la persecución penal de ejercicio público: el de la oportunidad y de la legalidad. Desde el punto de vista operativo, el primero de éstos que se nos aparece en el proceso es el principio de oportunidad, específicamente, en su variante de archivo provisional<sup>35</sup>. Este principio traslada la competencia de la consideración de la oportunidad de la persecución desde el legislador al Ministerio Público, por excelencia, con alguna intervención judicial. Concretamente, se trata de la facultad de archivar provisionalmente todas las denuncias que no aparezcan susceptibles de investigación exitosa y para no iniciar, o bien, abandonar una persecución ya iniciada. La

---

<sup>32</sup> PIERRY (n. 31), pp. 162 y 163.

<sup>33</sup> PIERRY (n. 31), p. 163.

<sup>34</sup> CITADO PIERRY (n. 31), p. 162.

<sup>35</sup> Carlos Künsemüller expresa que existe una introducción limitada del principio de oportunidad, en un procedimiento que “en teoría está regido en forma absoluta por el principio de legalidad”. *Informe sobre Salidas Alternativas y Procedimientos Especiales en el Borrador del Anteproyecto de Nuevo Código de Procedimiento Penal*, pp. 18 a 21, inédito.

diferencia entre una y otra variante radica en la vigencia de la acción penal.

La base del principio la explica Alberto Binder dando dos razones: como razón negativa, el hecho de no existir “un sistema penal en país alguno que cuente con capacidad para investigar ‘todos’ los casos”, produciéndose un caos si se llevase a la práctica aquello; y, como positiva, el que es necesario entrar a una selectividad controlada de criterio técnico<sup>36</sup>; en este sentido, la técnica es garantía de prevención del menoscabo o gran menoscabo de los derechos público subjetivos.<sup>37</sup>

El momento para su ejercicio se radica en la etapa de instrucción. La facultad de archivo provisional viene limitada por el momento de intervención del juez de control. Con respecto a la otra variante, la formalización definitiva de la pretensión procesal penal se torna en el límite de dicha facultad<sup>38</sup>, puesto que aquella es indisponible para todos los sujetos del proceso (al menos en los procesos de acción de ejercicio público).

---

<sup>36</sup> A. Binder: hay algunos criterios legales que permitan dejar de lado casos de insignificancia: los de mínima responsabilidad, o fundándose en razones de economía judicial, reducir las investigaciones a los casos donde se cuenta con mejor prueba, o que permitan la obtención de prueba mediante la impunidad (*La Reforma Procesal Penal en Latinoamérica*, inédito, p. 24). En nuestra opinión, muchos de estos criterios si bien nos llevarían a tener una justicia bastante eficiente en términos relativos, podrían dejar en una situación bastante precaria al Estado de Derecho; algunos de ellos, incluso, tienen un dudoso carácter técnico jurídico.

<sup>37</sup> La misma evaluación tiene el legislador como *ratio legis* de la reforma, y así señala en el mensaje del proyecto: En los hechos todo sistema penal es inevitablemente selectivo. Existe una zona de la criminalidad que queda, también, inevitablemente fuera del sistema. En el caso del proceso penal chileno esa selectividad es discriminatoria, puesto que no hace más que reproducir los sistemas de estratificación social, afectando sólo a los sectores sociales más vulnerables... Es, pues, necesario, instituir un órgano... que en base a criterios político criminales explícitos y sometido a estrictos controles de responsabilidad, conduzca la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva... El gasto público en el sector deberá optimizarse en base a criterios que permitan su control”. Dentro de este contexto el principio de oportunidad es uno de varios mecanismos para lograr aquel objetivo; así el legislador estima que “Con el principio de oportunidad, más el archivo provisional y la facultad de no iniciar una investigación [por causa legal], y con la misma lógica que hoy emplean los jueces, se llegó a la conclusión de que más del 80% de las causas terminarían por alguno de estos mecanismos” (*Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, p. 16).

<sup>38</sup> Según Alexander Gallaher, siguiendo a Carnelutti y Serra, la pretensión penal no se propone verdaderamente en la acusación, sino más bien en la imputación, conteniendo aquella, no tanto la proposición de esta última, cuanto la razón de ella. *La Presunción de Inocencia y la Presunción de Voluntariedad. Análisis Crítico del Artículo Primero del Código Penal Frente a los Preceptos que en Chile Proclaman como Presunción la Inocencia*, en *Revista de Derecho*; UCV, 15 (1993/1994), p. 307, n. 60. Sin embargo, olvida el autor que, a lo menos en nuestro Derecho, la imputación de cargos implica, fundamentalmente, una valoración objetiva con relación a la tipicidad de los hechos, y sólo si existen antecedentes en el proceso que revelan ostensiblemente especiales circunstancias relativas a la reprochabilidad o a la antijuridicidad, se deben incluir en la consideración de la imputación (así Fontecilla y Waldo Ortúzar (n. 11) ambos, t. II, pp. 174 y 175). Esto significa que dicha imputación a lo más será un esbozo o proyecto incompleto de pretensión punitiva -

En la determinación de los criterios para el ejercicio de esta facultad, se presenta el problema de la posibilidad cierta de verse menoscabado el orden público penal (en tanto que su ejercicio implicará siempre que ciertos delitos queden impunes) y el principio de igualdad (al dar un trato diferente a los sujetos activos y pasivos o víctimas de diferentes delitos). Respecto de esto el legislador ha optado por un sistema reglado de la oportunidad. Así, como dijimos anteriormente, la facultad de archivar provisionalmente se consagra de forma previa y general, cuando no aparezcan antecedentes que permitan conducir a una investigación que se prevea como exitosa, a lo menos, para acusar. La procedencia de la facultad de no iniciar o abandonar, está reservada sólo para hechos típicos de poca gravedad (en relación con el interés público)<sup>39</sup> y siempre está bajo un cierto control de las víctimas. Excepción al principio: se impone el llevar adelante la persecución fiscal, aun en contra de la opinión del Ministerio Público, si se admite a tramitación por el juez la querrela conforme a las reglas generales (en esta primera variante), o bien, si el querellante y el juez coinciden en que la instrucción arroja antecedentes suficientes, para la apertura de la etapa jurisdiccional o existe un calificado interés de la víctima (en la última variante)<sup>40</sup>. Para asegurar la aplicación racional de la oportunidad, el fiscal debe emitir su norma motivándola de manera suficiente.

El marco delimitador de la actividad de oportunidad, está dado por la materia procesal penal, en los delitos de acción de ejercicio público. No es de olvidar, que aparte de aquella labor, el Ministerio Público también tiene una destacada actuación en otras materias, de acuerdo al art. 357 del COT., como las civiles, específicamente, en materia de nulidad absoluta (art. 1683 del CC.); en ellas el sistema jurídico no contempla dichas facultades de oportunidad para la apreciación de los casos, debiendo ceñirse estrictamente al principio de legalidad.

En oposición al ya expuesto principio está el de legalidad. En él la competencia exclusiva de determinación de la oportunidad para la exclusión del inicio de la persecución penal está radicada en el órgano del Estado llamado Legislador, el cual actuará a través de la Ley. Como señala Miguel Fenech, la pretensión punitiva del Estado, fundada en un hecho que reviste caracteres de delito, debe hacerse valer, necesariamente, por el órgano público adecuado, siempre que en un caso concreto

---

técnicamente entendida-, pues, en ella sólo se contendrán algunos elementos de ella y examinados de forma externa, pero no, por ejemplo, la punición que se pretende, sólo en la acusación la pretensión será completa y contendrá una valoración de la conducta. Igualmente, este esbozo tiene sólo un carácter provisional, siendo la acusación el acto en que se formulará la pretensión de manera definitiva.

<sup>39</sup> Hemos de apuntar que esta facultad no implica una exclusión automática de la persecución penal cuando se trate de delitos de inferior gravedad. Debe operar de acuerdo a criterios determinados de antemano por el Servicio, pues, no da lo mismo que un delito de penalidad baja sea cometido por un reincidente que por un “primerizo”, así como tampoco, la trascendencia del mal causado según la víctima que se trate.

<sup>40</sup> Aun cuando el juez de control no dé lugar a la reclamación del querellante, en las hipótesis de la segunda variante, los partícipes pueden, a través de la vía administrativa, ejercer un recurso jerárquico al interior del Ministerio Público, apelando a las políticas generales del servicio.

concurran los requisitos que exige la ley, con exclusión de toda facultad discrecional y de toda consideración de oportunidad<sup>41</sup>.

Las ventajas de este sistema -siguiendo en parte a Solari<sup>42</sup> - las reducimos a cuatro: a) establecer claramente que es el Derecho Penal quien determina el límite de lo punible respecto de lo que no lo es; b) el permitir, en principio, la igual aplicación del Derecho Penal en cada proceso; c) evitar un conflicto entre los diversos poderes u órganos del Estado, de preferencia entre el Legislativo y el Ministerio Público; y, d) asegurar el igual acceso a la jurisdicción penal.

El ámbito de aplicación del principio de legalidad hay que encontrarlo después de la aplicación de la primera variante del principio de oportunidad<sup>43</sup>. Es decir, después de que tenemos la intervención del juez de control, en tanto que a ésta se le imputa el efecto de vigencia del principio de legalidad, siendo la ley quien determinará los casos en que se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar el curso del proceso. Dentro de aquel marco, la legalidad rige por excelencia en dos situaciones: cuando se trate de hechos que revistan el carácter de delitos funcionarios o ministeriales; o en aquellos hechos que comprometan gravemente el interés público<sup>44</sup>, vgr. cuando los hechos tengan asignada una pena superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (540 días), en razón de que es la entidad del bien jurídico atacado y la calidad del ataque los que determinan la gravedad del delito, manifestada a través de la pena prescrita para éste.

## 5. PRINCIPIO DE INOCENCIA DEL IMPUTADO

Éste busca la protección de la personalidad jurídica del individuo, en tanto titular de bienes jurídicos indispensables para su pleno desarrollo, como la vida, la libertad, el

---

<sup>41</sup> MIGUEL FENECH, *Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 74 y 75, Labor. En su parecer, el Estado debe precaverse contra estas razones de oportunidad prohibiendo a sus funcionarios y a sus órganos jurisdiccionales el uso de ninguna facultad discrecional.

<sup>42</sup> Solari (n. 16).

<sup>43</sup> Hemos de apuntar con relación al tiempo de falta de vigencia del principio de legalidad, que la facultad de no iniciar la investigación, en la ya clásica situación de no revestir caracteres de hecho punible lo denunciado, así como cuando se desprenda de aquélla que la responsabilidad penal está extinguida, constituye una manifestación del principio de legalidad, enquistada en pleno ámbito de vigencia temporal del principio de oportunidad.

<sup>44</sup> La gravedad, como criterio de demarcación de lo que es legalidad y oportunidad, debe considerarse en vista a las circunstancias concretas en que se desenvuelva el Ministerio Público. La trascendencia social de los hechos es un punto que no puede dejar de considerar el fiscal, así y por ejemplo, la delincuencia histórica en una comunidad determinada, como las rurales, hace que se imponga el inicio y la investigación de hechos punibles que revisten una gravedad más baja que la que la ley estima o deja a la consideración del Ministerio Público. Por lo demás, la idea de “interés público” debe considerarse con relación a la trascendencia social de los hechos en cada comunidad en particular y no en la nacional; en esta última, los pequeños problemas de las comunidades, también pequeñas, se ven disueltos en la vorágine de las metrópolis, ya que las realidades e interpretaciones de aquéllas se perciben de forma distinta.

honor. Así, las consecuencias del principio de inocencia encuentran justificación en el alzaprima del orden constitucional a la persona como base de la sociedad civil en un Estado de Derecho. Por ello es que, mirado desde el ángulo inverso, el carácter excepcional de la afectación de aquellos bienes trascendentales (en el proceso penal tradicionalmente la libertad), hace que su menoscabo deba encontrarse, en concreto, plenamente legitimado y justificado, sea esto fuera o dentro de un proceso penal; lo es, en esta última variante, a través de todo el proceso, tanto de instrucción como de cognición.

Ordena el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “toda persona inculpada [culpada] de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”<sup>45</sup>. Sin embargo, se dice que no es éste, propiamente hablando, un principio de inocencia. Durante el proceso lo puesto en duda es, precisamente, la inocencia del imputado, y sobre la base de dicha duda es que se levanta la pretensión procesal de corte punitivo y se adoptan las medidas del caso. Asimismo, dicha inocencia constituye una cuestión con independencia lógica a la incoación del proceso, en el cual sí tienen efecto las reglas que mencionaremos. El acaecer previo a la relación procesal es lo que exclusivamente determina la responsabilidad o no del imputado<sup>46</sup>.

Según Gallaher -que sigue a Claria- ésta tampoco sería una verdadera presunción. La explicación de aquello radica en la inexistencia de una distribución en el proceso penal del alea probatorio, a diferencia de como ocurre en el civil, ya que es el Estado, por intermedio del Ministerio Público, el que tiene el deber de asumir de oficio (sin perjuicio, del obrar de la parte material) la actividad destinada a acreditar la existencia y relevancia de los hechos alegados en las defensas del imputado, en razón de su objetivo de verdad material; por lo tanto, será el mismo Estado el que asumirá las consecuencias del resultado probatorio, tanto para penar como para absolver<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Por su parte el art. 14 n° 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, dispone: “toda persona acusada [léase imputada] de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”. El origen normativo de éste lo encontramos en el art. IX de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que rezaba: “Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable; y si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuere necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

<sup>46</sup> Esta idea parece esbozar C. Beccaria (n. 12), p. 60, al decir: “¿Cuál es, pues, el derecho, sino el de la fuerza, que concede poder a un juez para aplicar una pena a un ciudadano *mientras se duda si es culpable o inocente?*”

<sup>47</sup> Gallaher (n. 38), p. 319. Al mismo tiempo nos recuerda Gallaher, que dicha actividad en favor y en contra del imputado, se funda en que el Estado no tiene por misión sancionar a aquél, sino que el castigar al responsable y absolver al inocente, calidad que depende de cuestiones ajenas al proceso, siendo la calidad de imputado o acusado sólo un efecto procesal.

En contra A. Carocca, quien señala que la garantía presunción de inocencia no puede ser confundida con el principio de *in dubio pro reo*, puesto que la presunción “exige la producción de prueba que la desvirtúe”; mientras que el principio sólo opera como norma de interpretación de la prueba rendida, de tal manera, que si éstas dejan duda se debe absolver, y citando la doctrina del Tribunal Supremo español expone: “el primero se refiere a la

Este principio es sobre todo, una regla o norma de juicio e, indirectamente, regla o norma de tratamiento<sup>48</sup>. La de juicio, se traduce en el principio *in dubio pro reo*; la de tratamiento, en la garantía del proceso previo (*nullum crimen nulla poena sine iudicio*). Sin embargo, nosotros creemos que este principio se presenta antes que nada como una figura técnica que encauza el actuar hacia el proceso penal (inserto incluso dentro del proceso de neutralización de la víctima). La retribución que se pretenda por cualquier persona o funcionario, debe siempre pasar por una sentencia de condena, y es en esa sentencia en donde, como corolario final del principio, se aplicará recién la norma de juicio.

### 5.1. Principio *in Dubio pro Reo*

Es una regla de juicio en virtud de la cual se ordena al juez que, en caso de no resultar corroborados los hechos atribuidos que constituyen los elementos fácticos del delito o de las agravantes de la penalidad, la decisión final sobre el asunto deberá inclinarse siempre en favor del imputado. Se trata en este caso de una duda razonable, pues, los jueces no han de tener una certeza ni positiva ni negativa acerca de la verdad de los enunciados de orden fáctico de las partes, relativos a la efectiva conducta del imputado: sea por la ausencia de medios de contrastación, sea por existir buenas razones para una y otra posición, corroboradas, además, por algún medio que se estima cierto, o bien, porque todas las conjeturas han sido falsadas y ninguna corroborada, etc.

Ahora bien, desde el punto de vista de la sentencia de condena, bastará para declarar responsable a un acusado, el acreditar la concurrencia de los hechos que configuran cada uno de los elementos del delito, y *no la ausencia de todos y cada uno de los posibles hechos que en la teoría eximen, excusen o modifiquen la responsabilidad penal*<sup>49</sup>. Esto significa que basta dar por cierto el delito mismo, sin nece-

---

existencia o no de una prueba que la desvirtúe; el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma” (n. 13), p. 185. Así también, el profesor de la Univ. de Santiago de Compostela Francisco Fernández Segado y el Tribunal Constitucional español en sentencia de 1989, ambos en *Las Garantías del Proceso Penal en España en Proceso Penal y...*, p. 579.

Sin embargo, no es bueno quedarse con la sola exposición de la doctrina española, pues, tenemos por ejemplo a Wolfgang Schöne, quien señala que la presunción de inocencia tiene como núcleo el *in dubio pro reo* (*Derechos Humanos y Procedimiento Penal: Pautas del Procedimiento Penal Alemán en Proceso Penal y...*, p. 606) y, en igual línea, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Barberá, Messegué y Jabardó (citado por F. Fernández *ibíd.*).

<sup>48</sup> Gallaher (n. 38), p. 317. Así también, GONZALO CALVO, TITO SOLARI, FELIPE DE LA FUENTE, FERNANDO PARADA, SERGIO ALFARO Y CLAUDIO BARROILHET *La Protección de los Derechos de las Personas en el Marco del Proceso Penal Chileno: Bases Para una Futura Reforma en Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, p. 424, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. La regla de juicio es aquella dirigida al juez ordenándole cómo debe fallar. Por su parte, la de conducta, señala el comportamiento que han de tener los sujetos procesales durante el curso del proceso.

<sup>49</sup> Gallaher (n. 38), p. 321.

sidad de hacer referencia de certeza, a título de mentís, a otra clase de elementos que producen efectos negativos sobre la responsabilidad delictual, pero cuya presencia no se discutió ni apareció como posible durante el proceso. Lo anterior, es sin perjuicio del deber del tribunal de hacerse cargo de explicar la actividad de contrastación que se ha desestimado, lo que no quiere decir que se explique el porqué no se han configurado *sub lite* cada una de las eximentes o atenuantes que la jurisprudencia penal estudia en general.

Un punto sobre el que hay una cierta controversia, es el relativo a la cuestión de existir duda acerca de la ocurrencia de los hechos que tienen por efecto eliminar o dulcificar la responsabilidad penal. Un sector jurisprudencial -como Fenech-, estima que una vez probado el hecho constitutivo del delito, si queda incierto otro hecho, impeditivo de aquél, como la coartada, o alguna atenuante de responsabilidad, y dado que la estimación de todos estos hechos es alternativa, en forma de dilema, entonces, el imputado debe sufrir la carga de la falta de la prueba; por lo tanto, el acusado debe probar la verdad de sus descargos para poder ser absuelto<sup>50</sup>. Por su parte, otro sector -como Gutiérrez de Cabiedes y A. Gallaher- estiman que siendo posible la existencia de la circunstancia cuya calificación comentamos y existiendo medios presentados no descartados ni plenamente aceptados, el principio *in dubio pro reo* hace que el imputado sea absuelto por la sentencia, precisamente porque este principio prescinde de la certeza probatoria para beneficiarlo<sup>51</sup>.

La concreción de este principio sólo puede lograrse recurriendo a ciertas técnicas como: la prohibición o limitación de la absolución de la instancia, que tiene expresión en nuestro Derecho en el sobreseimiento temporal, ya que implica que la duda en la resolución del juicio no concluirá en una sentencia favorable al imputado (sin contar con las consecuencias negativas en la seguridad jurídica de los ciudadanos); el reconocimiento por el orden jurídico que la actividad probatoria del imputado no es a título de carga probatoria o de deber, sino de derecho de defensa procesal; y siempre será necesario que aquello se manifieste a los sujetos procesales a través de la motivación de las sentencias, para lograr, también, el control de aquéllas.

Una última cosa, apunta A. Carocca que la “desvirtuación de la presunción de inocencia exige siempre una actividad probatoria, aunque sea mínima y no obstante que la prueba se aprecie en conciencia, como acontece en la generalidad de los procesos penales en el extranjero”<sup>52</sup>. Por nuestra parte, creemos que algo más que aquel requisito mínimo regiría en nuestro sistema ambiguo de sana crítica, aunque eso sí el juez deberá construir su argumentación de orden factual para falsar la llamada presunción.

---

<sup>50</sup> Fenech (n. 41), pp. 616 y 617.

<sup>51</sup> En opinión de Gallaher (n. 38), pp. 322, siguiendo aquí a Gutiérrez de Cabiedes, los hechos impeditivos o modificadores de responsabilidad “debe investigarlos determinadamente el juez [y el Ministerio Público] sólo cuando del conjunto de la prueba rendida aparece como *posible* su existencia. La investigación de oficio debe en ese caso enderezarse a la comprobación de dicha posibilidad, y si al cabo de ella no se obtiene certeza positiva ni negativa, la duda favorecerá al imputado”.

<sup>52</sup> Carocca (n. 13), p. 183.

## 5.2. Garantía del Proceso Previo

Teóricamente, consiste en que sólo habiendo un proceso legal previo, terminado por sentencia condenatoria, se considerará al acusado responsable y podrá aplicársele una sanción restrictiva de alguno de sus bienes fundamentales (¿vida?, libertad, honor, propiedad). Desde el punto de vista del individuo, el legislador lo entiende como el derecho público subjetivo de todo ciudadano a quien se le imputa un delito, a exigir la realización de un proceso público legal ante un tribunal de justicia, que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no los presupuestos de aplicación de una pena o medida de seguridad; es decir, de enjuiciar si cometió o no un delito y la punición que le cabe por aquél. En términos procesales, se trata de una regla de tratamiento en virtud de la cual sólo se es responsable y hay retribución, por sentencia condenatoria de término, de tal manera que durante el proceso sólo se tratará al imputado como una persona meramente sospechosa<sup>53</sup>.

Esta expresión del principio de inocencia en la garantía del proceso previo, viene a conducir, en otro sentido, a una verdadera reserva en favor del poder jurisdiccional en materia penal por lo que: “ninguna persona podrá ser condenada, penada o sometida a medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial”, según reza el texto del procedimiento proyectado. Esto significa que la competencia de la función de juicio oficial, constitutivo de estado en materia penal y sus consecuencias, queda radicado de forma exclusiva en el órgano jurisdiccional, y a ello llamamos “Reserva Jurisdiccional Penal”.

Lo expuesto nos viene a indicar claramente un paso más: el *ius puniendi* del Estado sólo puede hacerse presente luego de la sentencia condenatoria. Así lo explica técnicamente Fenech, señalando que el proceso y la acción penal que en él se ejerciten, no nacen de un delito, ya que la determinación de si éste se cometió se realiza al terminar el proceso y luego de ejercitada la acción. De todo delito y sólo después de haber sido declarada judicialmente su comisión, nace el derecho del Estado de castigar la infracción cometida contra el orden jurídico penal<sup>54</sup>.

En tal sentido, y como estricta regla general, no se le pueden imponer al imputado las consecuencias jurídicas restrictivas de libertad contempladas en la ley como pena o castigo por virtud de una norma jurídica particular que no sea la sentencia de término condenatoria, ni aplicársele de hecho la retribución descrita. Viola este principio -fuente constructiva del sistema procesal penal-, la normativa por la cual en mérito de un acuerdo de las partes del proceso, y el acuerdo del juez se le apliquen medidas restrictivas definitivas, descritas algunas por el Código Penal como pena, vgr. el destierro.

---

<sup>53</sup> Gallaher (n. 38), p. 313. Ahora bien, la trascendencia de este principio no es nueva en la jurisprudencia penal, así ya en 1764 Beccaria proclamaba: “Un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del Juez, ni la sociedad puede quitarle su protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada” (n. 12), p. 60.

<sup>54</sup> Fenech (n. 41), pp. 283 y 288. Agrega Fenech “y si por la especial concepción que de la acción tenía el legislador se ha confundido el contenido de ambos derechos [la acción como derecho a la acusación y el de castigar], es evidente que hoy no puede aceptarse que el derecho de castigar o *ius puniendi* se entregue, con anterioridad a la declaración judicial, a todos los ciudadanos...”

Esta garantía del proceso previo, se traduce para el legislador, principalmente, en el rediseño del régimen de medidas cautelares personales<sup>55</sup>, pues, tales medidas no pueden perseguir objetivos del Derecho Penal material, en particular, preventivas. En general, éstas se rigen por tres principios:

a) *Excepcionalidad*: es regla general que el imputado no debe sufrir ningún detrimento respecto del ejercicio de sus derechos individuales, mientras no se le imponga formalmente una pena; por lo tanto, “han de reducirse al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos, pendiente la tramitación del proceso”<sup>56</sup>; ese mínimo es la determinación de su necesidad en relación con los fines de las medidas cautelares personales;

b) *Subordinación*: estas medidas cautelares responden a los fines previstos por el Derecho Procesal al efecto y no a la mera referencia del Derecho Penal material. El legislador la interpreta en el sentido de la procedencia de las medidas cuando “parezca indispensable para garantizar la comparecencia futura del imputado a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio” (Mensaje);

c) *Legalidad*: se trata de que las medidas cautelares de orden personal deben ser impuestas de acuerdo a lo previsto por la ley. De aquí surge una división conceptual relativa a la limitación de la variedad de posibilidades de medidas (la cual se manifestó en una disputa en la década de los ochenta). Por una parte, tenemos la tesis del sistema taxativo de medidas cautelares. La Corte Suprema en un fallo del 16 de noviembre de 1983 señaló que toda medida de restricción de libertad personal no puede darse por implícita o tácitamente establecida, porque, conforme al art. 19 n° 7 de la Constitución que asegura: “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”, su limitación sólo debe proceder si la correspondiente medida está expresamente establecida por la ley<sup>57</sup>. Lo anterior rige aun cuando determinada figura cautelar haya sido doctrinariamente aceptada.

Por otra, está la hipótesis del sistema legalmente abierto de medidas. Sosteniendo esta tesis la Corte de Apelaciones de Concepción entendió que una medida restrictiva de libertad puede surgir implícita dentro de un contexto de normas legales que contemplen un sistema de restricciones; así, por ejemplo, constituiría una paradoja inadmisibles el que si el juez penal pudiese decretar lo máximo, como lo es privación de libertad, no pudiese restringirla, que es lo menos. El fundamento jurídico estaría en que el texto constitucional antes citado condiciona la garantía a que

---

<sup>55</sup> Para Wolfgang Schöne el fundamento de las medidas cautelares personales se encuentran en el principio de legalidad, ya que éste tanto como impone la necesidad de esclarecer cada sospecha inicial, hace que sea indispensable el tomar las medidas necesarias para lograr dicha finalidad. De aquí, que concluye que ellas “viven” (sic) de una sospecha contra el imputado de manera que sólo son lícitas en la “medida en que existen hechos que fundamentan una prognosis de una futura condena del tribunal” (n. 47), *ibíd.*

<sup>56</sup> A. Carocca (n. 13), p. 182.

<sup>57</sup> En la letra a) de la disposición dice: “Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, con la condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”; y, en la letra b): “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

se guarden las normas establecidas en la ley, dejando a salvo a terceros de perjuicios. Agrega la Corte que la norma en comento está dirigida a proteger a cualquier persona no sujeta a proceso y cita en apoyo las actas constitucionales en las cuales se expresa: “Las disposiciones actuales de la Constitución que corresponden a estos números no se refieren al proceso, se refieren al detenido y aclarando su posición [Jaime] Guzmán dice: lo que se está precaviendo es la situación de la persona que, independiente de todo proceso antes del proceso, y, por cierto, antes de cualquier condena, queda de hecho privada o menoscabada su libertad”. De no aceptarse esta tesis -se señala no expresamente-, conduciría a que las más de las veces se frustrarían o eludirán, por parte del imputado, las consecuencias del proceso penal<sup>58</sup>.

Creemos que por lo que respecta al legislador, éste recogió la primera solución de la disputa, es decir, de la especificidad de la descripción legal de las medidas, y así lo declaró expresamente al señalar: “se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas que restringen los derechos del imputado” (Mensaje).

Respecto de la medida de prisión preventiva, la idea del legislador es racionalizar y limitar al máximo su utilización, y con este objeto, su configuración se ve informada por los principios de:

I. *Proporcionalidad*, en cuanto que ésta sea a medida de la pena posible e imponible. Como dice Tavolari, siguiendo a J. Maier: “Evita que la ‘medida de coerción procesal’ en definitiva, una medida cautelar, sea más gravosa que la pena que pueda en definitiva corresponder”<sup>59</sup>. Esto tiene su principal concreción con relación al régimen de medidas alternativas a la pena, pues, para delitos de poca gravedad -más otros requisitos- (que hacen que sea muy poco probable que el imputado sufra, en el evento de ser condenado, una efectiva privación de libertad), parece que el pretender imponerle la prisión preventiva es desproporcionado y sumamente gravoso.

II. *Subsidiariedad*, se orienta a que se apliquen en el primer lugar de las preferencias medidas menos intensas que la prisión y, a falta de eficacia de éstas, proceder a aquélla, es decir, se configura como la última *ratio*; todo ello pasando por lo que informan los principios generales de las medidas cautelares. En este sentido, la prisión preventiva debe adoptarse cuando ella sea estrictamente indispensable, en relación con los fines del proceso, la seguridad del ofendido o ¿de la sociedad?<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Ambas sentencias son transcritas por Tito Solari y Ximena Tudela, *El Arraigo*, en *Revista de Derecho*, UCV, 8 (1984), pp. 203 a 215.

<sup>59</sup> Tavolari, *Necesidad Inmediata de una Reforma Procesal Penal*, en *Estudios de Derecho Procesal Penal*, p. 202, Edeval. Así también para el Derecho Alemán, W. Schöne (n. 47), p. 626, para quien éste es un requisito para la actuación de toda la actividad estatal “considera, en especial, la gravedad del hecho y de la sanción posible, por un lado, y las consecuencias del medio adoptado, por el otro”.

<sup>60</sup> La idea de peligro para la sociedad, dice relación con una particular idea del legislador: la estimación que sea probable que el imputado, en libertad, pueda atentar contra un bien jurídico penal en breve tiempo. En especial, se trata de que el imputado sea un delincuente habitual, todo ello de acuerdo a las lamentables experiencias capitalinas. Para enjuiciar esto el legislador entrega una serie de pautas a considerar por el juez como: la existencia de condenas pendientes, el goce de alguna medida alternativa a la pena privativa de libertad, la existencia de procesos pendientes (lo que invierte la presunción de inocencia), la gravedad de la pena en juego, la cantidad de delitos imputados y su carácter.

En este sentido, el Proyecto del Ejecutivo contenía dos normas absolutamente garantizadoras (que la Cámara de Diputados excluyó): una, pasado cuatro meses desde su orden se citaba a una audiencia para revisar la situación, en el sentido de cesar o prolongar la prisión preventiva (con lo que se hacía al Estado responsable de la situación jurídica del imputado); y, la otra, era un límite objetivo máximo de 18 meses para la prisión (con éste, de paso, se imponía al Estado la garantía de juicio sin dilaciones indebidas).

## 6. PRINCIPIO DEL CONTROL PREVIO DE AFECTACIÓN DE DERECHOS

Este principio surge como una garantía del principio de inocencia. El juez de control es el encargado de resolver las cuestiones que la actividad persecutoria fiscal y de la policía -en su auxilio- puedan generar, en relación con los derechos individuales del imputado, que no puede ser tenido ni tratado como responsable hasta que no haya sentencia de condena.

Este control constituye un gran límite a las amplias facultades del Ministerio Público, debiendo proceder siempre con intervención judicial previa a la afectación de los derechos subjetivos. Así se lo consagra expresamente en la Constitución, en su art. 80-A inc. 3, la cual exige, además, la necesidad de exhibir el decreto judicial, previamente, cuando la afectación implique la actividad de la Fuerzas de Orden y Seguridad. Desde la perspectiva normativa, esto significa que el juez no autoriza ni confirma el menoscabo, pues no está en el Derecho del fiscal el afectar de *motu proprio* los derechos civiles de los ciudadanos, ni es saneable dicha violación del Estado de Derecho. El juez es quien norma la afectación de las garantías, frente a la mera solicitud fiscal, pues, insistimos, aquél es el garante del respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, en el caso excepcionalísimo que el orden público y la seguridad de los ciudadanos se vean amenazados en forma cierta, exigiendo los hechos de la urgente actividad del Ministerio Público sin que sea posible obtener la orden judicial previamente, podrá proceder sin ella. La razón de aquello es que el Estado debe velar por el resguardo del bien común, pues el Estado de Derecho no sólo es violado directamente por una norma, sino que también si su eficacia es amagada, dejando en desprotección los bienes jurídicos y derechos de los demás ciudadanos. En tal caso, y siempre debiendo no vulnerar de mayor manera los derechos del imputado (por supuesto, jamás pudiendo someterlo a apremios ilegítimos), inmediatamente terminada la diligencia debe obtener la confirmación de la afectación de los derechos, bajo sanción de nulidad de aquélla y de las sanciones penales que correspondan<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Este tema no es una cuestión nueva, creemos que la disyuntiva acerca de si en todo caso se debe o no proceder de acuerdo a las formalidades legales y constitucionales, ya estuvo presente en la discusión privada entre Egaña y Portales -quizá con algunos argumentos que no compartimos de ambos-: dice el primero que sin orden judicial, frente a la amenaza de un individuo para derribar la autoridad, no puede el gobierno tomar prisionero a aquél; el segundo, por su parte, sostenía que una situación amenazante para el Estado, el orden público y la seguridad de los ciudadanos constituye una excepción a la Constitución, que autoriza la toma de medidas extraordinarias aun fuera o en contra de la legalidad (Vid. ALEJANDRO GUZMÁN, *Portales y el Derecho*, pp. 34 y 35, Edit. Universitaria).

También el juez ordena la corrección de los vicios de forma procesales y controla la acusación fiscal, pudiendo rechazarla sobreseyendo definitivamente o denegando la no acusación. De aquí que el juez se erija como garante de la legalidad de la actuación fiscal con relación a los justiciables.

## 7. PRINCIPIO DE LA PRECISIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Como muchas de las figuras procesales, este principio es una respuesta a una exigencia de Derecho material. La garantía del tipo de los delitos, exige un correlato jurisdiccional que asegure su vigencia en la práctica; esto es, de la exacta tipicidad. Claus Roxin señala que la garantía del tipo (*nullum crimen sine lege*) se erige como la primera limitación de la punibilidad del Estado. Así, la garantía del tipo, en tanto necesidad de concreción y claridad de las figuras delictivas, es recogida por el Derecho Constitucional en el art. 19 n° 3 inc. 8 de la CPR. “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Ahora bien, dentro de la idea del proceso penal como presupuesto indispensable para la punibilidad, Roxin expresa que los órganos de persecución penal no deben lanzarse sino solamente en contra de la realización de tipos penales exactamente descritos en la ley. Con ello no se deja al mero arbitrio de los entes jurídico-penales la persecución<sup>62</sup>, sin perjuicio de cualquier facultad de oportunidad. Y es aquí donde surge el necesario correlato de garantía procesal penal. El principio de precisión de la imputación asegura a los ciudadanos que el órgano de la persecución esté sometiendo realmente su actuar a la exacta descripción legal del delito atribuido.

Se trata este “principio de precisión de la imputación” de que la atribución formal de conducta al imputado, dentro de las etapas del proceso, refleje y aun desarrolle perfectamente la idea del tipo, esto es, la descripción de él hecho que se pretende cometido en conformidad con la figura delictuosa prevista por la ley, individualizándose tantos hechos como los que se estimen puedan ser típicos.

De esta manera, el Derecho Penal de hechos se traslada al proceso mismo -era que no- adquiriendo la trascendencia el “hecho preciso”, para juzgar. Aquello, la ciencia procesal convierte en hilo conductor del debate dentro del proceso, sin admitir determinaciones vagas del mismo o cambios de éste, en la etapa jurisdiccional, como general regla. Por lo tanto, ya no sólo basta la precisión exigida por la Ley Penal en la sentencia definitiva sino a través de todo el proceso penal. Verbigracia, dice Raúl Tavolari, que este principio es un elemento constitutivo de la congruencia procesal, y, por supuesto, parte fundamental de la garantía de la defensa, al ser base

---

<sup>62</sup> ROXIN, *Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* (trad. Enrique Bacigalupo), p. 58, Ediciones Pannedille.

Sin embargo, no hay que olvidar el otro sentido de la tipicidad expresado por Jiménez de Asúa, para quien el *nullum crimen nulla poena sine lege* arranca del principio de libertad, mientras que el principio de fraternidad trajo, históricamente, con él, la dulcificación y benignidad de las penas. “El de igualdad se plasma en la figura del delito -‘tipo’, dirán más tarde los penalistas modernos-; es decir, en la definición objetiva de cada una de las especies delictivas” *La Ley y el Delito*, p. 69.

de la operatividad de las medidas cautelares personales y de todo el proceso penal, pasando por la acusación hasta la sentencia<sup>63</sup>.

Una novedad importante en los medios de determinación de la imputación, es que se suprime el sometimiento a proceso y se le reemplaza por la denominada “formulación de cargos” del fiscal ante el juez de control. El teleos legislativo lo constituye el no relajar en extremo la “desformalización y desjudicialización” de la instrucción, al estar esta fase a cargo del fiscal, y el constituir, a la vez, una garantía del sujeto pasivo de conocer la imputación, facilitar su defensa, limitar el ámbito de la persecución para evitar sorpresas posteriores y controlar la actividad del fiscal. Asimismo, evita el prejuicio que implica una resolución judicial, puesto que se considera al mero procesamiento un anticipo de plausibilidad de la imputación (*fumus boni iuris*)<sup>64</sup>, y, de igual manera, intenta poner fin a la idea de privar primero de la libertad a un ciudadano y luego enjuiciar si se justifica mantenerlo encarcelado<sup>65</sup>.

Sin embargo, este trámite de formulación de cargos que expresa un mínimo de formalización de la instrucción, y reviste para el proceso la calidad de “esbozo de pretensión punitiva” -por ende, incompleta y provisoria- guarda una especial relación con la acusación. Ésta, que constituye la formulación definitiva y completa de la pretensión punitiva, “sólo puede referirse a hechos incluidos en la formalización de la instrucción, aunque se efectúe distinta calificación jurídica de los cargos”, según se norma, los cuales deben estar indicados de manera clara, precisa y circunstanciada<sup>66</sup>. Esto es manifestación de que la determinación fáctica de la imputación es la única que tiene trascendencia absoluta para efectos de la congruencia procesal, mas no la de la calificación jurídica, al menos en la etapa de instrucción.

---

<sup>63</sup> R. TAVOLARI, en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, pp. 109 a 119, Edit. Jurídica de Chile; “Esta característica... sólo adquiere dimensión concreta cuando comprende efectiva conducta humana, esto es, cuando se imputan acciones u omisiones, con prescindencia anticipada del calificativo jurídico que las mismas merezcan.”

<sup>64</sup> Tavolari, *Tribunales...* (n. 63), p. 115.

<sup>65</sup> Recuérdese lo señalado por E. Paillás, en el sentido de que fue José B. Lira el que confundió el auto de reo (por el cual se hacía parte al “inculcado” al proceso y se le comunicaba los cargos) con el mandamiento de prisión, al confundir las palabras reo y procesado, lo cual trajo como consecuencia que la encargatoria de reo llevará consigo automáticamente la prisión preventiva (*Derecho Procesal Penal*, t. I, pp. 156 y 157, Edit. Jurídica de Chile). Lo anterior, ha llevado a que se sostenga por algunos, que no corresponde un juicio meramente objetivo en el auto de procesamiento (ex auto de reo), puesto que si se lo hiciese implicaría que podría ser encarcelado, no siendo responsable del delito en razón de la falta de otros elementos.

<sup>66</sup> En esta parte el proyecto señala expresamente: “La acusación deberá contener: c) la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho atribuido y de su calificación jurídica”. Sin embargo, hemos de apuntar que ya algunos juristas del s. XIX tenían preocupación por este tema, así y por ejemplo Manuel Egidio Ballesteros en el art. 439 de su Proyecto decía: “La acusación contendrá una exposición breve y precisa del hecho o hechos punibles que se atribuyan al reo o reos... Concluirá calificando con toda claridad cuáles son los delitos que aquellos hechos constituyen y la pena que deba imponerse a cada uno de los reos en conformidad con la ley”.

Así también lo vemos en la relación acusación y sentencia definitiva. La regulación del sistema acerca de la sentencia condenatoria dispone que ésta “no podrá exceder el contenido de la acusación, en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella”. En materia de calificación jurídica, sin embargo, se nos presenta una cierta flexibilidad de tratamiento. El fundamento jurídico de la pretensión punitiva sirve de base para el *titulus condemnationis*, por lo que la calificación jurídica vincula a los jueces de tal modo que no pueden hacer uso de un *titulus condemnationis* distinto del individualizado en aquélla<sup>67</sup>. El sistema contempla, no obstante, una excepción a lo expuesto: se puede cambiar la calificación jurídica en la sentencia definitiva, cuando se le hubiere avisado la posibilidad del cambio a los intervinientes durante la audiencia. Entonces, derechamente se puede alterar en fase oral la pretensión punitiva, por supuesto debiendo otorgar por el principio de defensa y de contradictoriedad, el tiempo necesario para poder defenderse de acuerdo a la nueva calificación.

Finalmente, tal y como habíamos dicho al inicio de la exposición del principio, la ley concreta la exigencia de precisión de la atribución, al concluir que la sentencia definitiva debe resolver positiva o negativamente cada uno de los delitos que se les hubiera imputado a los acusados. Es decir, la precedencia de la precisión del tipo hace que, cual espejo de cristal, éste se refleje en la mente del juzgador y sirva de base a la construcción del juicio de su sentencia, de tal modo de hacer tantos juicios volitivos como tipos pudiesen estar en juego.

## 8. PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD PARA LA VÍCTIMA

Este principio de indisponibilidad hemos de entenderlo dentro del fenómeno de neutralización de la víctima. De acuerdo con Winfried Hassemer, históricamente este proceso de neutralización de la víctima por parte del Estado ha sido un fenómeno consustancial con el surgir del mismo y del Derecho Penal moderno (frente a lo cual las referencias weberianas son obvias), al privar a los sujetos casi totalmente de la autotutela y, en especial, de la venganza privada<sup>68</sup>.

Esta neutralización se ha logrado a través de un simple mecanismo: el de la generalización de su interés. Así, en razón de la entidad del bien jurídico compro-

---

<sup>67</sup> Así, también, Miguel Fenech (n. 41), p. 397. No obstante, da cuenta Fenech de alguna excepción en el orden español: cuando el cambio no trae consecuencias más graves para el acusado, o bien, cuando después de la prueba en sus escritos de conclusiones se puede cambiar el fundamento de la pretensión.

<sup>68</sup> W. HASSEMER (n. 11), pp. 92 a 97. “El Derecho penal estatal se estableció cuando se llegó a constreñir a la víctima en el sistema de composición a su papel de receptor de la indemnización... El control del delito deja de ser tarea de la víctima, socialmente tolerada, para pasar a ser competencia del Estado, que se convierte en exclusivo detentador del monopolio de la reacción penal, correspondiéndole en exclusiva la realización violenta del interés de la víctima, a la que a su vez, se le prohíbe con la conminación de pena castigar por sí misma la lesión de sus intereses”.

metido<sup>69</sup> y de que este proceso cuenta con una parte formal encargada de llevar adelante la acción penal de ejercicio público y de formular pretensión de igual carácter, es que para la víctima es indisponible el proceso<sup>70</sup>. Es la sociedad toda la involucrada en el proceso a través del Ministerio Público, ya que fue ésta la que tipificó la determinada conducta que es materia del juicio y la calificó como de interés general.

Trata este principio de que la víctima no pueda lograr la imputación del efecto extintivo del proceso con su renuncia a la acción -una vez ejercida- o con su desistimiento. A su vez, desde el punto de vista preprocesal, el perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, en tanto *prius* necesario para que la jurisdicción pueda iniciarse. De igual manera, no podría imponer la determinación del contenido penal del proceso -de la calificación del hecho punible-, por su mera voluntad, a los órganos encargados de llevar adelante el proceso, sino en virtud de petición ajustada a la realidad<sup>71</sup>.

Una importante excepción a la neutralización de la víctima se encuentra en los acuerdos reparatorios. Imputándose delitos de bienes jurídicos disponibles, en virtud de un acuerdo víctima e imputado por la cual éste repara el daño ocasionado a aquél se extingue la acción penal. Frente a ello la única intervención estatal que cabe es la de controlar por el juez la regularidad del acuerdo<sup>72</sup>.

## 9. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DE LOS INTERESES VÍCTIMA

Si bien es cierto que, como bien ha descrito W. Hassemmer, el proceso de neutralización de la víctima ha sido fundamental en la constitución del Derecho Penal del Estado moderno, no lo es menos, el que se ha llegado a términos insostenibles de absoluta prescindencia de la víctima, en tanto actor más dentro del proceso, convirtiéndose éste más bien en un objeto o pretexto para la puesta en marcha del monopolio punitivo estatal.

Asina, por ejemplo, el gran sujeto ausente del Derecho Procesal Penal chileno de 1906 es la víctima, cuya intervención se reduce a ser considerada como parte del objeto del proceso. En efecto, fuera de interesar a la ciencia procesal penal por recaer sobre ella la amenaza o lesión, en principio típica, del bien jurídico, aquélla se encuentra librada a su suerte respecto de la intervención como parte del proceso, en tanto logre ser querellante particular.

---

<sup>69</sup> Según el Dr. M. de Rivacoba y Rivacoba: “El Derecho penal liberal se caracteriza por: (...) la consideración básica del delito como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general”, *Orden Político y Política Criminal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 5 (1995), p. 848.

<sup>70</sup> En igual sentido ALESSANDRO BARATTA, *La Vida y el Laboratorio del Derecho. A Propósito de la Imputación de Responsabilidad en el Proceso Penal*, en *Doxa* 5 (1.988), p. 278.

<sup>71</sup> Así Fontecilla (n. 11), t. II, n° 159, p. 38.

<sup>72</sup> Para Künsemüller esto implica convertir a la reparación del daño en parte del sistema de control social penal. De esta forma, en ciertas situaciones la actividad reparadora del imputado se coloca al mismo nivel de la pena y de la medida de seguridad, pudiendo llegar a sustituirlas a las que idealmente pudiesen imponerse (n. 35), pp. 27 a 30.

Con lo expuesto se ha dejado un punto sin solución. Dado que en el Estado de Derecho su construcción ha de girar en torno a la dignidad de la persona, no se determina en qué medida han de dársele las oportunidades a las víctimas -en especial, las no difusas- para participar en el legítimo auditorio en el que se enjuicia a su ofensor, respetándose su legítima intervención en defensa de su postura, y la necesaria supresión de venganza privada<sup>73</sup>.

La exigencia del debido proceso del art. 19 n° 3 de la CPR. exige algo más en los mundos normativo y empírico. Las Reglas Mínimas del Proceso Penal de las Naciones Unidas imperan sobre los Estados en la regla 41ª la adopción de “las medidas necesarias para garantizar un trato humano y digno a las víctimas y perjudicados por el delito”, así como la “ayuda necesaria” (R. 40ª). Una de las concreciones de esto es “el derecho a ser oídos y a ser atendidos por abogado, el que en casos graves, podrá ser designado de oficio” (R. 42ª).

Por ello la gran diferencia del sistema del nuevo Código con el sistema legitimación procesal penal de principios del s. XX -así como el de violencia intrafamiliar no es parte directa de la idea en el contexto argumentativo-, es que las víctimas son partes del proceso *ipso iure* y no requieren de ejercer acción ni denuncia (como lo señala penosamente el de violencia intrafamiliar) para tal efecto, sin perjuicio, de la facultad de éstas de querellarse para iniciar o determinar la investigación de la instrucción y de poder forzar la acusación fiscal.

Los fiscales, por otra parte, tienen el imperativo de velar por los intereses de la víctima y los jueces el de garantizar sus derechos durante el proceso. Vgr: El deber del fiscal de demandar civilmente en favor de la víctima, cuando ésta no cuente con abogado y el deber del juez de pronunciarse sobre la demanda civil aun en caso de absolver.

## 10. PRINCIPIO DEL CONTROL PROCESAL MUTUO

Este principio surge de la necesidad de la única instancia, dado que el justiciable será sometido a un solo juicio, por lo menos en cuanto a la determinación fáctica de la imputación. Se vuelve, así, del todo indispensable que este proceso de única instancia esté sometido a la mayor cantidad de controles no jerárquicos -pues el sistema impide los verticales amplios y generales, a una vez-, de tal forma, que los actores del proceso estén sujetos a controles de orden horizontales o recíprocos.

Frente a las críticas de que sin apelación y consulta no habría suficientes garantías para los imputados, el legislador estima que la clase de controles del nuevo sistema es la única forma de asegurar la vigencia del imperio del Derecho, sin menoscabar la idea fundamental de inmediatez, y constituye la seguridad del ciudadano al nivel de la determinación de los hechos, a lo menos. De esta forma, el arribo hacia la sentencia definitiva ha de ser lo más “limpio” posible.

---

<sup>73</sup> Desde un punto de vista de política procesal penal, Binder nos dice: “No es posible depositar una confianza ilimitada en la capacidad del Estado para investigar los delitos porque muchas veces el propio Estado, inclusive mediante agentes de alto nivel, está comprometido en la comisión de delitos. En consecuencia, la víctima no sólo cumple un papel crítico, reactivo contra las tendencias burocráticas del Ministerio Público, sino que relativiza el posible poder criminógeno de los agentes del Estado -mal todavía no excepcional en América Latina-” (n. 35) p. 25.

La única manera de determinar la existencia de una cantidad racional de controles horizontales respecto a la sentencia definitiva es mediante la intervención de diversos sujetos con poderes procesales. De esta manera, el legislador procesal penal posibilita la participación de un variado número de intervinientes en el proceso: el fiscal, juez de control o del juicio oral, el imputado y su defensor, la víctima, y el querellante particular, todos ellos con poder de fiscalización de las actividades de los demás, si bien es cierto que cada uno en la medida de su calidad, ya que no es lo mismo la fiscalización de un juez que la de un particular, el cual debe actuar, a veces, por medio de aquél. Dentro de ello es que, también, hemos de enmarcar la existencia de los recursos o solicitudes administrativas al interior del Ministerio Público, así como el mismo recurso de apelación para las resoluciones que corresponda.

## 11. PRINCIPIO DE VINCULACIÓN POSITIVA A LA CONSTITUCIÓN Y A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Elemento característico y fundamental del Estado de Derecho es una Constitución rígida, de tal forma que todos los operadores jurídicos y ciudadanos deben ajustarse absolutamente a ella, tanto en su conducta, como para la producción de la ley y resoluciones judiciales, es decir, de la normatividad. Asimismo, debe recordarse que toda la validez del orden jurídico del Estado de Derecho se reconduce en definitiva a la norma Fundamental.

Por otra parte, un elemento de igual naturaleza lo constituye el reconocimiento y respeto de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, existiendo las vías adecuadas para que éstos puedan hacerlos valer, tanto frente a otros ciudadanos, como frente al Estado. De tal manera, que el sistema procesal penal y sus actores - como el juez y el Ministerio Público-, deben reconocer necesariamente en todos sus ámbitos y sin excepción, la orientación y primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales ya sean reconocidos por aquélla o por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, según el art. 5 de la CPR. (sin olvidar que el Derecho Internacional Público, en tanto que orden jurídico, también es vinculante en Chile, especialmente, a través de las normas de *Ius Cogens*, que es el Derecho necesario e inalterable del orden internacional).

Esta interpretación es confirmada por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual prescribe: “La segunda obligación de los Estados Partes [Chile lo es] es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención [Americana de DD. HH.] a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Así, el proceso penal *se organiza a partir* del desarrollo de los principios generales del orden jurídico contenidos en la Constitución de 1980, en los tratados internacionales y normas de *Ius Cogens*<sup>74</sup> de la especialidad, *antes que en la propia ley*.

---

<sup>74</sup> El problema de la fuerza obligatoria de las normas de *Ius Cogens* radica en el fundamento de su validez: imperan en el proceso penal chileno porque, o las consideramos parte inte-

Y así lo dispone la Constitución que ordena en su art. 6, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas. Los preceptos de esta Constitución obligan [vinculan directamente] tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos...”. Por lo tanto, los jueces deben proceder a la hora de determinar el procedimiento, a fin de incoar un proceso concreto, integrando a la Constitución y los tratados, las normas procedimentales legales; es decir, todas directamente y en conjunto, imponiéndose primero las de mayor jerarquía (*sólo así se tendrá el verdadero procedimiento penal chileno*).

Ejemplo de la subordinación legal, es que el propio cuerpo normativo impera que si alguna peregrina sentencia se ha dictado con infracción a la Constitución - incluyendo los tratados contemplados por éstas- y aun cuando parezca que en principio no se ha violado ninguna norma legal, sea susceptible de casación por parte de la Corte Suprema, haciendo uso, según nuestra opinión, de sus funciones conservadoras, debiendo ella, por ser su imperativo, al estar comprometida la integridad del sistema y del Estado de Derecho, de hacerlo aun de oficio.<sup>75</sup>

Es necesario considerar, como señala Pedro Nikken, que ésta integración e interpretación de los tratados deberá hacerse de buena fe, teniendo en cuenta siempre su objeto y fin, cual es la protección de los derechos humanos; lo que, en definitiva, nos conducirá lógicamente a lo que denomina la interpretación humanitaria<sup>76</sup>. Lo anterior, es también perfectamente aplicable a la Constitución si seguimos a Raúl Bertelsen, en cuanto a que debemos interpretar aquélla desde un principio de buena fe, de manera que estemos a seguro amparo aun de posibles abusos en el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>77</sup> (cuestión que ya ha puesto de relieve la doctrina comparada<sup>78</sup>).

---

grante de la Constitución, en razón de prescribir derechos esenciales a la naturaleza humana; o por razón de su característica internacional de vincular al Estado de Chile y, por ende, obligar necesariamente a sus representantes (en este caso a los magistrados de la República) dado que su “naturaleza” es de constituir una limitación al poder de soberanía. Es indispensable que recordemos a un antiguo autor, don Jorge Huneeus, cuyas lecciones por estos tiempos los constitucionalistas han olvidado, que señalaba que el Derecho Público Internacional “prevalece siempre sobre las disposiciones del Derecho Público meramente Interno de un país determinado... Donde habla el Derecho de Gentes calla el Derecho Público Interno” (*Obras Completas* (1890), t. I, p. 106).

<sup>75</sup> El procedimiento penal, no es de olvidar que está sujeto al principio del debido proceso consagrado en el art. 19 n° 3 de la CPR., y es susceptible como cualquier norma legal de ser privada de eficacia a través de la acción de inaplicabilidad contenida en el art. 80 de la CPR. si es que se aparta de su imperatividad, debiendo la Corte Suprema actuar aun de oficio, puesto que en materia de defensa de la Constitución no rige el principio de pasividad porque ningún derecho mira al solo interés del ciudadano.

<sup>76</sup> La interpretación humanitaria, según expresa Nikken, tendría dos consecuencias a lo menos: una, es que se hace posible una interpretación evolutiva de las normas humanitarias; y, la otra, que enfrentado el juez a dos interpretaciones posibles, deberá elegir la que implique una mejor protección de los derechos del individuo. Citado por Cecilia Medina, *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, p. 28, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

<sup>77</sup> Bertelsen funda su enunciado en que el art. 6 inc. 2 de la CPR. obligan a los órganos estatales como a toda persona, por consiguiente, todos deben respeto a los derechos y libertades de los demás. *El Legítimo Ejercicio de los Derechos Constitucionales*, en *Revista de Derecho*, UCV, 10 (1986), pp. 153 y 154.

## 12. PRINCIPIO DE PRONTITUD DEL JUZGAMIENTO

Dentro de las variantes para entender este proceso, está la de “forma de realización del Derecho Penal liberal” (no en un único sentido de penar, sino también de garantía de libertad). Su trascendencia en la construcción del proceso penal radica -como dice Wolfgang Schöne- en que el objetivo de éste sea la decisión sobre una sospecha de un comportamiento punible<sup>79</sup>, sospecha construida sobre la base de las imputaciones levantadas por los representantes oficiales del interés público en el proceso mismo. Esto pone sobre los ciudadanos una gravosa carga: el estigma social de ser sospechoso de haber cometido un delito, de ser delincuente. El proceso penal, ahora mirado desde el punto de vista exclusivamente procesal, pone a los individuos en una situación de incertidumbre acerca de la suerte que correrán los bienes jurídicos de mayor relevancia para sus existencias, independientemente de si en realidad son responsables o inocentes. Todo ello es sin contar que los imputados pueden ser objeto, además, de medidas cautelares personales.

Frente a ello el Derecho humanitario ha sido muy claro. Ha dispuesto el derecho para todo individuo de exigir a los órganos estatales el cumplimiento del deber de juzgar sin dilaciones indebidas (art. 14 n° 3-A del PDCP.) dentro de un plazo razonable (art. 7 n° 5 de la Convención Americana) la cuestión penal. Centrados en este problema, los ojos se posan en el moderno concepto de Jurisdicción, porque el proceso es un concepto pensado fundamentalmente como temporal, finito, destinado por la finalidad de la Jurisdicción misma a poner la certeza en el Derecho y la seguridad en la vida jurídica de los ciudadanos, por medio de la decisión inmutable contenida en la norma de individuar, cual es la sentencia, a la cual se orienta todo el proceso.

Aquellas exigencias normativas del debido proceso, aun consagradas en la Constitución, vinculan al legislador a la construcción de un sistema procesal que garantice el pronto juzgamiento del imputado, y a los jueces y fiscales a dar trámite expedito y eficiente al proceso penal, debiendo los jueces, además, anular o exigir la pronta terminación de los procesos injustificadamente extensos. Con esto se nos pone en una situación de difícil respuesta: la de las causales de justificación de la extensión del proceso.

No se trata de que desde el primer acto de instrucción hasta la sentencia de término todo sea absolutamente veloz -en una palabra de oscura trascendencia: sumarial- por impedirlo la conjugación de otros principios, como los de contradictoriedad de defensa procesal. Un debido proceso (aquí es donde encontramos un elemento que se opone a la simple solución exigida por la idea de rápido alivio al estigma social) requiere de un cierto tiempo o dilación, indispensable para llevar adelante las investigaciones tanto de una como de otra posición procesal. Es por ello que son causales racionales de dilación o de plazo razonable, como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la complejidad del caso tanto en

---

<sup>78</sup> Véase el excelente trabajo del profesor Carmelo Gómez Torres, titulado *El Abuso de los Derechos Fundamentales*, en *Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, pp. 301 a 332, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

<sup>79</sup> W. Schöne (n. 47), p. 606.

cuestión de hechos como de Derecho, la conducta de los acusados, y dispuso, otrosí, que es necesario considerar la conducta de las autoridades competentes del caso (caso “Buchholz”, 1981; caso “Pretto y otros”, 1983)<sup>80</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha sentado la buena doctrina de que si la dilación no es imputable a negligencia o dolo de los órganos del Estado sino a exceso de trabajo de éstos, los funcionarios no son responsables personalmente, mas no es suficiente título para hacer oponibles a los ciudadanos la mencionada dilación<sup>81</sup>.

No obstante lo anterior, algo más general ha sido el mismo Tribunal Constitucional, pues, ha entendido, recurriendo al *standard* de normalidad, que juicio sin dilaciones indebidas es aquel proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido, y en el que los intereses en juego en el proceso pueden recibir pronta satisfacción. Por su parte, interpreta que hay violación de este principio, cuando existe un supuesto extremo de funcionamiento anormal de los órganos estatales, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable, y, además, imputable a la negligencia o inactividad de dichos órganos<sup>82</sup>.

Ahora bien, este principio tiene concreción a través de todas las fases del proceso, esto es, tanto en la instrucción, oral y aún en la de los recursos procesales, adoptando en cada una de ellas diferentes rasgos. Sin embargo, hemos de apuntar que lo principal en la fase ante los tribunales *ad quem* es la prohibición de eternizar la espera para la vista y fallo del recurso.

## 12. 1. Principio de Limitación de la Instrucción

La experiencia del legislador le ha revelado que las etapas de instrucción en los procesos inquisitivos chilenos se han vuelto general y excesivamente indefinidas, pues, es el fin del sujeto activo del proceso -el juez- agotar la prueba mientras tenga plenos poderes sobre la investigación y el imputado, al permanecer esta fase en secreto.

De esta forma, la indefinición temporal del proceso deja al imputado en situación de incertidumbre, ya que no se verá libre de esta espada que puede pender por largo tiempo de su vida sobre su persona, sin poder librarse de la acción del poder estatal, capaz de privarle de su libertad y, todavía, de su vida. Por lo tanto, y como dijimos, esto se presenta como una carga inaceptable en el Estado de Derecho, para el cual la seguridad jurídica es uno de sus objetivos.

Es de considerar que la instrucción es sólo una etapa de preparación, y, por tanto, fundamentalmente finita, destinada a servir de base a la actividad acusatoria de la fase propiamente jurisdiccional, la cual, a su vez, tiene en el Estado de Derecho a la certeza y la seguridad de los ciudadanos por objetivos. Por lo tanto, insertos en este modelo de Estado, la justicia, así como su instrumento, la investigación, no pueden darse a todo costo.

El legislador concretando la exigencia humanitaria de los tratados sobre la mate-

---

<sup>80</sup> Citadas por Fernández Segado (n. 47), p. 592.

<sup>81</sup> Sentencia del 14 de marzo de 1984, citada por Fernández Segado (n. 47), p. 593.

<sup>82</sup> Sentencias del 22 marzo de 1985, y del 4 de julio de 1988, citadas por Fernández Segado (n. 47), *ibíd.*

ria que exigen el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14 n° 3-A del PDCP.) dentro de un plazo razonable (art. 7 n° 5 de la Convención Americana), limita la instrucción a un máximo de dos años, a partir de la formulación de los cargos por el Ministerio Público en la formalización de la instrucción. Antes de ello, por lo menos, no representaría una gravísima carga para un ciudadano en particular. Las imputaciones de las consecuencias previstas para el evento de sobrepasar el plazo son: cierre de la investigación, incluso forzada, y, en el evento de no acusar oportunamente, el sobreseimiento temporal o definitivo.

## 12. 2. Principio de Concentración

Dentro del juego de los modelos de sistemas del proceso penal: acusatorio-inquisitivo, cada uno de éstos tiene un particular modo de desarrollo del procedimiento punitivo. En efecto, el objetivo del proceso de corte inquisitivo hace que su estructura no busque la concentración de las actuaciones sino que favorezca la investigación a todo costo; y ello implica el poder extenderla a lo necesario, hasta agotar casi toda alternativa de la acusación levantada, aun sacrificando la seguridad de los ciudadanos.

La exigencia de juzgamiento “sin dilaciones indebidas” establecida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, llevada a la etapa propiamente jurisdiccional del proceso, hace que el legislador deba adoptar un procedimiento con las formalidades adecuadas para que aquél se produzca en un “plazo razonable”, como dice, ahora, la Convención Americana. De aquí que la concentración de los actos procesales en el diseño del sistema sea una necesidad normativa impuesta por la jerarquía del orden jurídico chileno.

La concentración procesal se trata -en opinión de Cristián Riego y Jorge Mera Figueroa<sup>83</sup>- de que el conjunto de actos que se desarrollan durante el proceso se deban llevar a cabo en forma continua y en un espacio de tiempo no muy extenso (razonable), de manera tal, que la decisión o resolución final por parte del tribunal -absolución o condena- sea adoptada en forma oportuna y con prontitud. Así, el concreto desenvolvimiento del juicio oral se hace en un procedimiento de unas pocas audiencias.

Con ello se logran dos cosas fundamentales: celeridad y garantía de buena justicia. La celeridad del proceso tiene como fin el que la sospecha que recae sobre el acusado, luego de habersele imputado los cargos y acusado<sup>84</sup>, sea resuelta de una vez poniendo la certeza necesaria. La buena justicia se asegura gracias a la proximidad temporal entre los hechos ocurridos en el proceso y la convicción del tribunal. La concentración hace, según Calvo, Solari, de la Fuente, Parada, Alfaro y Barroilhet, que todos los elementos del proceso deban producirse y exhibirse en una apretada sucesión de actos que permitan a los jueces apreciarlos... casi simultáneamente<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> C. Riego *El Proceso Penal Chileno Frente a la Constitución política del Estado y a la Convención Americana de Derechos Humanos*, p. 333; y J. Mera Figueroa *Propuestas de Reforma del Sistema Procesal Penal Chileno desde la Perspectiva de los Derechos Humanos*, p. 361; ambos en *Proceso Penal* y...

<sup>84</sup> Cfr. Schöne (n. 47), p. 608.

<sup>85</sup> Calvo, Solari, de la Fuente, Parada, Alfaro y Barroilhet (n. 48), p. 483.

Por esto la continuidad del proceso surge como el complemento indispensable de la concentración. El tiempo máximo que medie entre una y otra audiencia será de diez días, bajo sanción de nulidad.

### 13. PRINCIPIO DE CONTRADICTORIEDAD

Estamos en presencia de uno de los principios claves del debido proceso y del procedimiento nuevo; sin éste de nada servirían los demás. Es el libre e igualitario juego de las opiniones y la posibilidad de la adecuada preparación de la defensa de cada una de las partes, la que viene a constituir un fundamento de legitimidad del proceso, pues, es este principio el que constituye al debate mismo, al pleno desarrollo de la relación procesal<sup>86</sup>. El logro de la verdad -protección definitiva de los ciudadanos- es garantizado a través de la libertad y no en un monólogo judicial susceptible de ser afectado por una multiplicidad de influencias, que el juez si actúa bajo el manto del secreto difícilmente las percibiría.

El detrimento de este principio afecta al seno del proceso y alcanza por efecto del principio de trascendencia hasta la misma sentencia definitiva, debido a que ella se funda en actuaciones viciadas de nulidad absoluta.

Este principio está integrado por la manifestación de otros, a saber: el de igualdad y de la inviolabilidad de la defensa. Si son conculcados estos principios, la

---

<sup>86</sup> Esto no implica asumir la posición de Francesco Carnelutti, seguida en Chile por Francisco Hoyos Henrechson (n. 15), pp. 177, 178 y 182, con respecto al concepto de *litis* o proceso, en el sentido de ser éste el medio en el cual se resuelven, esencialmente, conflictos de intereses, siendo por una parte pretendida una cosa y por otra negada, por ello lo contencioso era el criterio distintivo entre la jurisdicción y la actividad voluntaria. Ya Piero Calamandrei, respondió adecuadamente a dicha posición doctrinaria, al señalar: primero, es cierto que en los albores históricos de la civilización pueden encontrarse en el arbitraje el origen de la función jurisdiccional; segundo, que el Estado de Derecho moderno ha reivindicado para sí el exclusivo monopolio del ejercicio de la jurisdicción; tercero, por lo anterior, se ha ampliado el contenido de la función jurisdiccional coordinándolo con otras manifestaciones de la soberanía, siendo esta función una integración y prosecución de la función legislativa; cuarto, no es verdad que la intervención de la jurisdicción, a través de procesos presuponga indefectiblemente un desacuerdo actual entre los sujetos de la regulación normativa; quinto, al interés en la pacificación social, el Estado lo ha sustituido por el de la actuación del Derecho objetivo; sexto, existen procesos en los cuales no tienen como presupuesto necesario la existencia de una controversia, y no sirven para eso, como los procesos en que está involucrado el orden público, en que aún existiendo acuerdo de las partes, el Derecho exige en el proceso su término por sentencia, pues los intereses en juego no son disponibles por los que figuran como partes en el proceso; séptimo, el proceso penal no tiene como finalidad el remover un desacuerdo existente entre el acusador y acusado, y el eventual acuerdo de las partes no exime al juez de agotar a fondo sus investigaciones, pudiendo actuar incluso en oposición con la petición de las dos partes concordes; octavo, para terminar, la finalidad de la jurisdicción, por intermedio del proceso, es poner certeza en el mundo jurídico, precavido también el conflicto. (*El Concepto de 'Litis' en el Pensamiento de F. Carnelutti*, en *Estudios sobre el Proceso Civil* (trad. Sentis), pp. 265 a 294, Edit. Bibliográfica Argentina).

contradictoriedad será sólo aparente, pues, el debate estaría menoscabado en su fundamento -con visos de convertirse en monólogo-, de tal suerte, que la misma sentencia adolecería de aquel grave sesgo de parcialidad en sus apreciaciones fundantes de los juicios. En suma el juicio estará privado de legitimidad.

### 13. 1. Principio de la Igualdad:

La necesidad de la reforma del sistema en este punto, tanto por el respeto a la dignidad del ser humano como a los imperativos constitucionales, es inaplazable para el legislador. Manifiesta éste que la reforma “supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el estado y el inculpado [léase imputado]” (Mensaje).

La Constitución Política ordena en el art. 19 n° 3 inc. 1: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Desde el punto de vista orgánico-normativo, se la considera como una igualdad ante la justicia, lo que al decir de Verdugo y Pfeffer se entiende que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo<sup>87</sup>. Desde el punto de vista procesal-procedimental, podemos entender dicho principio de dos formas: como derecho a ser tratado como igual, lo que significa el deber ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera, estableciendo diferencias sólo por una cuestión de mérito, de perjuicio grave o irreparable (este principio vendría a justificar *v.gr.* el privilegio de pobreza y la defensa gratuita); y, de derecho a igual tratamiento, lo que quiere decir que ambas partes reciban una igual distribución de opciones de defensa y cargas procesales<sup>88</sup>. Un ejemplo de su concreción lo es el principio de la bilateralidad de la audiencia.

Esta exigencia de configuración del procedimiento es lo que ha transformado al proceso, en lo que Niceto Alcalá-Zamora ha calificado como la garantía del justiciable. De esta forma, el proceso del Estado de Derecho actúa frente a las situaciones de inferioridad de defensiva de alguna de las partes, equilibrando las condiciones en que se desenvuelva la actividad procesal<sup>89</sup>.

Este principio de igualdad regirá principalmente en la etapa jurisdiccional, en la cual tendrá un mayor alcance la contradictoriedad procesal, puesto que será el tribunal y no el Ministerio Público -como en la instrucción-, el que dirigirá el debate y decretará las diligencias pertinentes. Sin perjuicio de lo dicho, adecuándose a los caracteres de la etapa de instrucción, se salvaguarda dicho principio por el legislador encargándole aquello al juez de control.

Es de recordar, que en tal fase el Ministerio Público tiene netamente la función de parte -con carácter formal-, mas en la instrucción es donde se nos devela como un órgano de gran poder, produciéndose el desequilibrio. Ahora bien, para efectos

---

<sup>87</sup> NOGUEIRA, PFEFFER Y VERDUGO, *Derecho Constitucional*, t. I, pp. 211 y ss., Edit. Jurídica de Chile.

<sup>88</sup> ASÍ RONALD DWORKIN (n. 30), p. 332; en Chile SQUELLA *Los Conceptos de Igualdad en Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1995), pp. 427 a 431.

<sup>89</sup> NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, pp. 227 a 233, Textos Universitarios, UNAM, 2ª edic.

de no menoscabar el principio de igualdad, a raíz de la actividad de instrucción, es que su producto carecerá de relevancia jurídica con relación a la decisión que se contendrá en la sentencia definitiva. Con ello se logra que la entrada a la fase jurisdiccional se haga con igualdad de oportunidades frente a los nuevos jueces *ad hoc* para esta etapa (por oposición al juez de control de la instrucción). No obstante, es siempre menester recordar, que el Ministerio Público es un órgano del Estado, por lo que contará casi siempre con muchos más recursos y poderes para la investigación que los particulares.

Un tópico importante toca Carocca con relación de los fueros y la igualdad, en el sentido de que gran parte de éstos quedarían abolidos por la Constitución. En lo relativo a los fueros reales, éste parece aceptarlos sólo a regañadientes, mas por lo que toca a los tribunales militares señala que mucho de su competencia es un atentado a la Constitución, especialmente, uno a la igualdad ante la justicia, al conocer estos tribunales de delitos comunes por el solo hecho de haberse cometidos en recintos militares. En materia de fueros personales, por ser privilegios procesales en virtud de los cargos parece adherir a la opinión de su abolición<sup>90</sup>. Sin embargo, disintimos del autor, puesto que los fueros personales, en general, no son un privilegio sino una garantía jurisdiccional, con el objeto de que el juez que le corresponda enjuiciar a dicha autoridad no se vea sujeta a presiones insostenibles para un funcionario que no éste en la alta jerarquía de la estructura del Estado; es por ello que a mayor jerarquía de la autoridad a juzgar también lo es la del juzgador.

### *13. 2. Principio de Inviolabilidad de la Defensa Procesal:*

La historia nos cuenta que en un paraje de Bretaña, el soberano inglés –Juan sin tierra– con la garganta asfixiada por el noble acero, aprobaba en el año 1215 la consagración del derecho de defensa. Prescribía la Carta Magna: “Ningún hombre, cualquiera sea su estado o condición, será privado de sus tierras o tenencias, ni detenido, encarcelado o confinado ni condenado a muerte sin que se le haya permitido defenderse por un debido proceso de Derecho”. Gracias al coraje inglés y a la tradición de permanencia del *Common Law* esta enorme garantía ha llegado hasta nuestros días.

Se ha dicho, que primitivamente la garantía traía consigo el que se contemplase o se diese la oportunidad de defenderse a quien era emplazado al foro. No obstante, agregan, que el desarrollo científico ha hecho más complejo el tema, al incluir la necesidad de la defensa técnica de oficio. Sea como fuere lo ocurrido, a fin de evitar la acusación de historicismo, haremos un pequeñísimo desglose de esta garantía desde un punto de vista teórico.

El elemento básico de la garantía de la defensa procesal es, en nuestra opinión, que los que tengan un interés legítimo en el fallo, por la razón de que se verán afectados por la resolución que se adopte, podrán intervenir para influir en la formación de la decisión del juicio de la causa en particular. La determinación del interés para poder gozar del derecho en concreto, se realiza en base a la titularidad de los bienes jurídicos, vgr., el orden público, la libertad, etc., que efectivamente están en juego en el proceso penal.

---

<sup>90</sup> Carocca (n. 13), p. 177.

Las ideas de posibilidad de intervención e influencia hacen girar toda la amplia estructura del derecho de defensa. De esta forma, implican directamente los medios de defensa, los cuales se traducen necesariamente en dos variantes: una, los actos y remedios procesales, que son las vías concretas que los sujetos utilizarán e invocarán para defender sus pretensiones y remediar los vicios que puedan acaecer, vgr., la autodenuncia, medios de prueba, recursos procesales, nulidades; y, dos, las adecuadas oportunidades, se trata aquí de que las opciones de ejercer los actos de defensa no estén de antemano precluidas -en el evento de no haber ejercido un acto contradictorio con la opción precluida-, y del tiempo necesario para evaluar adecuadamente la defensa (en armonía siempre con el principio de prontitud del juicio).

Indirectamente implican la necesidad de que esos elementos cuenten con resguardos complementarios, para que la defensa sea efectiva y no una mera prescripción. Las garantías son dos: a) información para poder expresar lo que se quiere con relación al juzgamiento; de esta forma se requiere, a su vez, dos características más: una, que la información sea adecuada y no precaria, y, dos, que sea entregada en forma oportuna, de manera tal que el tiempo no transcurra en vano para el que defiende, vgr., la formulación de cargos fiscal, la notificación de las acusaciones en diez días antes de la audiencia oral; b) encontramos, por otra parte, un elemento subjetivo de corte cualitativo: la defensa técnica, que resguarda la posición defendida por los conocimientos técnicos específicos, vgr. los fiscales del Ministerio Público, la Defensoría Pública, la asistencia judicial gratuita para el querellante pobre.

En cuanto a su calificación, F. Carrara asevera que la “defensa no es un privilegio ni una concesión exigidos por la humanidad, sino un verdadero derecho original del hombre, y, por consiguiente, inalienable”. Ahora bien, éste tendría su expresión técnica dentro de la teoría general del proceso, en la idea señalada por Tavolari de constituir la defensa un presupuesto del proceso penal<sup>91</sup>.

Sin embargo, existen voces como la de Gallaher -siguiendo a Micheli- que señalan que en materia probatoria, a lo menos, no existiría en favor del imputado un derecho procesal de probar, sino que éste sería titular de un poder de colaboración frente al predominante poder instructor del Estado, el cual actúa a través de los órganos llamados Ministerio Público y/o Juez. Y esto sería así, en razón de no poder decirse que el imputado actúe en función de un interés propio cuando presenta o propone diligencias probatorias<sup>92</sup>, puesto que los órganos del Estado -actores principales del proceso- actúan en virtud de un deber: el de investigar para absolver a quien no sea delincuente y condenar al responsable<sup>93</sup>.

Por nuestra parte, creemos que si bien es cierto que la descripción se realiza principalmente sobre la base de la legislación de 1906, obedece más a la lógica de una función jurisdiccional inserta en una teoría del individuo subordinado al Estado, y en que dicha función sólo se proyecta según el interés del ente colectivo; mas no en la descripción al interior del Estado de Derecho, en la cual se gira en torno al

---

<sup>91</sup> Citado por Tavolari en *La Instrucción Sumaria en el Proceso Penal Chileno*, en (n. 59), p. 187.

<sup>92</sup> Gallaher (n. 38), p. 320, n. 93.

<sup>93</sup> Gallaher (n. 38), *ibíd.*, “el interés en su absolución lo tienen el juez y el ministerio público,... [y] ni que dicho actuar [probatorio] imponga un deber correlativo a estos últimos, porque sus deberes derivan de la propia función que ejercen y no de algún derecho ajeno”.

individuo. Si aquella tesis no fuese de la manera así entendida, habría entonces que preguntar, ¿si en el proceso penal se pueden ver afectados los bienes jurídicos más trascendentales para las personas (mucho más importantes que los mismísimos derechos patrimoniales que en general están en juego en los procesos civiles), entonces, cuándo tendrá el sujeto un verdadero interés en actuar o probar, más que para acreditar su inocencia?

Sea como fuere, la defensa del imputado es un elemento fundamental del debido proceso y del nuevo procedimiento penal. Los derechos que derivan de ésta pueden tener diversos orígenes; así la determinación de éstos viene dada por los pactos de derechos humanos, la Constitución y los que establezca la ley, pero la novedad importante del sistema es la prescripción de un origen “pretorio”. En efecto, ante cualquier posible situación irregular que ponga en jaque el fundamental principio de defensa, el tribunal está en la necesidad de atribuir al imputado los derechos “necesarios para su defensa”.

Asimismo, el proyecto de sistema procesal penal contempla como instrumento para preservar el necesario equilibrio teórico, la creación de un órgano llamado Defensoría Pública, el cual tendría por objetivo encargarse de la defensa de quienes no tuviesen cómo solventarse una adecuadamente. Este ente, al cual se le ha considerado como actor secundario en los estudios y debates relativos a la reforma del proceso, es de tal importancia, que puesto en marcha el nuevo sistema, si éste no se encuentra debida y adecuadamente constituido, todo el sistema procesal penal, en tanto que sistema, será violador de la garantía del debido proceso, y, por ende, inconstitucional, en razón del magno menoscabo a la defensa del imputado, al no asegurarla a todos los ciudadanos de forma adecuada.

Otro tópico de importancia, es la cuestión de si el Ministerio Público puede ser titular de esta garantía; o sea, si lo alcanza este principio de inviolabilidad de la defensa. Por una parte, Julio Maier cree que la infracción a este principio no puede ser considerada como una lesión al derecho de defensa; es decir, no alcanza la protección a la actuación de los fiscales. Por otra, Alex Carocca se pronuncia de manera afirmativa, por los motivos de que el Ministerio Público también está sometido “a la juridicidad que resulta del proceso, es [por ende] una parte procesal” y debe ser tratado en igualdad de condiciones que el resto de las partes; por lo demás - indica-, no se aviene con la labor de un Estado moderno<sup>94</sup>.

Por la nuestra, hemos de recordar dos cosas. Con la tesis de Maier se va por la cloaca toda la trascendencia del principio de contradictoriedad que aquí tratamos, y respecto de la cual estamos concordes en su proyección hacia la concreción de una Justicia de fondo para el Estado de Derecho. Igualmente, si al Ministerio Público se le considera como parte formal, es sólo porque representa el interés social, y si le negamos a éste el mentado principio, qué razón tendríamos para no negársela al querellante particular que obra en el solo interés de la justicia, por ver comprometido, a raíz de los hechos que revisten caracteres de delito, un interés de otro tipo que el de la víctima en un proceso de acción penal de ejercicio público. Sería una grosera desigualdad el discriminar entre un querellante y otro, siendo que no podemos desconocer que si la acción es de ejercicio público, dicho interés es reconocido por la ley como legítimo y suficiente para ser legitimado activo del proceso, es decir,

---

<sup>94</sup> Carocca (n. 13), p. 169. De este mismo es la cita de Maier.

para actuar como parte en un proceso. Y no sólo eso, sino que el Ministerio Público tiene el deber de defender los intereses de la víctima, de tal manera que un menoscabo a su derecho de defensa lo será también para aquélla, la cual -podríamos decir- que sí tiene un interés sustantivo en el proceso.

#### 14. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD O DEL PROCESO PÚBLICO

Hace más de cien años escribía Andrés Bello acerca del proceso: “Uno de los defectos que notamos en nuestros juzgados y que nos parece enteramente incompatible con la naturaleza de los gobiernos representativos, en que la justicia se administra a nombre del pueblo, es la poca o ninguna publicidad de los juicios. Si nada congenia más con el despotismo que el misterio, la publicidad de todas las operaciones de los mandatarios del pueblo es el carácter propio de los gobiernos populares”<sup>95</sup>.

Transcurrido ya el tiempo volvemos a escuchar iguales críticas. La interpretación del sistema del viejo código señalada por Raúl Tavolari es que, en pocas situaciones del proceso penal, como lo es en la instrucción, se deja tan a mal traer el derecho de defensa. Toda una actividad de importancia relevante para la sentencia, está hecha a espaldas del imputado y de la ciudadanía, impedidos de acceder a ella por el impenetrable manto del secreto<sup>96</sup>.

La idea que subyace e impulsa la reforma no es nueva, sino que de tiempo anti-guo el argumento se viene repitiendo; así, con las simples pero decididas palabras de Bello, diremos que ella “es el único preservativo seguro de las arbitrariedades y de las prevaricaciones. (...) vigoriza las leyes, amedrentando a sus infractores con la infamia... las hace inflexibles contraponiendo a las consideraciones, a los empeños, y a otros medios, aun más criminales de que los poderosos se valen demasiadas veces para eludirlos, la fuerza invencible de la opinión pública, que ejerce una judicatura suprema, que lo ve todo, que escudriña la conciencia misma de los jueces, y a cuyos fallos no puede sustraerse autoridad alguna...”<sup>97</sup>

Es un mecanismo indispensable -diremos nosotros- para que la jurisdicción cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda y refuerza la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico (lo que no se logra con los actos inaccesibles al público o no comprensibles). Busca resaltar la figura del juez como actor del sistema, poniéndolo de cara a la sociedad y asumiendo la responsabilidad del proceso y del juicio mismo, y resalta la externalidad preventiva de la pena.

Si los trámites del proceso son realizados en secreto -dice Binder-, aun en los casos que la decisión sea justa en sí misma, no hay razón para creer que lo fuese,

---

<sup>95</sup> BELLO, *Publicidad en los Juicios* (n. 9), p.96.

<sup>96</sup> Tavolari señala que este principio puede tener dos variantes, a lo menos, una absoluta y otra relativa. La primera se refiere a que el proceso quede abierto a cualquiera que desee asistir; la segunda, a permitir el acceso a las partes y sus abogados, y puede adquirir, a su vez dos variantes, permitiendo que éstas asistan a las actuaciones del sumario, y otra, la posibilidad de que tomen conocimiento con posterioridad a su realización. *La Instrucción...* (n. 59), pp. 186 a 189.

<sup>97</sup> BELLO, *Publicidad...* (n. 9), *ibíd.*

sino que existen múltiples razones para sospechar que ha sido arbitraria, pues, el secreto *hace presumir la arbitrariedad*<sup>98</sup>, y eso es lo que hace perder la credibilidad de la jurisdicción en el Estado de Derecho.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 n° 5, dispone imperativamente en nuestro sistema jurídico: “El proceso penal debe ser público, salvo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. En virtud de este principio, la regla general en materia de actos procesales será la de su publicidad, requiriéndose expresa mención legislativa para los casos en que el juez pueda mantenerlos en secreto durante un cierto tiempo<sup>99</sup>. En relación con la teoría de los actos procesales -indica Fenech-, tanto la publicidad como el secreto tienen un distinto valor: la primera, se erige como condición (más bien requisito de forma) de validez y, por tanto, su inobservancia acarreará la nulidad o inadmisibilidad del acto o norma procesal individual; mientras, el segundo, sólo puede dar lugar a sanciones de otra índole<sup>100</sup>.

La publicidad de los actos o normas puede ser: o bien, para las partes del proceso, y, en este caso, entronca con la idea de la contradictoriedad, o para el público en general. En el primer caso, se trata de asegurar a los directamente interesados en las resultas del juicio (imputado, víctima y partes) la posibilidad de conocimiento oportuno de todos los antecedentes del proceso, de manera de dejarlos en condiciones de poder entrar al proceso y defenderse, adecuadamente.

Con relación al principio para el público en general, Andrés Bello nos roba las palabras al indicar: “para que esta publicidad produzca todos sus buenos efectos, es necesario que iguale o se acerque a lo que es en el día en Inglaterra o Francia... y las demás naciones que *gozan de instituciones verdaderamente liberales*. Cada juicio es allí un drama de que toda la nación es espectadora. Cada testigo es examinado por los abogados de una y otra parte en presencia del tribunal y de cuantos quieren concurrir... y como todo lo que pasa en los tribunales aparece al día siguiente en las gacetas, se puede decir sin exageración que el pueblo entero asiste a los juicios, y se informa menudamente de todos los datos en que se funda el fallo de los jueces”<sup>101</sup>.

La regla es que al proceso pueda acceder todo aquél que lo desee. Lo anterior se expresa en dos variantes: una de infraestructura y la otra informativa. Por un lado, creemos indispensable en el Estado de Derecho, que las audiencias públicas en el tribunal deban ser con asistencia necesaria de público y de esta manera nuestros tribunales y cortes han de exigirlo -como requisito de validez, fundado en el art. 7 y art. 5 de la CPR.<sup>102</sup>. Sólo de esta forma se podrá llevar un proceso de cara la Nación

---

<sup>98</sup> Binder (n. 35), pp. 29 y 30. Binder liga la credibilidad de la justicia con la adquisición de protagonismo social del juez, en tanto la sociedad lo perciba como agente del proceso político y social, para así adquirir una auténtica legitimidad democrática.

<sup>99</sup> Las causales del secreto son: la protección de la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiera tomar parte en el juicio y el evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley.

<sup>100</sup> Fenech (n. 41), p. 510.

<sup>101</sup> BELLO, *Publicidad...* (n. 9), p. 97.

<sup>102</sup> Con relación a la integración de los cuerpos normativos superiores a la formación del procedimiento y de los procesos concretos que se invocan, véase el principio n° 11.

y el Pueblo. La mentada regla implica la cuestión de la infraestructura adecuada, puesto que si la publicidad es parte del debido proceso -que es una garantía constitucional-, entonces, las autoridades encargadas de velar por el respeto al Estado de Derecho, si planifican construcciones que no permitan esa opción, están atentando en contra de la transparencia del proceso y poniéndose directamente fuera del marco constitucional, de tal manera que serían sus hechos los que violarían la Constitución. Así, el problema de la infraestructura deja de ser una cuestión de conveniencia, para tornarse en una de necesidad normativa. Por otro lado, como señala Baratta, en los procesos penales contemporáneos los espectadores inmediatos han sido, en algún sentido, sustituidos por la “esfera de publicidad del proceso, la opinión pública”<sup>103</sup>. Aquel sentido, en nuestra opinión, es en el de trascendencia informativa de masas, inserto en los procesos de legitimación del Estado de Derecho.

En lo relativo a las excepciones al principio de la publicidad, absolutamente garantizadoras son las palabras de Alex Carocca, cuando señala que las limitaciones permitidas pueden afectar exclusivamente a este segundo aspecto del principio, es decir, no son legítimas sino las que no afecten a las partes o a los interesados. Califica de inconstitucionales las que pretendan mantener el secreto respecto de las partes el desarrollo de los actos que constituyen el proceso, en razón del art. 19 n° 26 de la Constitución<sup>104</sup>. En parte, esto viene dispuesto en el nuevo sistema, particularmente en la instrucción, en la cual las investigaciones de los órganos de la persecución, son, por regla, secretas para terceros y públicas para las partes (en contra del sistema estadounidense, que según la Suprema Corte Federal se carecería de un derecho constitucional general de revelación de antecedentes en los procesos penales<sup>105</sup>).

Sin embargo, este punto se presenta como un tema delicado al cual confluyen dos aspectos: el buen resultado de la investigación y las garantías individuales. Creemos que para objetos del proceso (que en definitiva redundará en la efectividad del Estado de Derecho) estaría justificado el tener en secreto a los interesados y por razón fundada, *una gestión puntual*, sin que esta situación se extienda en el tiempo más de lo objetiva y racionalmente necesario, comunicándoseles siempre a aquéllos los resultados de la gestión y dándoles un tiempo igualmente razonable para poder impugnar sus resultados. En este sentido, vemos al legislador prescribiendo la necesidad del Ministerio Público de determinar una a una las actuaciones, registros o documentos de la instrucción para mantenerlos en secreto de los demás intervinientes, con un plazo máximo de poco más de un mes.

De todas formas, es menester tener presente que con relación al público no cualquier razón es título justificante de la limitación a la publicidad. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos sólo nos permite que la “prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de la moral,

---

<sup>103</sup> Baratta (n. 70), p. 277.

<sup>104</sup> Carocca (n. 13), p. 210.

<sup>105</sup> Citado por Domingo Sánchez, *Las Instituciones del Proceso Penal Chileno Frente al Derecho Comparado, desde la Perspectiva de los Derechos del Imputado*, en *Proceso Penal y...*, pp. 84 y ss. Es menester anotar que la Suprema Corte Federal en el caso “Brady v/s Maryland” del año 1963 fijó la doctrina que el fiscal a requerimiento del imputado, tiene el deber de revelar las pruebas materiales exculpatorias, eso sí siendo de competencia fiscal la calificación jurídica de las pruebas.

orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia” (art. 14 n° 1 parte 3ª).

## 15. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

El principio en cuestión tiene dos afluentes que le dan origen: uno político y otro técnico. En cuanto al primero, es la específica dignidad de los seres humanos la que se impone. En este sentido la antigua práctica de despersonalización del proceso<sup>106</sup>, no en el sentido de la imparcialidad, sino de sentenciadores juzgando más a nombres impresos en papel, únicamente, que en vez de a seres humanos con dignidad y derechos, es la que queda excluida de manera radical. En cuanto al segundo, se trata de la mejor forma de captar los hechos (en sentido genérico) del proceso. En este sentido, la inmediación es el medio para lograr, a juicio del legislador y de la comunidad científica penal chilena, concretar una idea que expresa la ordenanza procesal penal alemana: que la convicción de los jueces se forme a partir del conjunto de acontecimientos ocurridos en el proceso jurisdiccional, y así alcanzar la mayor garantía de desarrollar una verdadera justicia -en tanto función pública.

Por ende, la idea es cambiar la forma de conocer de los tribunales, pasando de la lectura del expediente a la percepción directa en el proceso de los medios de investigación, como del debate, y no que un funcionario que no tendrá relación directa en el dictaminar de la sentencia, lleve adelante cual fiscal el proceso, por no decir la acción y la acusación.

Se trata de que el funcionario que juzgue sea el mismo a quienes las partes hayan expuestos sus razones y ofrecido sus medios para dar por acreditado los hechos<sup>107</sup>. Es por ello que la presencia permanente de todos los intervinientes del proceso se hace un requisito *sine qua non* del mismo, en especial, de todos los jueces y del fiscal, sin admitir delegaciones o mediaciones, bajo sanción de nulidad. Por otra parte, la presencia física del acusado en las audiencias es sólo un derecho de éste, mientras que la de su defensor, en razón del derecho de defensa y del principio que analizamos, se convierte en requisito de validez, su falta -cuando no ha decidido defenderse por sí mismo- deberá subsanarse por el juez de oficio designándole un defensor público, y su privación -cuando es exigida la presencia por la ley- con la nulidad.

Una limitación a este principio lo constituye la actividad de la pericia. La razón de esto la explica Francesco Carnelutti, al decir que aquella corresponde a una labor que los jueces deben realizar a título de inspección personal, no obstante, por cuestiones físicas o de conocimientos específicos no pueden efectuar, de tal forma, que

---

<sup>106</sup> La cual se ve agravada por el principio de escrituración, mediatizando aún más la función jurisdiccional.

<sup>107</sup> Así Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. III (trad. Alcalá-Zamora y Sentis), n° 476, p. 273, UTEHA.

la inspección se mediatiza al recurrir a terceros -los peritos- que suplan sus actividades. Sin embargo, y como señala el mismo Carnelutti, esta situación se ha de atenuar, siguiendo la lógica del sistema, en el sentido de prescribir el deber de los jueces de concurrir a las operaciones periciales cuando sea su presencia posible y conveniente para el fin del proceso; vgr: para la recepción de testimonial de testigo que hable idioma extranjero o en materia de cotejo de letras<sup>108</sup>.

Un sano aporte presentado por el nuevo sistema es que se acaban las declaraciones por oficio de algunos testigos. Se trata ésta de una práctica absolutamente violadora del principio inmediatez y de igualdad. En virtud del viejo código, a ciertos funcionarios que ostentaban determinadas jerarquías dentro de la estructura del Estado republicano y democrático y algunas autoridades religiosas, se les permite que las partes no las interroguen personalmente, sino que en virtud de una especie de “memo” o test deben responder tranquilamente, y con el tiempo necesario de revisar para “pulir” sus respuestas. Todo ello so pretexto de un cierto fuero, por revestir las dignidades que entrega la *auctoritas* -gratuitamente concedida por la ley a todo funcionario público- y en perjuicio de cierta indignidad de las personas absolutamente iguales a ellas pero que laboran fuera de la jerarquía estatal.

Muchos parecen ver también un grave atentado al sistema procesal penal en este punto, a raíz de la introducción de una modificación al régimen de los recursos. En efecto, el engendro del Recurso Extraordinario de la Cámara de Diputados, creemos que ha otorgado competencia a sujetos que han estado fuera del devenir del proceso, para entrar a examinar las cuestiones de validez lógico-científica del discurrir de los jueces de la instancia en relación con los enunciados fácticos de la sentencia. En lo relativo a la determinación de su veracidad, creemos que sería de competencia exclusiva de los jueces de la instancia, pues, aquí el principio de inmediatez aún tendría vigor. El tribunal *ad quem* debería de trabajar sólo con el material preparado por el tribunal *a quo* a través de sus percepciones directas o indirectas -cuestión que este tribunal deberá también razonar-, y sólo las razones de su discurrir se podrán, igualmente, controlar<sup>109</sup>.

Por lo tanto, la regla es que lo que capta el tribunal de manera inmediata es de su competencia exclusiva. Se nos podrá objetar que el legislador expresamente ha querido establecer esta excepción, por lo que debería alcanzar el control del tribunal *ad quem* todo lo relacionado con el problema del medio de prueba. Esa interpretación con fundamentos trasnochados, sólo conduce a un resultado, y ese no es el de crear una excepción, sino que el de abolir derechamente el principio de la inmediatez, el cual es inspiración y rector del nuevo *sistema* procesal penal. Todo lo anterior guarda concordancia con lo señalado por la Hermenéutica Jurídica Alemana del s. XX, que afirma que el Derecho concretamente justo es el producto de un proceso histórico en el que interviene *creativamente* el intérprete, por lo que es en él en que recae la responsabilidad del resultado jurídico. En razón de compartir los textos normati-

---

<sup>108</sup> CARNELUTTI (n. 107), *ibíd.* Es necesario, también, que rinda el perito su informe oralmente al tribunal y las partes, previa su presentación escrita.

<sup>109</sup> Para una exposición más sistemática del “recurso extraordinario” véase el último principio expuesto, el de la única instancia.

vos la ambigüedad del lenguaje corriente, el Derecho y la ley no son un dato dado al intérprete<sup>110</sup>.<sup>111</sup>

Consecuencias de este principio son los de rectoría del “juicio” (siendo inadmisibles las probanzas de la instrucción), el que la sentencia definitiva sea comunicada en la misma audiencia<sup>112</sup>, el de la sucesión de las audiencias<sup>113</sup> y el principio de la única instancia.

## 16. PRINCIPIO DE LA ORALIDAD

La oralidad no es una cuestión simplemente técnica, sino que es una técnica que concreta, en tanto garantía, a ciertos elementos del Estado de Derecho. El legislador estima que la realización de los principios de publicidad e inmediatez se logra, fundamentalmente, a través del sistema de la oralidad, de manera que ésta se ve como un bien deseable y necesario, la cual impregnará en todos los ámbitos al sistema procesal penal chileno. Aquella constituye el método más sencillo y directo de comunicación. Pero es el carácter limitado en cuanto a su alcance territorial, y abierto a todo el que se encuentre en su radio de acción, el que obligaría en los hechos a que el proceso se llevase a cabo en presencia de los jueces, partes y terceros interesados en el juicio, y todo ello en unas pocas audiencias, lo que también repercutirá en la idea de concentración del proceso.

Miguel Fenech define este principio de la oralidad como “aquel en virtud del cual los actos procesales se expresan de palabra, y la resolución del objeto del procesal se ha de fundar exclusivamente en el material de corte fáctico expresado en esta forma”<sup>114</sup>. Esto no significa que todo el proceso se desenvuelva en el aire -

---

<sup>110</sup> Así R. Wunckhaus, siguiendo Gadamer, A. Kaufmann, Hassemmer y Betti, *Contexto Histórico del Surgimiento de la Hermenéutica Jurídica en Alemania*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 13 (1995), pp. 348 y 350.

<sup>111</sup> Sin embargo, lo que sí nos produce serias dudas es el problema que se suscitara entre este principio y la acumulación de autos que estén conociendo uno o varios tribunales al trasladar la competencia a otro, que no ha estado presente en ellos.

<sup>112</sup> El legislador ha querido con esto presionar a los jueces de tal forma que dada la máxima exigencia para la magistratura de fallar *in actum*, ésta deba poner también la máxima atención al debate mismo. El diferir temporalmente el deber de fallar en la misma audiencia es una opción a que la magistratura falle en causa de acuerdo a las particulares notas tomadas por los propios jueces y romper así el principio de inmediatez. Por lo demás, la estimación legislativa es que casi la totalidad de las causas vistas por los tribunales colegiados en el sistema del código de 1906, son resueltas en la misma vista, aun cuando éstas queden en acuerdo.

<sup>113</sup> Se trata simplemente que, dado el desenvolvimiento de la fase jurisdiccional en audiencias y no poder realizarse en una sola, dichas audiencias se lleven a cabo de manera sucesiva, a fin de que la rectoría del juicio no sufra una mediatización para la resolución del conflicto, en la medida que entre una y otra audiencia transcurra mucho tiempo (lo que se estima como tal pasado diez días).

<sup>114</sup> Fenech (n. 41), p. 507.

medio en el cual se despliega la voz-, sino que se levantará la correspondiente acta en la cual conste lo actuado y las resoluciones emitidas. Hemos de apuntar, que inclusive las cortes estadounidenses establecen dentro de la garantía del debido proceso, el que en materia penal se impone el derecho de las partes a tener una copia escrita de los actos orales<sup>115</sup>. En materia de idioma, los actos y resoluciones se expresarán, por supuesto, en castellano.

Lo expresado precedentemente, se traducirá en que tanto las alegaciones, recepciones de medios y las resoluciones serán emitidas verbalmente. Excepción: quienes no puedan hablar o no entiendan el idioma castellano podrán intervenir por escrito o por medio de intérpretes. El acusado sordo será asistido por intérprete, debiendo hablar en el evento que pueda o, de lo contrario, lo hará éste por aquél. El sentido técnico dogmático de este principio, es de constituir un requisito de forma de los actos y normas procesales; de tal manera, podemos decir que la palabra será la forma que revestirán aquellos. Pero es menester que el juez recuerde siempre que esta oralidad es sólo un medio para la obtención de la mejor justicia, y no para el servicio de la ritualidad.

## 17. PRINCIPIO DE LA RECTORÍA DEL JUICIO O DE LA CENTRALIDAD

Significa el principio, que el proceso está pensado en orden a una sentencia final, pero ésta se regirá por la sencilla regla (y que casi no tiene excepción) expresada por Alfredo Vélez: *la fase instructora, no puede ser jamás fundamento de la sentencia sino sólo de la acusación*<sup>116</sup>. Y ello por que el sistema del Derecho establece un conjunto de resguardos a la etapa de debate con el objeto de lograr la mejor instrucción del tribunal acerca de la posición de ambas partes y lograr el fin, cual es, un juicio volitivo más justo.

Asimismo, hemos de considerar que el legislador entiende como necesario que todos los sujetos que han de participar en la complejidad de actos de la etapa oral, tengan presentes todos y cada uno de los actos simples que integran aquél, con lo que se logrará la mayor concreción de la contradictoriedad, una economía de tiempo, una mejor inteligencia y comprensión de los actos particulares y la apreciación conjunta de todos ellos, para obtener la finalidad que se persigue con el acto complejo en su totalidad<sup>117</sup>.

Esta centralidad trae como consecuencia la acumulación de las actividades más importantes de la fase jurisdiccional en la audiencia principal, rigiendo el principio de continuidad en ella (en aquélla se formula la acusación, la defensa, pruebas, debate y la sentencia). Es indispensable, por tanto, la concreción de la oralidad del proceso para darle la agilidad suficiente al mismo, a fin de que esta rectoría no se vuelva una carga gravosa para los sujetos, convirtiendo al proceso en una secuencia interminable de actos procesales.

---

<sup>115</sup> Citada por Carocca (n. 13), p. 206.

<sup>116</sup> Opinión citada por Tavolari, *La Instrucción...*, (n. 59), p. 187.

<sup>117</sup> Fenech (n. 41), p. 508.

Las actuaciones preparatorias de investigación no forman parte del juicio penal, pues, las actividades de la instrucción encargadas al Ministerio Público son de carácter administrativo y de ningún modo jurisdiccional, no imputándose el efecto de la cosa juzgada a su actuar; de tal manera, son de distinto cariz que las de la fase jurisdiccional y, por ende, no asimilables. Por todo lo expuesto es que Tavolari dice, de manera certera, que las actividades de investigación no están originalmente destinadas a producir la convicción de los sentenciadores sino a formar la convicción acusadora del Ministerio Público<sup>118</sup>.

Por tanto, el medio de contrastación debe rendirse en sede jurisdiccional y sólo de forma excepcional será asimilable la rendición de un medio de forma anticipada en la fase de instrucción, en caso grave de desaparición o imposibilidad de producción de ésta, posteriormente, y se realiza haciendo jurisdiccional la fase de instrucción, al menos, en esa actuación, al intervenir el juez de control como de instrucción, dando así las garantías suficientes de veracidad en la deposición.

En razón de que la fase jurisdiccional no puede desarrollarse en una sola audiencia, se requerirá de tres o cuatro en total. Sin embargo, lo anterior significará que por motivo de la inmediatez del proceso y el principio de la oralidad, la rectoría del proceso hacia la sentencia se verá menoscaba si es que no se impusiese la regla que las audiencias han de ser sucesivas, así se evitará la mediatización entre la sentencia y el debate, a causa del tiempo que transcurriría si aquella regla no existiese.

## 18. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRASTADORA

La aspiración de que el juzgador -según Fenech<sup>119</sup>- busque la verdad material como base de su sentencia en el proceso penal, y, además, el principio de defensa, en su variante de medios (en sentido amplio) -según nosotros-, hacen que en el proceso se pueda disponer de todos los medios de contrastación necesarios para lograr la mayor certeza respecto de la veracidad de los enunciados de orden fáctico de las partes. Por lo tanto, todos los medios de contrastación están puestos al servicio del juicio y aun los mecanismos modernos, siempre que consten de manera confiable, a fin de formar la convicción en los juzgadores. Este sistema se opone al de la prueba legal, en la cual es el legislador el que determina qué medios probatorios se admitirán en los procesos para dar por acreditado un hecho.

Importante es constatar que no es un mero capricho de los legisladores el admitir o darle fuerza de convicción a un medio y no a otro. Dos son los elementos que el sistema contiene para aquello: uno de carácter intrínseco al proceso y otro extrínseco al mismo. Los elementos intrínsecos son los resguardos de la autenticidad y veracidad, los considerados para atribuir fuerza de convicción en el sujeto juzgador. Recuérdese que el que juzga está fuera de la realidad analizada y no tiene más medios para acceder a ella que sus sentidos e intelecto, y frente a ellos es que se deben revestir a los medios de las seguridades necesarias para acreditar el acaecimiento de

---

<sup>118</sup> Tavolari (n. 19).

<sup>119</sup> Fenech (n. 41), p.77.

los hechos. La autenticidad, se refiere a la cuestión formal de corresponder efectivamente la emisión del medio a lo que se dice que es, es decir, a la realidad del medio, por ejemplo, el que el instrumento público haya sido otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en ellos se expresa.

La veracidad mira a los aspectos de fondo del medio. Las garantías de la veracidad miran más bien a la calidad del medio mismo, y está enfocada fundamentalmente al tema de la congruencia del medio con los demás medios de investigación, como los declarantes en el proceso. En concordancia con el sistema de principios, el legislador ha obviado las garantías previas y ha dejado a la prudencia analítica de los jueces la determinación de la credibilidad de los declarantes.

Las garantías extrínsecas al problema contrastador o de investigación. Se trata aquí de las reglas de inadmisibilidad de medios o de las *exclusionary rules* del sistema norteamericano. Éstas imputan una falta de consideración jurídica a los medios presentados en el proceso penal, considerados aquellos de forma concreta o general. El objetivo de estas inadmisibilidades no es el resguardar la contrastación de los enunciados de corte fácticos para obtener la verdad acerca de los hechos. El fundamento de aquéllas se encuentra en la técnica garantizadora del constitucionalismo contemporáneo. La orientación constituyente en pro de la dignidad de la persona, a través de la mayor tutela de los bienes jurídicos fundamentales, hace que el sistema jurídico tienda en dicha dirección. De aquí que entendamos que los órganos jurisdiccionales no están facultados para que, a través de sus normas individuales, dejen sin la protección constitucional a los mentados bienes, al omitir la violación del sistema y considerar, así, como trascendentes los medios presentados. Y esto es lo que fundamenta el razonamiento de la Suprema Corte de USA (caso *United States v. Jacobsen*) cuando dice que el darle a aquéllas el valor de prueba en el juicio final, representa la participación de la judicatura en dichas violaciones<sup>120</sup>.

Jorge Bofill, siguiendo a Sax, hace la precisión de que el sometimiento del proceso penal al Estado de Derecho y en especial en esta materia, implica una contraposición entre el interés de la comunidad por lograr el esclarecimiento de los hechos punibles y el legítimo interés de cada individuo por el efectivo respeto de sus derechos. Pero ello, agrega, no debe significar la inadmisibilidad genérica y absoluta de la posibilidad de afectación de los derechos fundamentales, ya que una adecuada jurisdicción penal “no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención en los derechos de la personas” sea ésta el imputado o terceros. En definitiva, se trata de normar el límite de los casos y la medida de indispensabilidad para su procedencia. Por lo anterior, el principio que regirá en esta materia, será el de afectación de derechos sólo cuando el orden jurídico lo autorice en forma expresa por alguna razón fundada<sup>121</sup>.

Todo lo anteriormente expuesto, importa el criterio de resolución en orden a que la búsqueda de la verdad no puede darse al costo de sacrificar los bienes jurídicos más fundamentales de los sujetos. Es por ello que no obstante haberse obtenido un medio auténtico y veraz sobre la base de una violación de algún derecho público

---

<sup>120</sup> Cit. por Sánchez (n. 105), p. 91.

<sup>121</sup> Bofill *Las Prohibiciones de Prueba en el Proceso Penal*, en *Revista de Derecho*, UCV (1988), p. 227.

subjetivo sin autorización jurídica, el tribunal debe necesariamente rechazarla declarándola inadmisibile.

La orientación alemana se dirige a agrupar estos casos, bajo un criterio determinado, insertos dentro un marco de ponderación de intereses. Por ejemplo, los tribunales alemanes han aplicado la teoría del círculo jurídico de menoscabo de la personalidad del afectado, por oposición a la vulneración meramente secundaria; o bien, atendiendo a los fines de política criminal de determinadas normas procesales de garantía<sup>122</sup>.

Finalmente, en cuanto a las formas normativas que pueden adoptar estas restricciones a la actividad de investigación, Gössel las clasifica de manera tripartita: uno, prohibiciones legales expresas de investigar determinados hechos o de valorar ciertas pruebas; dos, normas permisivas contenedoras de ciertas prohibiciones; y, tres, inadmisibilidades derivadas de principios constitucionales<sup>123</sup>.

## 19. PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA

En materia de valoración de la prueba, pueden distinguirse tres sistemas de determinación de los criterios<sup>124</sup>. El sistema de la “prueba tasada”, es aquél en el cual la ley hace de antemano la valoración del juego de los medios investigación de las partes entre sí, es decir, predetermina el criterio de valoración del tribunal, fijando la eficacia de convicción de cada medio, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia y, a la inversa, los casos en que no puede darse por convencido<sup>125</sup>.

El de la “libre valoración de la prueba”. En este caso el juez goza de plena discrecionalidad para la apreciación de los hechos, pudiendo acogerse a criterios como los que establece el legislador procesal civil, máximas de experiencia y lógica, así como también *la mera intuición sin consideración a ningún otro*, puesto que se deja sólo a la conciencia del juzgador dicha determinación. Para algunos, como Gimeno Sendra, aquí no se tiene mayor límite que los hechos probados en el proceso<sup>126</sup>. Sin embargo, olvida Gimeno que el dar por probado o no, es un criterio que cae todavía en la convicción del juez, que en este caso es libre, y es por ello que E. Couture señala que la convicción es sobre la base de la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun en contra de los medios de prueba de autos<sup>127</sup>; en general, aquí no

---

<sup>122</sup> Así Bofill (n. 121), p. 228.

<sup>123</sup> Citado por Bofill (n. 121), *ibíd.*

<sup>124</sup> En último término es el juez el que realiza, al menos, la aplicación de los criterios fijados por otros para efectuar la valoración de un caso particular, dentro de su producción normativa propia.

<sup>125</sup> Opinión de Cafferata Nores, citado por SERGIO PEÑA, en *La Valoración de la Prueba: Una Lectura de los Límites, Alcance y la Forma de la Exposición de los Criterios Empleados en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal Chileno* (en prensa).

<sup>126</sup> Citado por S. Peña (n. 125).

<sup>127</sup> EDUARDO COUTURE, *Las Reglas de la Sana Crítica*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. II, p. 221, Depalma.

se puede controlar su valoración<sup>128</sup>.

A fin de evitar las consecuencias de la libre apreciación es que, sin quitar la competencia al juez se creó el sistema de la sana crítica, por el cual se constituyó un sistema parcialmente reglado, remitiéndose a reglas de la lógica y máximas de experiencia.<sup>129</sup>

El legislador señala en el articulado, que la regla en virtud de la cual los jueces valorarán las pruebas evacuadas, es la libre valoración de la prueba. A pesar de esta enunciación, al desarrollar el concepto no deja la apreciación de la “prueba” a la mera conciencia o intuición del juez, como debería haberlo hecho si quiso consagrar el mentado sistema; por el contrario, estableció limitaciones de criterios valorativos a través del imperativo del juez de ceñirse a las máximas de experiencia, los conocimientos científicamente afianzados<sup>130</sup> y las reglas de la lógica<sup>131</sup>. La conclusión expuesta concuerda perfectamente con la presencia del “recurso extraordinario”<sup>132</sup>. Y todo esto no podía ser de otra forma, puesto que, bien sabemos que las remisiones a la conciencia del juez pertenecen históricamente más a otros sistemas de juicio, en los cuales el juzgador reunía diversos caracteres que no están presentes en el juez técnico—garante de la Edad Contemporánea. En efecto, aquel juez era más que nada el soberano mismo —el pueblo o el príncipe—, que se disponía o reunía para juzgar a los sujetos contra los cuales se levantaban pretensiones punitivas; como a aquél no le era exigible ninguna instrucción jurídica o técnica, ya que era el soberano, lógicamente tampoco le era exigible más que la apreciación probatoria en conciencia.

---

<sup>128</sup> La idea de la imposibilidad de control pugna con la tendencia garantizadora del Derecho enmarcado dentro del Estado de Derecho. Bien sabemos que estando en tensión los dictados de la razón frente a nuestras intuiciones, ocurre muchas veces, que a estas últimas las percibimos con mayor fuerza vinculante ante la propia conciencia.

<sup>129</sup> Como se ve, el sistema de la sana crítica y el de la libre apreciación comparten tópicos comunes. Pero es la idea de la intuición la que separa las aguas conceptuales de uno y otro sistema. Es de acuerdo a lo anterior que la ley dirige su llamado: como vocación de carácter interno al juez, al aludir a su conciencia; y, una de corte externo aunque no totalmente, al someterlo a ciertas reglas por ella fijadas al inclinarse por la sana crítica.

<sup>130</sup> Respecto a los conocimientos científicos, creemos que la calidad de “afianzados” debe entenderse en el sentido que la comunidad científica estima que ciertas tesis tienen el carácter de verdad provisional, por describir de la forma menos alejada la realidad.

<sup>131</sup> Sin embargo, no parece ajustarse un cien por cien el sistema del proyecto a la idea de la sana crítica; en efecto, aquél da la impresión de permitir introducir en el razonamiento del juez elementos ajenos a los criterios de la sana crítica que más arriba aludimos, sin perjuicio de que ellos actúen a manera de límite negativo de los posibles criterios utilizables en consideración a los resultados de éstos. Es por todo lo anterior, que consideramos que la adopción por el nuevo código del sistema de la sana crítica es impura o poco técnico.

<sup>132</sup> Una duda nos asalta de manera incesante, si la ley exige que se aprecien los hechos de acuerdos a los principios de lógica, cómo será posible que un juez inicie su trabajo si no tiene idea de cuáles son los principios que imperan en el sistema lógico, ya que no podrá excusarse de no aplicar la lógica porque no la sabe, y deberá en su primera sentencia dejar constancia de su razonamiento acerca de los hechos también desde el punto de vista lógico formal. Por ello es que creemos necesario que constituya un requisito para entrar a la carrera funcionaria como juez penal, el saber lógica formal, de lo contrario, los imperativos legales sólo constituirían meros consejos.

Un concreto punto lo constituye la materia de la fe pública; creemos que los resguardos exigidos por la ley para extender ciertos instrumentos de fe pública, no pueden ser derribados por el juez con una mínima actividad, sino que es necesario que deje lo suficientemente claro la falsedad de los instrumentos que la sociedad les reconoce los efectos de dicha calidad.

## 20. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

En el antiguo proceso penal acusatorio el juez no fundaba su sentencia, nos señala Rafael Fontecilla. En efecto, aquél se limitaba a pronunciar un monosílabo: “sí” o “no”, así como en el Derecho romano el pretor establecía en su tablilla para el *iudex*: “C” *condemno*, “A” *absolvo*, “N.L.” *non liquet*. Las razones por las cuales el juez no da motivos en virtud de los cuales construye su fallo, son los siguientes: por ser éste el soberano o su representante, que como tal, no tiene por qué rendir cuenta a nadie -salvo a aquél o a Dios- de sus actos; asimismo, la falta de capacidad intelectual y técnica para motivar sentencias influyen de manera decisiva en esta materia<sup>133</sup>.

Respecto de este sistema, el parecer de Andrés Bello es que “semejante régimen estaría bien colocado a la sombra despótica, donde los tribunales, emanaciones de la voluntad omnipotente, que manda a nombre de la Divinidad, pronuncian oráculos que no es lícito someter a examen... El que es dueño absoluto de las vidas y haciendas, podrá intimar sus órdenes sin alegar otra razón que *sic volo, sic jubeo*”<sup>134</sup>.

La vigencia del Estado de Derecho y su búsqueda por alcanzar la legitimidad del orden jurídico por la vía de la legalidad, encuentran como principal instrumento el principio de motivación de las resoluciones judiciales. Como señala Jürgen Habermas, dicha legitimidad sólo puede lograrse a través de la racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente, por lo que es la racionalidad del Derecho a lo que se apunta en lo inmediato. En el ámbito de aplicación de las normas, lo fundamental para alcanzar la mentada racionalidad, está representado por los procedimientos imparciales de justificación de las decisiones vertidas en normas de aplicación. De esta forma el “Derecho positivo... debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del Derecho”.

Pero aquello no debe entenderse sólo en la generalidad semántica de la ley, pues este formalismo no es sin más su garantía absoluta. Y es aquí donde entra en juego el principio de motivación de las sentencias. Así, concluye Habermas que “la fuente legitimadora la tienen los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Rafael Fontecilla (n. 11), t. I, p. 37. “Para dar los motivos de un fallo, es menester efectuar un razonamiento más o menos complicado sobre la ley, la doctrina sobre el hecho, sobre la prueba, y esto supone una cultura jurídica y técnica que el pueblo no tiene. Es por eso que el jurado se limita a expresar su decisión mediante un monosílabo”.

<sup>134</sup> Tavolari *Necesidad...*, (n. 59), p. 112.

<sup>135</sup> Jürgen Habermas, *¿Cómo es Posible la Legitimidad por Vía de Legalidad?*, en *Doxa* 5 (1988), pp. 34 a 45. Agrega este autor que “sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una for-

Este principio es la única forma de tener control sobre el funcionario judicial, para que los jueces no se pongan o pretenda colocarse por encima de la Constitución y de la ley, y posibilitará el hacer efectivo el principio de responsabilidad de todos los ciudadanos y órganos de la República de Chile, para el caso de su transgresión<sup>136</sup>. Es decir, representa el instrumento de fiscalización ciudadana relativa al cumplimiento del acuerdo político de los ciudadanos consagrado en los cuerpos normativos de mayor jerarquía, en vistas al respeto a los derechos públicos fundamentales, que como se puede apreciar, constituyen la base de la ordenación jurídica política chilena<sup>137</sup>.

No obstante lo expuesto, la práctica de los tribunales a la hora de hacer su discurso argumentativo, en materias de apreciación de las pruebas e interpretación jurídica, es que las más de las veces dejan bastante que desear. Asumiendo dicho problema y la evolución del pensamiento jurídico constitucional, la ley ejerce coerción sobre los jueces a fin de que éstos establezcan no sólo con detalle la argumentación jurídica, sino también, en materia de determinación de lo fáctico, el hecho a apreciar los criterios con los cuales van a apreciarlo, la fuente de donde se extrajo dichos criterios (fuente de autoridad), la relación lógica que el juez ve entre unos y otros, y por supuesto su resultado<sup>138</sup>.

Pero no basta con que la sentencia definitiva contenga dichas exigencias, sino que toda resolución que tenga relevancia y pueda afectar los bienes jurídicos de los ciudadanos debe seguir igual régimen, a fin de no apartarse del sistema jurídico chileno. No se debe obviar el “derecho de los ciudadanos a que los juzgados y tribunales que fallen sobre su vida, honor y hacienda, sobre cuanto hay de precioso en el mundo, apoyen sus decisiones en la ley”<sup>139</sup>. Así, de manera imperativa el legislador

---

mación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en Derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético”.

<sup>136</sup> De igual opinión es don Andrés Bello: “...los jueces funden siempre sus decisiones, práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno” *Necesidad...* (n. 9), p. 108.

<sup>137</sup> Habermas señala que “los procedimientos jurídicos cumplen aproximadamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes, recurriendo a los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a Derecho” (n. 135), p. 40..

<sup>138</sup> Así también Andrés Bello quien expresa como regla de conducta del juez que “siempre será necesario que el magistrado haya tenido algún fundamento para declarar a nombre de la ley (porque no puede hacerlo de otro modo)..., que tal acto es criminal y debe castigarse con esta o aquella pena, que tal demanda es justa, que tal excepción es legítima. No forma él estos juicios por una secreta inspiración. No hay un poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicación de una ley oscura a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio”, *Necesidad...* (n. 9), p. 113.

<sup>139</sup> BELLO, *Necesidad...* (n. 9), p. 111.

emite una advertencia a los jueces indicándoles que “se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y *debidamente fundadas* que restringen los derechos del imputado” (Mensaje).

Desde el punto de vista pragmático, nuestro juriconsulto de mayor prestigio, don Andrés Bello, citando Emerigon, señala: “primero, un juez obligado a exponer los motivos de sus decisiones, pondría la mayor atención en ellos, estudiaría las leyes y se dirigiría por la verdad de sus principios; segundo, el litigante..., instruido de su derecho por el mismo juez, se abstendría muchas veces de recurrir de apelación; tercero, las sentencias de los jueces inferiores instruirían a los superiores de la naturaleza del negocio, y se conocería, por ejemplo, a primera vista, si debe sobreseer..., cuando lo pide el litigante...; cuarto, con el transcurso del tiempo, la colección de sentencias así motivadas, formaría un excelente cuerpo de jurisprudencia, muy propia para perfeccionar las leyes”, continúa Bello, ahora sin compañía, “ella reviste de una sanción solemne la interpretación de las leyes y dándole fuerza de costumbre, la convierte en una ley supletoria... Y no habiendo nada que fije tanto las ideas como el orden y armonía que las encadenan, esa misma regularidad y consecuencias facilitan, y, por consiguiente, propagan y generalizan el conocimiento de las leyes”<sup>140</sup>.

## 21. PRINCIPIO DEL JUICIO DE ÚNICA INSTANCIA

En virtud de la inmediatez surge la siguiente regla: los jueces que no asistieron al proceso en fase jurisdiccional no pueden enjuiciar la determinación fáctica de la imputación por las meras actas. Ahora bien, como se estima imposible repetir el proceso, a lo menos, en toda la cuestión de los hechos, aquél se transforma de única instancia; dogmáticamente se expresa en que la sentencia definitiva es inapelable<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> BELLO, *Necesidad...* (n. 9), p. 110.

<sup>141</sup> Para explicar mejor esta situación, expondremos con Chiovenda, que si existiese la apelación, el pronunciamiento del juez inferior no comienza a existir sino cuando ha transcurrido inútilmente el término de gravamen, antes de ello es solamente una situación jurídica, pues la instancia sigue abierta. Por su parte, agrega Calamandrei que la ley estima que el segundo juez decide la causa *ex novo*; (n. 86), p. 254.

Desde otro lugar, Herbert Lionel Adolphus Hart dice que es de interés del orden público que la decisión de un tribunal debe tener autoridad de Derecho hasta que una corte superior declare su invalidez, aun cuando se trate de una decisión que jurídicamente no debió haberse dictado. “Por ello, mientras no sea dejada sin efecto en la alzada..., sigue siendo una resolución jurídicamente efectiva entre las partes, que será ejecutada”. (*El Concepto de Derecho*, p. 38, Abeledo-Perrot). En igual sentido el Tribunal Constitucional alemán, referido por Dietrich Oehler, *La Función del Poder Judicial en el Estado Democrático*, en *Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa* (trad. Amalia Aguirre) p. 49. El jurisprudente expresa: “La seguridad jurídica y la justicia son dos altísimos valores del Derecho y en caso de colisión, deben ponderarse la preponderancia de uno y otro, siempre que la ley no haya indicado la preferencia por uno de ellos... La idea de seguridad implica el respeto ante la validez de una sentencia”.

El interés del legislador es que no existan jueces que fallen a través de los meros expedientes las cuestiones de hecho, como lo hacen los jueces del Código de 1906. Queda libre, eso sí, la vía para repetir el juicio en materia de Derecho, y es así como dice F. Hood Gibbs: “El recurso de casación pasa a ser el medio de impugnación general de las sentencias definitivas”<sup>142</sup>. Se hace la prevención en cuanto a que la normativa no contiene expresamente la distinción entre casación en la forma y en el fondo. Este recurso -en opinión del Ejecutivo- vendría a satisfacer las exigencias de los artículos 14 n° 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 8 n° 2- h de la Convención Americana, en orden a que el condenado siempre podrá recurrir en contra de la sentencia de la instancia que lo condene para la revisión de la decisión<sup>143</sup>.

El juicio de Derecho que tendrá lugar ante el tribunal de casación ha de basarse en el material legal, constitucional, e internacional de los pactos de derechos humanos -por virtud del art. 5 inc. 2 de la CPR., al disponer que se entienda siempre la debida tutela de éstos-, normas que precisamente se pretenden violadas por la sentencia del tribunal *a quo*. No obstante, queda latente el problema de la sentencia que desobedece un Reglamento: se trata del caso de remisión normativa o delegación no recepticia de la ley al Reglamento, configurando una ley penal en blanco propiamente tal. Es decir, los casos en que la ley describe el tipo en su núcleo de acción -según lo exige el art. 19 n° 3 inc. 8 de la CPR.-, pero uno de los elementos materiales, como la determinación de las sustancias psicotrópicas y estupefacientes, lo hace

---

<sup>142</sup> HOOD *Los Recursos en el Nuevo Sistema Procesal Penal. Generalidades*, en *Gaceta Jurídica* 215 (1998), p. 15.

No es de olvidar un medio de impugnación más: la impugnación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (parece ser una acción, en vez de un recurso propiamente tal). En este caso, se pretenderá contra el Estado de Chile en razón del actuar de los órganos jurisdiccionales. Los motivos para pretender, sin embargo, no violentan este principio. Estos se tratan más bien de cuestiones de Derecho, relativos a la vigencia de los derechos subjetivos consagrados en la Convención Americana, a través de la interpretación y aplicación que han realizado los órganos jurisdiccionales chilenos de aquellas normas.

<sup>143</sup> El primero de los artículos prescribe que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”; mientras que la disposición americana enuncia el “derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”.

Tavolari decía que “en el Derecho chileno no puede negarse al inculpado de delito, el derecho a recurrir ante juez o tribunal superior y en armonía con los criterios de interpretación de las normas procesales... tal posibilidad no se agota contra la sentencia definitiva o semejante... Compartimos, con los redactores de la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo, que la exigencia se satisface con el establecimiento de un recurso de casación...” *Hacia una Teoría General de la Impugnación*, en *Comentarios Procesales*, p. 44, Edeval.

Sin embargo, han habido opiniones como la de Dobra Lucsic, Guillermo Piedrabuena y Hugo Pereira (en *Informe de La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento* del Senado, p. 173, y su *anexo*, pp. 104 y 105) en el sentido de que el recurso de casación no es suficiente para proteger a los justiciables, por lo que las normas de única instancia serían inconstitucionales y contrarias a los pactos internacionales.

la autoridad administrativa<sup>144</sup>. Bien sabemos, que en estos casos la ley no hace suyo el contenido del Reglamento sino sólo restringe su competencia, entonces, si la sentencia no obedece al Reglamento, no hay violación del principio de reserva legal de la tipicidad, pero sí el tribunal estaría juzgando una conducta a través de una norma posterior, esta es la sentencia. La sentencia juzgaría con efectos retroactivos una cierta conducta, al ampliar de alguna manera el tipo penal, y por ello sería inconstitucional de acuerdo al art. 5 inc. 2 de la CPR. y el art. 9 de la Convención Americana<sup>145</sup>.

Una aparente distorsión al sistema parece ser la introducción por parte de la Cámara de Diputados de la República del denominado “recurso extraordinario”, el cual procede en contra de la sentencia definitiva condenatoria de la etapa oral, cuando ésta “se aparte de manera manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la[s] audiencia[s]”. Las consecuencias imputadas por este recurso en caso de acogerse -influidas por las ideas inductivas- es de anular la decisión y de enviar la causa a un tribunal de la instancia. Así las cosas, el problema que se presenta es, precisamente, darle cabida en el sistema. Para lograr esto, por una parte rememoremos dos cosas: primero, como decía Hood, la casación se convierte en el recurso general en esta materia; y, segundo, que el “recurso extraordinario” fue concebido dentro de la lógica del sistema como un recurso de Derecho estricto (*stricti iuris*), por lo cual, deberá interpretarse su procedencia de manera restrictiva.

Por otra parte, debemos distinguir ciertas situaciones: si se han consignado o no los medios de contrastación de los enunciados de las partes con los hechos en la sentencia; y si es que se han tomado en consideración en el juicio definitivo.

Con relación a la situación de si se dejó testimonio en la sentencia, su alcance radica en que, jurídicamente, dicha mención implica que se han tenido en cuenta por el juzgador los medios de contrastación (o de prueba) para dar por veraces los

---

<sup>144</sup> Respecto de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, Luis Rodríguez Collao señala que la posibilidad de integración sólo puede referirse a la hipótesis pero jamás a la sanción, por lo que se descarta la idea de leyes penales en blanco irregulares. Por otra parte, señala que la integración que se haga debe basarse en una descripción de la conducta realizada por la ley previamente. Dado que el tipo está conformado por la conducta y las circunstancias en que ella puede realizarse, tan sólo este último punto podría ser el integrado, ya que la Constitución prescribe que “la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella [la ley]”. Y concluye que la única ley penal en blanco constitucional es la denominada “propiamente tal”, descartándose, también, las “abiertas” (*Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco*, en *Revista de Derecho* de la UCV 8 (1984), pp. 240 a 243. Sin embargo, el autor olvida un punto, pues, si bien adhiere a que pueda integrar el tipo una “disposición emanada del Poder Ejecutivo”, no analiza la constitucionalidad del tipo completado por la sentencia judicial, cuestión que no aparece amparada en el art. 19 n° 3 CPR.

<sup>145</sup> El texto de la Convención, también llamada Pacto de San José de Costa Rica reza de la siguiente manera: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho aplicable”. Y esto incluye decididamente a la ampliación de los tipos que son la base de los delitos, en este caso reforzada por el principio de libertad del *nullum crimen sine lege ex ante*, cuestión que por afectar un bien jurídico fundamental del ser humano, este tiene derecho a exigir su respeto de acuerdo al art. 1 en relación con el 5 inc. 2 ambos de la CPR.

hechos alegados o imputados en la causa. En este sentido, se trata de medios de defensa de las partes. Es por esta razón que la ley procesal exige siempre que se consignen los medios rendidos; e, igualmente, si no lo hace se contempla como consecuencia la casación por motivos absolutos. Esto tiene lugar, aun si no consignándose los medios, éstos se han tenido en consideración en el juicio mismo (como actividad volitiva), como sí, en el mismo caso, no se acogen en el juicio. Por lo tanto, en estas situaciones se descarta la procedencia del “recurso extraordinario”, en favor de la casación.

La apreciación de los enunciados fácticos -una vez consignados los medios de contrastación- trasciende a dos cuestiones: si se da o no por verosímil la hipótesis de corte fáctica propuesta; y, si es que dándose por veraces, no se han tomado en consideración en el juicio, vgr. se tiene por acreditado que Osvaldo no pudo disparar y no matar a Juan, no obstante se le declara responsable, o bien, no se les da por veraces pero sí lo han sido, vgr. Osvaldo disparó y mató a Juan y se le exime de responsabilidad (sin la concurrencia de alguna eximente o excusa). En el segundo caso, es clarísimo que es casable la sentencia por contradicciones lógicas internas, cuando no haya correspondencia entre los considerandos resolutivos y la cuestión resolutive misma. Con respecto a lo segundo, se debe atender al sistema del Código, cual es el de la sana crítica. ¿Por qué decimos esto? Si el sistema fuese de libre apreciación, entonces no podríamos decir que la sentencia puede ser objeto de control, pues como señalamos en su oportunidad, dicho sistema contiene como elemento básico la invocación a la mera conciencia y la mera intuición del juzgador, es decir, a un elemento no controlable, y para proceder a ello debería recurrirse a un criterio ajeno a aquél, que en definitiva sería vinculante para el tribunal *a quo*, y, por ende, ya no estaríamos en el sistema<sup>146</sup>. De esta manera, esa solución no es posible. Por otra parte, podría revisarse la sentencia no controlándola sino que abriéndose la instancia, a lo menos, parcialmente, mas esto también nos llevaría a igual vera saliéndonos del sistema. Por ello tampoco esta solución es lógicamente viable.

Como dijimos, la cuestión se trata de un problema relacionado con el sistema de la sana crítica, puesto que éste sí contiene elementos controlables, por ser extrínsecos al juzgador y de corte objetivos: los principios de lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia. Sin embargo, estos elementos son ajenos a la ley, en el sentido de no ser propios del legislador, pues en ella el contenido concreto de dichos elementos están indeterminados, en razón de pertenecer éstos al ámbito de la ciencia especialmente. A quien corresponde determinar cuáles son los principios de lógica, enunciados científicos y máximas de experiencia, es a la comunidad científica y filosófica<sup>147</sup>. Volviendo a la cuestión de las “pa-

---

<sup>146</sup> Recordemos lo señalado por E. Couture con relación al control de la libre convicción, en el sentido de que “la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos y aún contra la prueba de autos” (n. 127), *ibíd.*

<sup>147</sup> En razón de tratarse de un sistema normativo, teniendo éste su origen en un acto de voluntad y no de *auctoritas*, en definitiva quien determinará los principios de lógica y máximas de experiencia aplicables al caso concreto, es el sistema judicial y, en concreto, cada uno de los jueces que conozcan del asunto. Sin perjuicio de lo anterior, la exposición de donde proceden dichos principios y máximas se da con motivo del examen y control de las resoluciones.

tologías” de las resoluciones, éstas a su vez pueden ser: la no invocación formal de los criterios de la sana crítica; y la invocación de principios y máximas no acogidas por la comunidad científica filosófica. En cuanto a lo primero, la prescripción exige, a lo menos, la consignación formal de algún principio lógico o regla de ciencia, independientemente de su veracidad científica o lógica. No consignándolos en la sentencia, ésta adolecerá de un defecto de forma, por lo que será casable en virtud de esa causa.

En relación con el segundo caso, es decir, si la sentencia invoca principios y reglas que no tienen el carácter de verdades provisionales, la resolución defectuosa no estará violando directamente la ley. La razón estriba en que la ley no ha determinado ni previsto meridianamente el contenido de los criterios, sino que ha sido - como se señaló- la comunidad científica y filosófica. En razón de satisfacerse, en principio, la ley con la sola mención que los argumentos son de orden lógico científicos y en virtud de que el recurso de casación tiene por objeto proteger el contenido de la ley, no pudiendo trabajar el tribunal de casación con otro material que no sea el normativo (incluso con pureza, sólo el legal, constitucional o internacional)<sup>148</sup>, es que el recurso de casación no procedería en estos casos sino que el “recurso extraordinario”. De esta forma, el objeto del nuevo recurso será la validez (o las justificaciones) de índole lógica metodológicas de los enunciados fácticos<sup>149</sup> contenidos en la sentencia; es decir, y de manera analógica, el “*quid iuris*” de la investigación científica (no legal) de los hechos realizada por el tribunal. Lo arbitrario, de la sentencia vendrá dado por apartarse el razonamiento de la lógica y avances de la ciencia, y lo manifiesto, por el peso específico de los principios violados. Esto no supone que se presenten más pruebas ante el tribunal *ad quem*, sino que éste sólo apreciará de nuevo los resultados desde el punto de vista lógico y científico, como efectivamente lo hace la comunidad científica.

---

<sup>148</sup> Es necesario recordar, en esta materia, que la remisión normativa de la ley a los criterios fundamentalmente científicos-filosóficos, no hace que éstos se conviertan en norma jurídica ni que adquieran la jerarquía de aquélla, puesto que, de otra forma, su modificación sólo podría lograrse mediante una tramitación legislativa. Como señala Santi Romano, en estas situaciones “la norma reenviante limita su propia competencia reconociendo que la materia concreta de que se trate ha de ser regulada no por ella... la norma de remisión se interesa por la materia, pero se desinteresa del modo como la misma es regulada”. Por su parte, Eduardo García de Enterría precisa que el contenido del acto reenviado permanece extraño o ajeno a la voluntad reenviante, ya que ésta sólo puede determinar, dentro de la idea de remisión que un determinado supuesto de hecho sea regulado por la norma remitida (Todos *Legislación Delegada y Control Judicial en Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control judicial*, pp. 149 a 154, Tecnos); aunque en este caso se trata de las reglas científicas remitidas. Para ahondar más el tema acerca de la justificación de la existencia de este recurso en relación con el de casación, ver del autor: *Ensayo de Interpretación acerca de la Competencia del “Recurso Extraordinario” en el Proyecto de Sistema Procesal Penal*, expuesto en el “II Seminario de Actualidad Jurídica Chilena” organizado por la Universidad de Valparaíso; en especial, el criterio de interpretación impura de la jurisprudencia en la extensión del recurso de casación.

<sup>149</sup> Cfr. KARL POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica* (trad. Sánchez de Zavala) en especial pp. 30 a 32, Tecnos.

Con relación a la veracidad de los medios de corroboración, la regla general es que son de exclusiva competencia del tribunal *a quo* (tribunal de casación no procedería por las mismas razones ya expuestas), el sistema exige inmediatez, con lo que los elementos de calificación que provengan de la captación inmediata por parte de los jueces serán intocables (y eso será una cuestión que se determinará caso a caso, debiendo el tribunal señalar qué fue lo que captó por sus sentidos).

La solución expuesta concuerda perfectamente con lo señalado por la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en orden a que: “Con el establecimiento de este recurso extraordinario, se elimina la casación por apartamiento de la evidencia, que procedía, precisamente, cuando las conclusiones de hecho de la sentencia definitiva dictada en el juicio oral fueren arbitrarias por apartarse de modo notorio de la prueba rendida en la audiencia”<sup>150</sup>.

El ámbito preferente del recurso será en sentencias que deban pronunciarse sobre el elemento imputabilidad del delito y problemas relativos a la psiquiatría, además, de la trascendencia de exámenes de corte biológicos, químicos y físicos, como desde el punto de vista lógico la apreciación de los hechos como un razonamiento de carácter deductivo y no inductivo.

De acuerdo con el razonamiento expuesto, el tribunal *ad quem* del “extraordinario” sólo revisará el problema lógico científico de la sentencia, más lo que enseñe la experiencia (en cuestiones de orden triviales u ordinarias), con relación a las cuestiones de hecho del juicio. De esta manera, no hay una repetición del proceso, ni la instancia sigue abierta. Por lo tanto, no existe violación del principio de única instancia.

## 22. GARANTÍA LEGAL-JURISDICCIONAL EN LA EJECUCIÓN PENAL

La pena como máxima retribución del sistema del Derecho a ciertos ilícitos, ha sufrido una evolución tanto desde el punto de vista del orden jurídico material como instrumental, lo que ha dado origen a otro binomio de garantías: la garantía legal en la ejecución y la garantía jurisdiccional en la misma.

La garantía legal en la ejecución se funda en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Históricamente se presenta como una extensión de aquel principio, con el objeto de evitar los abusos y arbitrariedades que se pudiesen producir en la individuación de la pena<sup>151</sup>. Esta garantía significa que la ejecución de la penalidad debe hacerse con arreglo a la Ley, y, como bien dice José Luis Guzmán Dálbora, sin afectar más bienes jurídicos que aquellos que la misma ley ordena arrebatar o limi-

---

<sup>150</sup> *Anexo al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, a la Honorable Cámara de Diputados, pp. 165 y 166.

<sup>151</sup> Estamos tomando como sinónimos individuación de la pena con graduación, sin tomar partido por un Derecho Penal del autor (en donde, nos parece, que es la personalidad o estado del individuo el fundamento del delito y, a veces, de la punición *strictus sensus*), sino, más bien, tomándolo por uno de la conducta (o hecho) en donde la antijuricidad y la culpabilidad normativa sean determinantes para graduar o individualizar la pena.

tar, salvaguardando la “incolumidad de todos los componentes de su personalidad jurídica” no afectados por la ley<sup>152</sup>.

La primera preferencia en la titularidad para proceder a la graduación de la pena es del órgano legislativo, en razón de interpretarse su producto en tanto símbolo de la libertad -como independencia- y la seguridad. Por ello es que, según el art. 80 del CP: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”; lo que no quiere decir, que el sistema chileno deba ser interpretado como de estricta inflexibilidad, sino que debiendo ceñirse de manera fiel a su marco, independientemente de las facultades de apreciación o discrecionales -en sentido débil- otorgadas a los demás partícipes en la individuación.

La garantía jurisdiccional en la ejecución de la pena, por su parte, supone el fin de toda jurisdicción. La contemporánea idea de jurisdicción se construye sobre la base de la actuación del Derecho por parte de un tribunal -imparcial-, más el carácter de definitiva. Así, Piero Calamandrei enuncia que “en el moderno Estado de Derecho, el cual reivindicando para sí como exclusivo monopolio el ejercicio de la función jurisdiccional, le ha dado [a ésta] un contenido más amplio y plenamente inteligible pero coordinado con las otras manifestaciones de la soberanía... ha establecido... un propósito más alto, que es el de garantizar y controlar a posteriori en los casos concretos la observancia de la voluntad del Estado, ya manifestada a priori en la Ley... Por esto se ha dicho autorizadamente que en el Estado moderno la función jurisdiccional es una integración y prosecución de la función legislativa”<sup>153</sup>.

Es en conformidad con lo expuesto, y, a más, el objeto de asegurar la imposición del principio del *nulla poena sine lege*, que se crea en el Derecho otro principio: del *nullum crimen nulla poena sine iudicio*. Éste significa la necesidad jurídica de que la declaración del delito y su castigo pasen por un proceso jurisdiccional, debiendo existir siempre la correspondiente declaración de responsabilidad por el tribunal, con independencia de cualquier acuerdo de las partes (esto por la indisponibilidad de los bienes jurídicos en juego). Ahora bien, proyectados hacia el momento de la ejecución es que este principio instrumental del *nulla poena sine iudicio* adquiere su trascendencia de garantía jurisdiccional para efectos de garantizar la observancia del *nulla poena sine lege*. En efecto, como dice Guzmán Dálbora, el momento en que las penas privativas de libertad adquieren, como toda pena, su verdadera realidad y dimensión (concretándose su sentido y finalidad), lo es en la evidencia palmaria de los hechos, es decir, con el proceso de cumplimiento<sup>154</sup>.

En este sentido, el juez y el proceso mismo de ejecución de las penas, se erigen dentro del Estado de Derecho como una garantía para los ciudadanos. En concreto,

---

<sup>152</sup> José Luis Guzmán Dálbora, *Diagnóstico y Perspectivas del Binomio Judicialización-Jurisdiccionalización*, en *el Cumplimiento de las Penas Privativas de Libertad*, en *Gaceta Jurídica* 21 (1998) p. 84. Como recuerda Luis Rodríguez Manzanera, la lastimosa tradición jurisprudencial ha considerado al preso como un “muerto civil”, en tanto alguien que no tiene derechos públicos subjetivos (*Ejecución Penal y Adaptación Social en los Países en Desarrollo*, en *La Reforma Penal en los Países en Desarrollo*, pp. 283, Universidad Nacional Autónoma de México).

<sup>153</sup> Calamandrei (n. 86), pp. 269 y 270.

<sup>154</sup> Guzmán Dálbora (n. 152), p. 83.

se trata de que el tribunal de ejecución penal *iuris dictio* cada estado de la individuación de la pena, sea moderándola, reduciéndola o agravándola de acuerdo a la ley, ya fuese dentro o fuera de una penitenciaría.

Desde la perspectiva normativa, tiene el sentido de que el tribunal de ejecución, norma cada estado jurídico de castigo del condenado; sin norma jurídica individual ¡no puede haber variación alguna de su situación de hecho! Esto claramente significa que el juez es el órgano jurisdiccional y no el órgano de fiscalización (o tribunal de vigilancia, como malamente algunos le llaman). Por ello es que el origen de las variaciones jurídicas del penado relativas a su estado de hecho, sólo puede acaecer previo debido proceso, esto es, de uno que cuente con todas las garantías, vgr. contradictoriedad, publicidad, celeridad, recursividad, etc., adecuadas a un procedimiento de ejecución.

Ese proceso a que aludimos es el de la individuación jurisdiccional de la pena. Se trata, según Manuel de Rivacoba, en “la secuencia de actos mediante los cuales se adapta para el singular suceso delictivo la abstracta previsión penal de la ley para la especie o categoría criminosa a que pertenezca, escogiendo y actualizando para aquél y haciendo cumplir al reo la posibilidad y magnitud, de las comprendidas dentro de los límites de dicha previsión, que más o mejor se adecue a las particularidades de tal suceso”<sup>155</sup>. En nuestra opinión, este proceso jurisdiccional tiene dos fases<sup>156</sup>: una exquisitamente judicial de imposición de la pena, parte del proceso declarativo (sentido amplio), y que sirve de título de ejecución punitiva para la siguiente fase, la de ejecución de la pena. Esta última tiene por objetivo el hacer cumplir el Derecho Penal particularizado por la sentencia, así como el resolver to-

---

<sup>155</sup> M. DE RIVACOBA *Cuantificación de la Pena y Discrecionalidad Judicial*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (1993), p. 624. Señala el maestro que la imposición y la ejecución o cumplimiento de la pena son los dos momentos en y mediante los cuales ésta se convierte en nuda hipótesis legal, abstracta y general, en efectiva realidad social y humana, concreta e individualizada... mientras es sólo una amenaza y permanece inerte en la ley, no regula conducta ni crea obligación alguna (como no sea para el juez, que, dado ciertos supuestos, el actualizarla y aplicarla cuando); es a partir del pronunciamiento judicial que la determina e impone y durante su ejecución, cuando surge un deber... cuyo cumplimiento constituye un fenómeno social y compele al condenado todo el poder de coerción de que disponga el Derecho” (ibíd., p. 623). Sin embargo, no concordamos con la opinión de que no hay deber mientras no haya imposición y ejecución. En este sentido creemos que yerra al darle un sentido demasiado hipotético a la prescripción legal de la pena, pues dicha norma es tan válida (existencia obligatoria) como la judicial. El hechor al cometer el delito ya está vinculado por la norma legal penal y de acuerdo a ella es que debe fallar el juez. En parte, aquí radica la separación entre coerción, que viene determinada por la ley, y coacción, en tanto cuanto efectiva realización de aquélla, cuyo supuesto o fundamento vendrá determinado por el juez y, además, ordenándola este mismo. Cosa distinta es la intervención en el juego, de la norma procesal penal relativa a la presunción de inocencia, que exige un juicio previo, para efectos procesales, que determine su responsabilidad y excluya, prácticamente, toda clase de autotutela.

<sup>156</sup> Para M. de Rivacoba la determinación de la pena tiene tres fases: una individuación legal, una judicial (labor entre juez y ley), y una ejecutiva. A diferencia suya, Zaffaroni entiende existir sólo una, la individuación judicial de la pena. Éste viene citado por el Rivacoba (n. 155), p. 627 y n. 13.

dos los incidentes que puedan acaecer mientras esté vigente la punibilidad del delito y que puedan hacer variar la situación del penado.

Para cumplir con la exigencia de garantía, de manera innovadora para nuestro Derecho, se prescribe la creación de un órgano jurisdiccional especial para la ejecución de las sentencias penales: el denominado “juez de ejecución penal”. Éste, se ha entendido, que tiene por competencia “el velar por el efectivo cumplimiento de las penas, determinar lo que corresponda en caso de quebrantamiento y velar también por el debido respeto de los derechos que, más allá de la pena, corresponden al condenado”<sup>157</sup>.

En realidad la garantía va mucho más allá. Como ordena la prescripción, el tribunal “decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requieren para dar total cumplimiento al fallo”, sea ésta una privación de libertad, una medida alternativa o una multa. Esto significa que el total cumplimiento del fallo es la individuación ejecutiva de la punición, sin alteración o intromisión de cualquier otro funcionario ajeno al órgano jurisdiccional, debiendo intervenir por una reserva jurisdiccional precisamente este órgano para cambiar el estado del condenado. Y esto no puede ser de otra forma, pues esta garantía de reserva jurisdiccional no es mera concesión graciosa de un grupo o sector de la población a otro, sino un verdadero derecho político del ciudadano -en su más profundo sentido-, exigible ante el Estado para salvaguardar -en conjunto con otros derechos- la dignidad del hombre, asegurada por el art. 1 de la Constitución y el art. 5 inc. 2 de la misma, frente al Derecho Penal y el proceso penal, constitutivos ambos del límite del Estado de Derecho, en los cuales se pone en juego los bienes más fundamentales de los ciudadanos.

Dentro de ese contexto es que debemos entender la idea de supervisión de los tribunales encargados de la ejecución, es decir, en el sentido de “conocer las solicitudes y presentaciones que se pudieren plantear respecto de la forma que deba o vaya adquiriendo la ejecución penal”, según reza la primera disposición transitoria del proyecto de Código despachado por la Cámara de Diputados. Se refuerza esta interpretación por la misma exigencia del sistema de partir todo tipo de esfuerzo hermenéutico, desde la normativa constitucional y acomodar el resto del orden jurídico a ella.

Los funcionarios administrativos encargados de vigilar por el cumplimiento de la pena, sólo pueden tener como facultades, dentro del Estado de Derecho chileno, las propiamente administrativas, es decir, para poder mantener en buen funcionamiento el Servicio Público, vgr. determinar los horarios de ejercicio de los derechos de los condenados, o los necesarios para la mantención del orden público, vgr. separación momentánea del preso de la población, pero no pueden alterar para bien o para mal la situación punitiva de hecho de aquél, sin resolución jurisdiccional, como las llamadas sanciones disciplinarias a los presos. Todo ello, es sin perjuicio de las expresas facultades de gracia constitucional, de la Administración y del Congreso.

Es menester aclarar, que en razón de las diversas vicisitudes necesarias para la instalación de los jueces de ejecución penal, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se trasladó la norma inicial del Proyecto, relativa a que el juez sentenciador sea también el de control de la ejecución, al final del Cuerpo, atribuyéndole un carácter de norma transitoria hasta que se establezcan los tribunales especializados correspondientes.

---

<sup>157</sup> Editorial de *El Mercurio de Valparaíso*, de 4 de enero de 1999, cuerpo A, p. 4.