



Revista de Derecho - Universidad Católica de Temuco

NUMERO III

Daniel Mendonça

Presunción de inocencia.

Rodrigo Medina

Prisión preventiva en la historia fidedigna del establecimiento del código procesal penal. Algunas reflexiones sobre la relación prisión preventiva y pena.

Gonzalo Cruz

Medidas cautelares en el proceso penal.

Rodrigo de la Barra

La prueba en el juicio oral.

Rodrigo Coloma

Los límites del recurso de nulidad como mecanismo de control de la decisión sobre los hechos.

Sofía Libedinsky

La exclusión de los antecedentes penales en el juicio oral.

Mauricio Decap

De la contraposición entre la víctima y testigo y el derecho a defensa.

Mauricio Duce

Los mecanismos de descongestión y su uso en el nuevo sistema procesal penal.

Francisco Cox

Negociación en el nuevo proceso penal.

Manuel Zárate

Los acuerdos reparatorios. Algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación.

Jean Pierre Matus

El cheque como delito de acción privada en el nuevo y antiguo proceso penal.

Indice

Estudios e Investigaciones

<i>Presentación</i>	5
<i>Daniel Mendonca</i> <i>Presunción de Inocencia</i>	9
<i>Rodrigo Medina J.</i> <i>Prisión Preventiva en la Historia Fidedigna del Establecimiento del Código Proccsal Penal. Algunas reflexiones sobre la relación prisión preventiva y pena</i>	17
<i>Gonzalo Cruz G.</i> <i>Medidas Cautelares en el Proceso Penal</i>	35
<i>Rodrigo de la Barra C.</i> <i>La Prueba en el Juicio Oral</i>	47
<i>Rodrigo Coloma C.</i> <i>Los Límites del Recurso de Nulidad como Mecanismo de Control de la Decisión sobre los Hechos</i>	55
<i>Sofía Libedinsky V.</i> <i>La Exclusión de los Antecedentes Penales en el Juicio Oral</i>	79
<i>Mauricio Decap F.</i> <i>De la Contraposición entre la Protección de Víctima y Testigo y el Derecho a Defensa</i>	89
<i>Mauricio Duce J.</i> <i>Los Mecanismos de Descongestión y su Uso en el Nuevo Sistema Procesal Penal</i>	109
<i>Francisco Cox V.</i> <i>Negociación en el Nuevo Proceso Penal</i>	133
<i>Manuel Zárate C.</i> <i>Los Acuerdos Reparatorios: Algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación.</i>	161
<i>Jean Pierre Matus A.</i> <i>El Cheque como Delito de Acción Privada en el nuevo y antiguo Proceso Penal.</i>	197

PRESENTACIÓN

Mucha tinta ha sido vertida a raíz de la entrada en vigencia de un nuevo código procesal penal en nuestro país. Como Escuela de Derecho, ubicada en la IX Región –una de las dos zonas seleccionadas para dar inicio a este nuevo sistema de enjuiciamiento– no hemos querido permanecer al margen de este gran cambio normativo: sobre todo teniendo a la vista las implicancias que éste representa, desde el punto de vista del respeto de los derechos de distintas personas que se ven involucradas en un litigio penal.

Es así que, gracias al generoso aporte de la Fundación Hewlett y al entusiasmo de un grupo de académicos, abogados, jueces y otras personas vinculadas al mundo de *lo jurídico*, la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco y la California Western School of Law, iniciaron conjuntamente en el año 1999, un proyecto al que se llamó ACCESO. En sus tres años de vida, se ha intentado contribuir al éxito del nuevo sistema de enjuiciamiento de asuntos criminales mediante un intensivo programa de capacitación en técnicas para la litigación oral dirigido a distintos actores del nuevo proceso penal: ello por cuanto se estimaba que el éxito del nuevo código pasaba, en una importante medida, por un adecuado proceso de capacitación de abogados y estudiantes de Derecho en una forma de intervención en el proceso, acorde a una lógica “no inquisitiva”. Para llevar adelante esta iniciativa, hemos contado con la valiosa colaboración de numerosos instructores norteamericanos y nacionales quienes han recorrido el país realizando cursos en los cuales se han ido perfeccionando técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio, diseño de estrategias conducentes a la prueba de los hechos (o enunciados sobre hechos), etcétera.

Aparte del proceso de capacitación anterior, ha resultado útil abrir espacios para la discusión, habiendo sido –en nuestro caso– dos congresos latinoamericanos sobre el nuevo proceso penal chileno (ambos en la ciudad de Pucón), las experiencias de mayor impacto. En estas actividades hemos tenido la satisfacción de poder contar una numerosa concurrencia de jueces, fiscales, defensores penales

públicos, académicos y estudiantes de distintos lugares de nuestro país, como también, muchos visitantes extranjeros. En la organización del congreso hemos contado con la colaboración de varias instituciones, siendo especialmente valioso el apoyo que hemos recibido de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y de la Embajada de Estados Unidos. El presente número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, contiene una selección de los trabajos que fueron presentados en el II Congreso "Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal", realizado los días 26 y 27 de octubre de 2001.

Los trabajos que podrán leer a continuación tratan de distintos temas de relevancia, como es el caso de los alcances de la presunción de inocencia consagrada expresamente en el artículo 4° del nuevo código y que ha implicado un importante avance en orden a incorporar en el ordenamiento jurídico chileno, las exigencias de tratados internacionales. Un primer análisis sobre el tema es realizado por Daniel Mendonca, quien se aboca al esclarecimiento, desde un punto de vista lingüístico, del significado de la presunción de inocencia, profundizando en las propuestas que autores de la talla de E. J. Cohen, Edna Ullman-Margalit y otros, han formulado en contextos más generales. Estudios acerca de la manera en la que se encuentran resueltos, en el nuevo código procesal penal, ciertos problemas relacionados con la presunción de inocencia son realizados por Rodrigo Medina y Gonzalo Cruz. El primero de ellos hace un recuento y análisis de las discusiones en la tramitación legislativa de la prisión preventiva, orientado a aclarar las relaciones existentes entre tal medida cautelar y la pena. Respecto al segundo de los autores, el tema desarrollado es el de la regulación de las medidas cautelares, en general, bajo el prisma de la tensión producida entre efectividad de la persecución penal y los límites provenientes del reconocimiento de los derechos individuales del acusado.

Otro foco de atención de esta publicación está constituido por el modelo de prueba del juicio oral. Rodrigo de la Barra trata de ciertos problemas de admisibilidad de la prueba que, según su opinión, no encontrarían justificación en la protección de garantías individuales. A continuación, se contiene un trabajo mío en el que analizo las restricciones al recurso de nulidad, centrándome especialmente en lo

que refiere a las posibilidades de recurrir fallos fundándose en un cuestionamiento a los enunciados sobre los hechos que justifican la decisión. Luego, hay un trabajo de Sofía Libedinsky quien trata los problemas que representa, a nivel de garantía del acusado, la incorporación de sus antecedentes previos en el juicio oral

Mauricio Decap hace un análisis acerca de la tensión que se produce entre la protección de ciertas personas, con el derecho de defensa y sugiere que, sin perjuicio de la necesidad de la protección de víctimas y testigos, ésta debe llevarse a cabo con el menor daño posible para la defensa del acusado. En lo que sigue, hay un tratamiento de las excepciones a la inexcusabilidad de la persecución penal, es decir, de los mecanismos propiamente de descongestión, como las salidas alternativas. Respecto de la facultad de no iniciar la investigación, el archivo provisional y el principio de oportunidad, hay un estudio del profesor Mauricio Duce, quien argumenta en favor de un mayor uso de estas facultades por parte del Ministerio Público. Sobre la negociación en el nuevo código procesal penal, se contiene un trabajo de Francisco Cox, quien analiza, a la luz de modernas teorías de la negociación, los objetivos de las partes y sugiere posibles estrategias. Se publica además en esta línea, un trabajo de Manuel Zárate, quien trata el tema de los acuerdos reparatorios, concluyendo que constituyen un mecanismo especialmente adecuado para la restauración de los desequilibrios provocados por la realización de un delito.

Por último, se encuentra un estudio de Jean Pierre Matus sobre los cambios que se han producido recientemente en la tramitación del delito de giro doloso de cheques, como consecuencia de la entrada en vigencia del nuevo código procesal penal.

Para finalizar no me queda sino formular mis agradecimientos a quienes han hecho posible esta publicación: a todos los que presentaron sus trabajos en el Congreso "Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal", en especial a aquellos autores cuyas propuestas han sido incorporadas a esta revista; a Jesús Escandón y Gonzalo Navarrete, integrantes del Comité Editorial, por la acuciosa lectura de los artículos presentados para ser publicados en este número; a Sofía Libedinsky, José Martínez y Claudio Pavlic, por

la colaboración prestada en el proceso de revisión preliminar de los textos presentados; a Mario Vargas por resolver rápidamente todos los problemas que trae aparejada la publicación de una revista, y por último, a la Fundación Hewlett por los aportes financieros proporcionados.

Rodrigo Coloma Correa.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Daniel Mendonca

Profesor en Facultades de Derecho de las Universidades:

Católica de Asunción y Pompeu Fabra.

Autor de varios libros de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional.

1. Uno de los postulados básicos de los sistemas penales contemporáneos establece que nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare como tal. Es decir, antes y durante el proceso penal se considera que la persona es inocente y, precisamente, mediante el juicio penal previo, se determinará si el imputado mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se lo declara culpable. Hasta ese momento, para el Derecho, el imputado es y debe ser considerado inocente.

Este importante postulado, sin embargo, no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución chilena, aunque la doctrina y la jurisprudencia constitucionales consideran que se halla implícito en su texto. Además, con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la presunción de inocencia constituye, según se afirma, una garantía del proceso penal con rango constitucional. Es decir, que esos pactos internacionales vienen a plasmar una nueva garantía constitucional en materia penal. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14.2 que *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", en su artículo 8.2 establece que *"toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*. Por último, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 11 que *"toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"*. De este modo, los pactos internacionales mencionados amplían el sistema de derechos y garantías penales que establece la ley suprema chilena.

Mi propósito en esta ocasión será analizar, precisamente, la presunción de inocencia, dentro del marco general de las presunciones legales.

2. La noción de presunción desempeña un papel importante en toda deliberación práctica, por lo que su función en el Derecho cobra, en determinados contextos, relevancia especial. Esto es así porque las presunciones legales fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos. En ocasiones, el Derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se “infiere” un hecho controvertido a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes en sentido contrario; de este modo, las presunciones indican, anticipadamente, una respuesta posible a la cuestión controvertida, a efectos de producir una decisión. En otros términos, con el fin de resolver un caso, el juzgador debe, por disposición legal, tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra.

De allí que las presunciones pueden representarse mediante la siguiente fórmula: *Dado “p” presúmase “q”, donde “p” y “q” son dos proposiciones específicas*. Así, cuando se afirma que cabe la presunción en un caso dado, quiere decirse que el hecho genérico que da lugar a la presunción se ha producido en esa circunstancia concreta. Por ello, en rigor, la regla de presunción establece, en general, lo siguiente: *Dado el caso “p”, debe procederse como si “q” fuese verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para aceptar que no es el caso “q”*.

La fórmula en cuestión ha merecido, en doctrina, algunos comentarios interesantes. Primero, que la regla no tiene tanto que ver con la afirmación de hechos, como con el proceder sobre su base, ya que su objeto es facilitar la toma de decisiones, superando situaciones de incertidumbre; no ordena a sus destinatarios, sin embargo, determinada acción física, sino que dispone que tomen cierta proposición como si fuese verdadera, como base para actuar. Segundo, que las presunciones están asociadas con ciertas inferencias, pero las presunciones, en sí mismas, no versan acerca de inferencias, es decir, no implican compromiso alguno con, ni garantizan, el valor de verdad

de la proposición presumida; la presunción dispone que, en la práctica, se pase de una proposición a otra. Tercero, la presunción pone en marcha un mecanismo conforme al cual el destinatario procede sobre la base de la proposición presumida, pero tal curso de acción puede ser bloqueado si (o en el momento que) el destinatario encuentra elementos de juicio suficientes para aceptar “no *q*” lo que supondría que la presunción ha dejado de operar.

3. Todo parece indicar que el verbo “*presumir*” se emplea de diversas maneras y con significados distintos en ciertos contextos. Consiguientemente, un tipo de confusión podría originarse en la falta de distinción adecuada entre diversos significados del término en cuestión. Pero incluso en caso de que el término fuera empleado con un único significado, la falta de claridad respecto de lo que pretende decirse cuando se lo usa con ese significado, podría constituir una fuente adicional de confusiones. De este modo, una contribución importante consistiría en distinguir diversos usos de “presumir” y en explicitar sus condiciones de aplicación en cada uno de ellos. No procederé, sin embargo, de este modo.

Partiré, no obstante, de la base de que “presumir” integra un conjunto bastante homogéneo de verbos emparentados semánticamente (con un número importante de miembros) entre los que cuentan “sospechar”, “conjeturar”, “suponer”, “creer”, “asumir”, “admitir”, “acceder”, “presuponer”, “hipotetizar”, “imaginar”, “subentender”, “teorizar”, “presentir”, “desconfiar”, “postular”, “dar (por)”, “poner (por caso)”, “figurar(se)”.¹ Muchos de los verbos del listado anterior, incluso, son sinónimos de o equivalentes a “presumir” en ciertos ámbitos, razón por la cual se hace difícil aceptar que, cuando se emplea el término “presumir”, sólo existe una única manera de entender el enunciado que lo contiene. Por lo tanto, un enunciado de la forma *dado “p”, presúmase “q”*, puede ser interpretado, en principio, de distintas maneras, asociadas ellas a significados diferentes de “presumir” y “presunción”.

En mi opinión, el mejor candidato para analizar la idea de presunción, tal como ella opera en el ámbito de las presunciones

¹ Sellars, 1954; Hall, 1958; Llewellyn, 1962; Lamb, 1972; Cohen, 1989; Ullmann-Margalit, 1992.

legales, parece el concepto de "aceptación", concebido a la manera de Cohen. Según Cohen, aceptar la proposición "*p*" es adoptar una política (o estrategia) de tomar (asumir, postular) "*p*" como una premisa en algún contexto (o en todos los contextos) sobre la base de ciertas pruebas, argumentos, inferencias o deliberaciones.² En otras palabras, aceptar "*p*" consiste en usar "*p*" como premisa de un razonamiento.

El elemento contextual juega, claro está, un papel de suma importancia en el análisis del concepto de aceptación. En este sentido, surge, de la explicación anterior, el que un sujeto pueda aceptar una proposición en un contexto determinado y no aceptarla en otro contexto, es decir, un sujeto puede aceptar la proposición "*p*" en un cierto contexto de razonamiento justificatorio y no aceptarla en otro.³ Parece seguirse de esto, además, que la noción de aceptación es relativa no sólo en cuanto al contexto, sino también en cuanto al tiempo, puesto que un sujeto puede aceptar "*p*" en un tiempo dado y no aceptarla en un tiempo posterior. Este rasgo de variabilidad en el tiempo de la aceptación no requiere una acotación específica, en el sentido de que la aceptación no exige una determinada estabilidad temporal mínima. Por el contrario, la idea de aceptación entraña el rasgo de transitoriedad señalado, en tanto que no existe clase alguna de exigencia conceptual respecto del tiempo de aceptación de una proposición. Existe sí, en cambio, una exigencia contextual conexa, por cuanto la aceptación de una proposición (o de un conjunto de proposiciones) compromete con la aceptación de las consecuencias lógicas de esa proposición (o de ese conjunto de proposiciones). Esta exigencia se traduce, de inicio, en el compromiso de no aceptar una proposición y su negación, al mismo tiempo, en el mismo contexto.

4. Por otro lado, se afirma, acertadamente y en términos generales, que las presunciones legales constituyen mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente. Sostendré, sobre la base anterior, que las presunciones legales son, con mayor rigor, normas que imponen el deber de aceptar una proposición, siempre que otra

² Cohen, 1989, p. 368.

³ Brautman, 1992, pp. 10 a 11.

proposición se encuentre debidamente probada. Siendo así, las presunciones legales imponen un deber muy particular. A saber: el deber de aceptar ciertas proposiciones en determinadas circunstancias, especificadas por el sistema. De acuerdo con mi punto de vista, las presunciones legales tienen carácter prescriptivo y, más precisamente, obligatorio, puesto que ellas son dictadas para que algo deba hacerse.

En el caso de las presunciones legales, como en todos los demás casos de prescripciones, el contenido es una acción, una acción humana. La acción prescrita en este caso sería, sin embargo, una acción peculiar pues consiste, según se afirma recurrentemente, en un estado mental. Así, por ejemplo, se sostiene que "la aceptación es la clase de estado mental que tiene un tipo de papel específico, un papel funcional, en el pensamiento, la inferencia y la acción. Cuando una persona acepta "*p*", ella extraerá ciertas inferencias y realizará ciertas acciones asumiendo la verdad de "*p*".⁴ En el mismo sentido, se expide Cohen al decir que "aceptar es un acto mental, un patrón, sistema o política de actividad mental, antes que de actividad lingüística".⁵

Conviene tener presente, por otro lado, que las presunciones están asociadas a inferencias, aunque ellas no versan acerca de inferencias. Esto cobra especial relevancia en función de cierta tendencia, bastante extendida, a tergiversar esa relación entre presunciones e inferencias. Así, por ejemplo, Wróblewski sostiene que "la presunción es una regla que obliga a reconocer cierta conclusión en determinadas condiciones" y que "las normas de presunción, como todas las normas, regulan el comportamiento de los destinatarios; las presunciones fuerzan a reconocer la conclusión de la presunción cuando las premisas se encuentran verificadas".⁶ La explicación de Wróblewski es, al menos terminológicamente, bastante confusa, puesto que las presunciones no imponen conclusiones, como él parece pretender, sino premisas. De este modo, las presunciones pueden ser vinculadas a razonamientos, sin contener reglas de inferencias ni establecer conclusiones.

⁴ Steup, 1995, p. 120

⁵ Cohen, 1989, p. 368

⁶ Wróblewski, 1974, p. 48.

Ahora bien, tales premisas son impuestas bajo el supuesto de la satisfacción de ciertas condiciones fijadas por las mismas normas que establecen presunciones. Conviene tener presente que ciertas circunstancias deben darse para que entre a operar la obligación de presumir la proposición que la norma determina. Tales circunstancias se remiten, básicamente, a la prueba de una proposición acerca de un estado de cosas determinado y/o a la ausencia de prueba respecto de la negación de la proposición presumida. Puede verse en esto, pues, dos condiciones determinantes, una positiva y otra negativa. La positiva sería la existencia de elementos de juicio a favor de una proposición determinada ("*p*", en el esquema de Ullmann-Margalit) y la negativa sería la ausencia de elementos de juicio a favor de la negación de la proposición presumida ("*q*", en el esquema indicado).

5. Sobre esta base, es fácil percibir que la presunción de inocencia opera su eficacia en un doble plano. Por un lado, impone el deber de dispensar el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo, a quien no haya recibido condena; por otro lado, exige que toda condena vaya siempre precedida de una actividad probatoria suficiente, impidiendo la condena sin pruebas. La presunción de inocencia ocasiona así un desplazamiento de la carga de la prueba a la parte acusadora, a la que incumbe, exclusivamente, probar los hechos constitutivos de la pretensión penal.

La presunción de inocencia no implica, ciertamente, la supresión de la libre valoración de la prueba que todo juzgador ha de realizar, en consecuencia y con arreglo a derecho, sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Tal valoración es, precisamente, lo que define la función del juzgador; pero, consagrada la presunción de inocencia, esa ponderación de los hechos y de las pruebas no puede ser realizada en forma arbitraria. El efecto de la presunción de inocencia a este respecto es, precisamente, que constriñe a quien considera a alguien culpable, a demostrar que lo es. Para demostrarlo, en primer lugar, es menester realizar una actividad, siquiera mínima, de recolección de pruebas que demuestren esa culpabilidad; en segundo lugar, es preciso expresar el razonamiento que ha conducido al juzgador a formarse, sobre la base de esas pruebas, una convicción de culpabilidad. La presunción de inocencia obliga, pues, al juzgador a destruirla; el Derecho le permite hacerlo con arreglo a su libre

valoración, pero le obliga a realizar una mínima actividad probatoria y a explicitar el razonamiento que lo ha conducido a la conclusión de culpabilidad. Por tanto, la presunción de inocencia exige al acusado de demostrar su inocencia y traslada a la acusación la carga de hacerlo. Desde luego, si bien el imputado no debe probar su inocencia, ello es sin perjuicio del derecho que tiene a ofrecer pruebas de descargo, pruebas que demuestran su inocencia.

6. De acuerdo con lo expuesto, es fácil ver que las presunciones cumplen un papel instrumental en el Derecho. Su función básica es posibilitar la superación de situaciones de impasse del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición (proposición que resulta relevante para resolver el caso sometido). De este modo, la incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el Derecho para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión. En doctrina, se hace referencia a este dato señalando un rasgo de parcialidad en las presunciones, en el sentido de que dan preferencia anticipada a cierta solución, favoreciéndola frente a otras soluciones opuestas.⁷ Esta parcialidad, por cierto, se justifica de maneras diversas. Ullmann-Margalit, por ejemplo, ha distinguido tres tipos de consideraciones que pueden servir para justificar la inclusión de una presunción determinada: consideraciones probabilísticas (consideraciones del tipo “es más/menos frecuente “*q*” que “*no q*”, en caso de “*p*”), valorativas (consideraciones del tipo “las consecuencias de presumir “*q*” en caso de “*p*”, serían más/menos graves que las consecuencias de presumir “*no q*”, en caso de “*p*”) y procesales (consideraciones del tipo “es más/menos fácil producir prueba en favor de “*q*” que de “*no q*”, en caso de “*p*”).⁸ Desde luego, es obvio que la presunción de inocencia se sustenta en consideraciones estrictamente valorativas y no en consideraciones probabilísticas o procesales.

El papel de las presunciones no es representar un detalle de información, que sea parte de nuestro conocimiento, respecto de cómo

⁷ Ullmann-Margalit, 1983, p. 146

⁸ Ullmann-Margalit, 1983, pp. 154 a 162

son las cosas en el mundo; sino que es parte de una maquinaria instrumental en uso, mediante cuyas operaciones se adoptan decisiones. De este modo, como las presunciones tienen un carácter instrumental, ellas pueden conducir o no a los propósitos perseguidos. La evaluación de una presunción debe efectuarse, entonces, basándose en su papel funcional. Consiguientemente, el valor de una presunción reside en consideraciones sistemáticas respecto del contexto decisorio dentro del cual ella figura.

BIBLIOGRAFÍA

- Bratman, M., 1992. "Practical Reasoning and Acceptance in a Context". Mind 101.
- Cohen, J.L., 1989. "Belief and Acceptance". Mind 391.
- Hall, R., 1958. "Assuming: One Set of Positing Words". Philosophical Review 67.
- Lamb, J., 1972. "Knowledge and Justified Presumption". Journal of Philosophy 5.
- Llewelyn, J., 1962. "Presuppositions, Assumptions and Presumptions". Theoria 2.
- Mendonca, D., 2000. "Las claves del derecho". Gedisa. Barcelona.
- Sellars, W., 1954. "Presupposing". Philosophical Review 63.
- Steup, M., 1995. "An introduction to Contemporary Epistemology". Prentice Hall. New Jersey.
- Ullmann-Margalit, E., 1983. "On Presumption". Journal of Philosophy 3.
- Ullmann-Margalit, E., 1992. "Holding True and Holding as True". Synthese 92.
- Wróblewski, J., 1974. "Structure et fonctions des présomptions juridiques". En Perelman, Ch. y Foriers, P. Les présomptions et les fictions en Droit. Bruylant. Bruxelles.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN PRISIÓN PREVENTIVA Y PENA

Rodrigo Medina

Abogado.

Magíster en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona.

Profesor de Derecho Penal, Universidad Gabriela Mistral.

RESUMEN

La ponencia pretende mostrar el sentido y contenido de la discusión que se trabó en la tramitación legislativa del Código Procesal Penal sobre la medida cautelar de prisión preventiva, las principales tendencias que allí se expusieron al respecto y, finalmente, entregar algunas reflexiones sobre el punto que el autor considera más relevante en dicha tramitación, cual es la relación existente entre prisión preventiva y pena. En este tópico, se desliza la conclusión de que, a pesar de existir menciones positivas que alejan ambos institutos, el contexto del párrafo donde la medida cautelar se encuentra tratada lleva a la conclusión de que tal alejamiento es más bien fáctico que ontológico.

La siguiente es una aproximación a las directrices y principios que se deslizan del análisis de la regulación que se dio para la prisión preventiva en el transcurso de la tramitación del nuevo Código Procesal Penal.

EL TRATAMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEPENDE DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Desde un principio se estableció una conexión entre la presunción de inocencia y la excepcionalidad de las medidas cautelares. Así, en el Mensaje del Código se decía que “en cuanto a lo primero (afirmación de la excepcionalidad de tales medidas), el

proyecto propone dar plena aplicación a la presunción de inocencia”.¹

En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, se afirma que “todos los abogados suelen hablar del principio de inocencia, pero en la práctica no existe, aunque se lo proclame muy solemnemente en el Código de Procedimiento Penal. Lo que se pretende es ponerlo en práctica de verdad. En consecuencia, las medidas cautelares –esas que coartan la libertad de las personas, que afectan sus derechos– merecen, en el Código, un tratamiento de absoluta excepcionalidad”.²

Por su parte, en el Segundo Informe de la comisión antes mencionada, se reafirma la conexión entre excepcionalidad de la prisión preventiva y presunción de inocencia: “En relación con la excepcionalidad de las medidas cautelares, se propone aplicar el principio de la presunción de inocencia, postulándose que quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales, en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena”.³

Se afirma que tal principio es un “límite” a la prisión preventiva y se señala que la prisión preventiva es una privación de libertad frente a un inocente. Citando a Hassemer, se trata a este principio como un absoluto ya que se afirma que “antes de la condena con autoridad de cosa juzgada, la presunción de inocencia rige siempre o no rige”.⁴

La Corte Suprema, en el informe que acompañó sobre la materia a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, expresó que la presunción de inocencia fundamentaba una de las posiciones que había primado en el tratamiento del punto en Chile (“Otra posición es la que se desprende de la normativa que sobre este punto se establece en el Proyecto,

¹ Mensaje del Código Procesal Penal, 9 de junio de 1995, p. 14.

² Primer Informe de la Comisión, 6 de enero de 1998, p. 8.

³ Segundo Informe de la Comisión, p. 10.

⁴ Ibidem, p. 10.

donde las garantías procesales del imputado son reconocidas con amplitud, respetando la presunción de inocencia y los principios consagrados en los pactos internacionales aprobados por Chile”⁵).

Durante la discusión sobre el artículo 4º, que se desarrolló al tratar el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, se separó el precepto original en dos. Uno, el artículo 4º actual, seguiría contemplando el principio de presunción de inocencia; mientras que el otro, el actual artículo 5º, se referiría al principio de legalidad (“no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ningún habitante de la República, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”), ya que “la Comisión reparó en que es una norma que, por su larga data en las leyes procesales penales y su directa raigambre constitucional, consagra en verdad uno de los principios básicos de este Código” y, por ende, debía encontrarse en una norma aparte como principio.⁶

Respecto de la excepcionalidad de la medida, al discutirse el artículo 169 (que en el proyecto de la Cámara era el primero del párrafo dedicado a la prisión preventiva) se afirmó que este carácter dependía del mandato constitucional “en orden a que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. Por ello, la comisión especializada del Senado “consideró innecesario, por constituir más bien una reflexión académica, expresar que es una medida cautelar de carácter excepcional” porque tal conclusión fluye del mandato restante, de modo que suprimió esa frase.⁷

LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE AJUSTARSE A LOS OBJETIVOS QUE LE SON PROPIOS

En el Mensaje se plantea que uno de los principales desafíos en el rediseño de las medidas cautelares se basa “en su completa subordinación a los objetivos del procedimiento”, señalando a continuación que éstos son “garantizar su comparecencia futura a los

⁵ Primer Informe de la Comisión, p. 105.

⁶ La incorporación del artículo nuevo, integrado en la forma ya expresada, se convino por los senadores Aburto, Hamilton y Zurita en el segundo informe, de 20 de junio de 2000, p. 39.

⁷ Segundo Informe de la Comisión, pp. 172 a 216.

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”.⁸

Por otra parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, se señala que “uno de los objetivos del sumario, en el procedimiento vigente, es asegurar la persona física del delincuente, lo cual se logra a través de la aplicación de alguna de las siguientes medidas coercitivas: la citación, la detención, la prisión preventiva y el arraigo. Cada una de estas instituciones se pone en ejercicio dependiendo de la gravedad del delito”.⁹

De ahí que más adelante se señale que “en relación con la prisión preventiva, la regla general es que se trata de una medida cautelar de carácter excepcional, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”.¹⁰

En esa misma oportunidad, se definió la adaptación a las finalidades del procedimiento como “homogeneidad de las medidas cautelares” (“Es útil tener en cuenta, en el momento de legislar en relación con las medidas cautelares, la necesidad de que éstas guarden una relación de finalidad con lo que el proceso persigue, lo que se denomina la homogeneidad de las medidas cautelares.”¹¹).

Las finalidades del procedimiento son sus objetivos generales y aplicables a todo proceso criminal. Son antecedentes jurídicos y abstractos, y dicen relación con el procedimiento y la ejecución de la sentencia. Ello puede desprenderse de la discusión que se llevó a cabo en el Senado, al discutirse el artículo 151 del texto de la Cámara de Diputados que establecía que las medidas cautelares personales “sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento”. En aquella

⁸ Mensaje, p. 14. Lo mismo en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 10.

⁹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 9.

¹⁰ Ibidem, p. 13.

¹¹ Ibidem, p. 12.

oportunidad se rechazó una indicación¹² que proponía “exigir en el inciso segundo que la expresión de fundamentos aluda a los antecedentes fácticos que justifiquen la necesidad de la medida cautelar que se adopte”.

En el Código se añadirían como “finalidades” más concretas de la medida de prisión preventiva, en el terreno de su aplicación fáctica, la evitación de la fuga y el otorgamiento de seguridades para los demás internos y otras personas que cumplan funciones en los recintos donde ésta se lleve a cabo.¹³

LA PRISIÓN PREVENTIVA NO PUEDE PERSEGUIR LAS FINALIDADES DE UNA PENA

Consecuencia lógica del principio de presunción de inocencia y del hecho de que las medidas cautelares en general, y la prisión preventiva en particular, debían ajustarse a los fines generales del procedimiento, se encuentra el hecho de que la prisión preventiva no puede asumir las finalidades de una pena penal.

Este hecho ha sido concretizado en el texto del Código de mejor manera de lo que fue discutido.

En efecto, del Código puede desprenderse una diferencia material y otra formal entre ambas instituciones. La material se afirma en las finalidades y objetivos del procedimiento, asegurados por la prisión preventiva.¹⁴ La formal se encuentra explícitamente afirmada por las medidas de ejecución del artículo 150 del C.P.P. que señala que “la prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales diferentes de los que se utilizaren para los condenados” (inciso 2º) y que “la prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena” (inciso 3º).

Durante la discusión, en cambio, la discusión fue tangencial. La única mención directa se encuentra en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, donde se afirma.

¹² De los senadores Bombal, Larrain, Stange y Urenda.

¹³ Artículo 150 inciso 3º del Código Procesal Penal

¹⁴ Artículo 139 inciso 2º del Código Procesal Penal.

entando a Hassemer, que “la prisión preventiva no puede perseguir objetivos de Derecho Penal material”.¹⁵

Sin perjuicio de ello, existen también ciertos rasgos de nebulosidad en el tema. De esta manera, la misma Comisión de Constitución de la Cámara señalaba en este Segundo Informe que “la actividad que a través de ellas (las medidas cautelares) se verifica, tiene que ser semejante a la que se aguarda de la sentencia. En otras palabras, no se puede imponer una medida cautelar que no tenga relación con el tema; tiene que haber un rango de semejanza”.¹⁶ Podría llegar a pensarse que existe algún tipo de comunidad entre la pena y la prisión preventiva, y de ahí la necesidad de que exista una suerte de “semejanza” tal, que lo adoptado por una de ellas (prisión preventiva) “prefigurare” la pena.

Parece ser que la “semejanza” aludida puede ser resuelta en parte, por el concepto de “proporcionalidad”.

PARÁMETROS PARA DEDUCIR UN PELIGRO PARA LA SEGURIDAD DE LA SOCIEDAD

Una variante que asume la disputa entre pena y prisión preventiva, se encuentra en el debate sobre los parámetros para deducir un peligro para la seguridad de la sociedad.

Uno de los debates que se dieron entre Senado y Cámara de Diputados fue relativa a la pervivencia de los parámetros que permitirían al juez de la causa estimar si existe o no peligro para la seguridad de la sociedad con la libertad de un imputado.

Tales parámetros existían en el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal tal como fue establecido por la Ley N° 18.857 de 1989; fueron eliminados por la Ley N° 19.047 de 1991; y vueltos a considerar en las Leyes N° 19.504 de 1997 y 19.661 de 1999.

El Código Procesal Penal señaló, finalmente, como inciso 3° del artículo 140, que “para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá

¹⁵ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 10.

¹⁶ *Ibidem*, p. 13.

considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”, que no es sino el texto del aún vigente inciso 2º del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, si bien esta fue la decisión final, se trabó una disputa entre lo señalado por el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y la Cámara de Diputados en el primer trámite. La primera opinión, se afincaba en el deseo de suprimir ese inciso 3º debido a que su única razón de ser se encontraba en que la prisión preventiva, por la extensión de los juicios en el procedimiento vigente, se transformaba en una condena anticipada; todo ello, potenciado porque el juez investigador era el mismo que sentenciaba; ambos, hechos que no ocurrirían en el futuro. Ello llevó al Senado a sugerir la supresión de ese inciso 3º.¹⁷

La Cámara, por su parte, propuso rechazar esta modificación¹⁸, y llevado el asunto a conocimiento de la Comisión Mixta, esta ratificó la opinión de la Cámara Baja, únicamente, porque el asunto había sido discutido recientemente por el Congreso al aprobar la Ley N° 19.661 (“La mayoría de los HH. señoras y señores integrantes de la Comisión Mixta consideraron atendibles las consideraciones que tuvo el H. Senado para suprimir el inciso, pero les hizo fuerza el hecho de que recientemente el tema haya sido debatido en el Congreso Nacional y regulado mediante la Ley N° 19.661, que modificó el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal. Concluyó que, por lo mismo, era

¹⁷ La supresión fue sugerencia del senador Hamilton y se acordó por tres votos (senadores Fernández, Hamilton y Viera-Gallo) contra dos (senadores Aburto y Larraín) en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 172 a 216.

¹⁸ Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados en tercer trámite constitucional, de 18 de julio de 2000, p. 35.

preferible no reabrir un debate que tuvo una duración prolongada, sino que recoger ese precepto en la nueva normativa”).

De ahí que pueda decirse que uno de los pocos debates que se dieron sobre el tema de la prisión preventiva, se trabó sobre el problema de la anticipación de pena, plasmado en los parámetros de consideración del peligro para la seguridad de la sociedad.

LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE REGIRSE POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en el sentido de “separar aguas”, ontológicamente hablando, entre la prisión preventiva y la pena debe existir una conexión referencial entre una y otra, dada por el hecho de que nuestra legislación acepta que una se compute temporalmente como parte de la otra.

De esta forma repugna al sistema que la prisión preventiva, de finalidades más limitadas que la pena, la sobrepase o sea notablemente proporcional a ésta.

Así, en el texto del mensaje se lee que “se disponen límites a la utilización de la prisión preventiva, destinados a mantener un criterio de proporcionalidad en relación con la pena posible”.¹⁹

Uno de los ejemplos que parecía repugnar más al Ejecutivo, redactor del Mensaje, era el de aquellos privados de libertad respecto de los cuales se esperaba la aplicación de alguna de las medidas de la Ley N° 18.216. De esta manera, se afirmaba que “si el legislador ha previsto la posibilidad de que un condenado cumpla su condena en un régimen de libertad asistida, con el objeto de favorecer la resocialización, representa un contrasentido el que aún antes de emitirse tal condena, es decir, en una etapa en la cual el imputado es presuntamente inocente, deba permanecer privado de libertad”.²⁰

De ahí que, desde el inicio de la tramitación legislativa, se haya estimado prudente y conveniente establecer límites temporales para la prisión preventiva en relación con las penas esperadas o posibles. Su

¹⁹ Mensaje, p.15.

²⁰ *Ibidem*.

fundamento remoto, siempre, ha de buscarse en el principio de presunción de inocencia. El Mensaje manifestaba que “la prisión preventiva deberá cesar siempre que se cumpla la mitad del tiempo de privación de libertad correspondiente a la pena esperada; y, un límite temporal absoluto de 18 meses, entendiendo que el Estado no puede disponer ilimitadamente de la libertad de una persona presuntamente inocente”.²¹

Este objetivo fue corroborado por la Cámara de Diputados, en el Segundo Informe de su Comisión de Constitución, cuando extracta fielmente lo dicho por el Mensaje.²² De esta manera, se afirma que “se ponen límites a la utilización de la prisión preventiva, destinados a mantener un criterio de proporcionalidad en relación con la pena posible. Por ello, junto con indicar cuándo procede la prisión preventiva y al objeto de reiterar el carácter restrictivo que tiene la aplicación de esta medida cautelar, se señala cuando ella resulta improcedente”.²³

De esta etapa legislativa se sigue la existencia de “límites temporales para la prisión preventiva”. De esta forma se decreta que “el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado. Asimismo, se ordenará la cesación de la prisión preventiva cuando su duración alcanzare la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar, en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes. La prisión preventiva no podrá exceder en caso alguno de dieciocho meses, a menos que se hubiere dictado sentencia condenatoria”.

A la vez, de la tramitación en la misma Cámara de Diputado, en el primer trámite constitucional, puede desprenderse otro sentido para la “proporcionalidad”. En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara se afirma que “las medidas cautelares, además, para poder decretarse, requieren lo que el Código de Procedimiento Civil llama comprobante que constituya presunción

²¹ Ibidem.

²² Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 12.

²³ Ibidem, p.12.

grave del derecho que se reclama, denominado, técnicamente, el "humo del buen derecho". Para decretar una medida cautelar, es indispensable que el juez tenga, no certeza, pero si un grado de verosimilitud del derecho que se le está invocando".²⁴

Lo anterior no significa sino que las medidas cautelares, género al que pertenece la prisión preventiva, necesitan que la finalidad del procedimiento exista realmente y que sea de una magnitud o entidad que pueda ser asegurada con la medida de prisión preventiva. En este caso, el *fumus boni juris* a que alude la Comisión, representa una forma de medir o de aludir a la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, tal como fue concebido desde las primeras etapas de la tramitación legislativa, fue ratificado por el texto del Código en el artículo 141 inciso 1º que expresa que "no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable".

Por su parte, la proporcionalidad por la vía de la temporalidad se encuentra consagrada en el inciso 2º del artículo 152 que expresa que "cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación".

LA PRISIÓN PREVENTIVA ES REEMPLAZABLE Y DE APLICACIÓN RESTRICTIVA

De la excepcionalidad fluye su aplicación restrictiva. En el mensaje gubernamental se señala que es necesario "establecer un conjunto de controles específicos respecto de las medidas cautelares que implican formas de privación de libertad, buscando racionalizar y limitar al máximo su utilización".²⁵

Ello debe ser relacionado con lo expresado en el mismo Mensaje en el sentido de que las nuevas medidas cautelares

²⁴ *Ibidem*, p.13.

²⁵ Mensaje, p.14.

personales, menos intensas que la prisión preventiva, que el Código Procesal Penal establece, debían ser utilizadas por el juez “con preferencia a ésta cuando resulten adecuadas para asegurar los objetivos del procedimiento”.²⁶

En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara se lee que “en cualquier momento del procedimiento, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas cautelares personales de menor intensidad”.

El Código Procesal Penal consagraría la aplicación preferente de las otras medidas cautelares personales en sus artículos 139 inciso 2º y 145.

EN EL DEBATE SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA NO DEJARON DE ESTAR PRESENTES LOS ASPECTOS POLÍTICOS DEL TEMA

Los asuntos políticos que dicen relación con el debate de la prisión preventiva surgieron sobre todo en el Senado, momento en el cual surgieron todas aquellas preocupaciones menos técnicas y doctrinarias. Todas ellas podemos dividir las en las siguientes:

1. Existen tesis disímiles sobre el tema de la prisión preventiva.
2. Existe una necesidad de que la tesis adoptada sea un justo medio.
3. Debía darse una “señal” al país.
4. En el debate de la prisión preventiva existe un conflicto subyacente entre el juez y los solicitantes de la prisión.

1. Tesis disímiles

Este punto fue abordado por el Informe de la Corte Suprema, entregado al debate de la Comisión de Constitución del Senado.²⁷ Allí se afirmó que “es ostensible que en los últimos tiempos se observa en la sociedad nacional posiciones disímiles sobre la libertad del procesado. Una corresponde a quienes, para satisfacer la inquietud de

²⁶ Mensaje, p.15.

²⁷ Primer Informe de Comisión, p.106.

la población del país sobre seguridad ciudadana, piensan que debe restringirse la libertad provisional de aquellos que se encuentran sujetos a prisión preventiva con motivo de la instrucción de un proceso criminal. Otra posición es la que se desprende de la normativa que sobre este punto se establece en el proyecto, donde las garantías procesales del imputado son reconocidas con amplitud, respetando la presunción de inocencia y los principios consagrados en los pactos internacionales aprobados por Chile”.

Más adelante, por boca de su Presidente, la Corte señalaría que estas diferentes actitudes podrían advertirse de la historia legislativa sobre el tema (“El señor Presidente de la Corte Suprema señaló que hay quienes creen que con el nuevo Código va a haber más bien “manga ancha”, una liberalización, y esto porque si nos detenemos a mirar, por ejemplo, desde 1950 en adelante, ha habido períodos “duros” en materia de libertad, con delitos inexcusables; después han venido períodos benignos, en que se favorecía a los que tenían seis meses privados de libertad, se eliminó el carácter de inexcusables del delito de usura y otros más; luego vinieron las “Leyes Cumplido”, que eliminaron lo mismo que el Congreso Nacional volvió a reponer el año pasado”).²⁸

2. La tesis del “justo medio”

Amparados en lo formulado por la Corte Suprema, es decir, que existen dos tesis legítimamente fundamentadas, se hicieron esfuerzos por parte de los senadores de la Comisión de Constitución porque el resultado de su labor fuese un “justo medio” entre aquéllas.

De esta manera se pronunciaron algunos de ellos, como el senador Viera-Gallo que expresó que “tal como se aprobó el Código en la Cámara se recoge la inquietud de la Corte Suprema, o sea, es un término medio, ni tan garantista ni tan represivo (sic). Ahora, tenemos que revisar si ese término medio es justo”.²⁹ El Ministro de la Corte Suprema, Mario Garrido Montt, reafirmando ese aserto, aseguraba que “se prefiere que se mantenga un justo término medio, donde estén presentes las ideas garantistas, por un lado, para evitar excesos y, por otro lado, la preocupación también para garantizar la tranquilidad

²⁸ Ibidem, p. 107.

²⁹ Ibidem, p.108.

ciudadana. Es un límite bastante difícil de mensurar, y cree que es el poder legislativo el que tiene que fijar las pautas. Hay una inquietud, pero no sobre la forma como aquí se está resolviendo”.³⁰ El senador Díez también concordaría con este punto (“El H. Senador señor Díez estimó que este es un tema que, evidentemente, concita la atención de la opinión pública, y se debe buscar una solución que, por una parte, respete el texto de la Constitución y que, por otra, le dé satisfacción a la preocupación de la opinión pública frente a la reiteración durante años de determinados tipos de delito”).³¹

Tales pronunciamientos fueron compartidos por los representantes del Ejecutivo, como la propia Ministra de Justicia (“Si uno mira cuándo se determinan los criterios de peligrosidad, a su juicio hay una orientación que guarda un justo equilibrio”)³² y uno de sus asesores directos (“El señor Blanco señaló que, a su juicio, no hay ninguna otra salida, no sólo porque ésta le parece muy buena y fue consensuada unánimemente en las dos Comisiones de Constitución y en las Salas respectivas, sino porque otra solución resulta inconstitucional, como es la de restringir la prisión preventiva en forma absoluta, y una última, en el sentido de que se exigiera unanimidad de la Corte de Apelaciones para otorgar la libertad provisional, como algunos han planteado, produciría que un voto de minoría primaria por sobre la mayoría que quiere otorgar la prisión preventiva, lo que es un absurdo en el sistema de tribunal colegiado”).³³

3. La “señal”

Sin perjuicio de ello, y a pesar de que el deseo de los comisionados era permanecer formalmente equidistante de ambas posiciones, hubo algunos que estimaron que era necesario robustecer la “seguridad ciudadana” en aras de formular una fuerte señal al país. Así, el preámbulo de la discusión expresaba que “en el seno de la Comisión, surgió la inquietud de que una eventual mayor aplicación de la libertad provisional, dado el clima de preocupación por la seguridad ciudadana que vive el país, fuese una señal que se interprete

³⁰ Ibidem, p. 108.

³¹ Ibidem, p. 111.

³² Ibidem, p. 110.

³³ Ibidem, p. 110.

equivocamente”³⁴. El senador Larrain consideró, a su vez, que “es preciso considerar la sensibilidad pública acerca de esta materia, no porque se deba legislar de acuerdo a las encuestas de opinión, sino porque que sería una debilidad muy grande del proyecto que quedara estigmatizado como un proyecto blando, que facilita la delincuencia o que puede perturbar la seguridad ciudadana”.³⁵ Finalmente, el senador Aburto manifestó que, en su concepto, “la normativa sobre la prisión preventiva es un poco blanda en los términos que la desarrolla el artículo 171”.

4. La disputa entre Judicial y Legislativo

Ella se manifiesta en ideas disímiles entre uno y otro Informe de la Comisión del Senado. Mientras en el primero existió la idea de señalar expresamente que el juez debía decidir el otorgamiento de la libertad, en el segundo se hacía primar la responsabilidad en quienes solicitan la prisión preventiva.

Las opiniones en el primero de los casos, señalaron que “es muy importante fortalecer el principio de que es el tribunal el que la concede o deniega, según las circunstancias de cada caso”³⁶, “es el juez quien decide siempre si acaso concurre alguna de esas tres hipótesis en las cuales puede privarse de libertad”³⁷; “el sistema descansa en el criterio del juez, y la ley no podría ir más allá de lo que dijo la Constitución, que deja en manos del juez la libertad de apreciación, en función de los criterios que señala. Este Código, además, descansa mucho en los jueces, porque no sería coherente que el legislador reemplazara al juez”.³⁸

Sin embargo, cuando se debatió la responsabilidad de los solicitantes en el Segundo Informe de la Comisión especializada del Senado, se afirmó que “la Comisión estuvo de acuerdo en consignar expresamente que, como el juez no tendrá antecedentes para resolver, es el fiscal o el querellante, según quien lo solicite, el que deberá acompañar los antecedentes que justifiquen decretar la medida. De lo

³⁴ Ibidem, p. 105.

³⁵ Ibidem, p. 110.

³⁶ Senador Larrain, Ibidem, p. 109.

³⁷ Ibidem, p. 109.

³⁸ Profesor Raúl Favolari, Ibidem, p. 109.

contrario, el juez deberá rechazar la petición. Aunque en todo el proyecto subyace la obligación de fundar las peticiones que se hagan al tribunal, en este punto, de por suyo delicado, la Comisión prefirió explicitarlo, para evitar que frente a la opinión pública aparezca el juez como responsable de la libertad de un imputado, en circunstancias que la responsabilidad deberá recaer sobre quien no aportó los elementos de convicción suficientes”.³⁹

De alguna manera, este punto fue ratificado por el inciso 1º del artículo 140 del C.P.P. cuando se obliga al solicitante a “acreditar” (es decir, probar o demostrar) que se cumplen con los requisitos para decretar la prisión preventiva.

CONSIDERACIONES FINALES ACERCA DE LA RELACIÓN PENA-PRISIÓN PREVENTIVA

En nuestra opinión, el tema álgido es la relación que ha construido el nuevo Código Procesal Penal entre la prisión preventiva y la pena.

Esta vinculación no es del todo clara, incluso podría calificarse de contradictoria y anómala sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Existen numerosas muestras, y todas ellas explícitas, de que la medida cautelar de prisión preventiva se aleja fácticamente de la pena. La prueba más concluyente de ello, tal como se ha dicho anteriormente, son las previsiones contenidas en el artículo 150 del Código que expresa que “la prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados...” y que “se cumplirá de manera que no adquiera las características de una pena”.

2. Sin embargo, existen otras muestras que llevan a pensar que la ontología de la prisión preventiva como encierro primario no ha sido desvirtuada por la novel normativa.

- De partida, las expresiones del artículo 150 del C.P.P. y su contexto, siguen aludiendo al ámbito penitenciario como el propio

³⁹ Segundo Informe de Comisión, pp. 172 a 216.

del cumplimiento de la prisión preventiva. La mera enunciación de los establecimientos “especiales” no es suficiente para separar los diferentes caracteres, ya que el propio inciso 2º del precepto concede que la prisión preventiva se ejecute en los mismos lugares usados para recluir a los condenados. Por otro lado, la alusión a las “características de una pena” del inciso 3º, que no pueden ser adquiridas por la prisión preventiva, se aplica en el contexto anterior: Por ello se alude al resto de los “internos” y a los “recintos” en que se ejecuta, que pueden llegar a ser los mismos en que cumplen condena los otros “internos”. No está de más que recordemos que el inciso 3º se inicia con la frase “el imputado será tratado en todo momento como inocente”, la que no tendría sentido ni cumpliría rol alguno si tal imputado sujeto a prisión preventiva, la cumpliera de manera y en recintos del todo diferentes a los destinados al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

A mayor abundamiento sobre el tema, el tenor del artículo 150 del C.P.P. vuelve a reforzar los asertos antes formulados. Así, el inciso 4º del precepto entrega al tribunal la competencia para adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección “de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad”. Claro está, que tales previsiones tampoco serían necesarias si la separación con la pena fuera clara. No habría tal peligro para la integridad del imputado y no cabe suponer población de mayor “peligrosidad”, juicio del todo contrario al principio de inocencia y que sólo es posible de efectuar con una condena.

Por otra parte, existen otros elementos al interior del párrafo 4º del Título V del Libro II del Código Procesal Penal que permiten deducir que el “matrimonio” entre pena y prisión preventiva aún no puede declararse disuelto. El artículo 141 nos ofrece dos ejemplos:

El primero es, precisamente, el principio de proporcionalidad cuando impide la prisión preventiva para delitos de penas mínimas. Aunque sea pro reo, la asociación entre la prisión

preventiva y la pena posible es una anticipación insostenible y superflua. Es insostenible por las mismas razones por las que cabe criticar el artículo 140 en su inciso final del C.P.P. y, por otro lado, si la proporcionalidad cede a las finalidades propias de la prisión señaladas en el inciso 2º del artículo 141 del C.P.P., la vinculación a la pena pierde toda fuerza y sentido y se hace superflua.

El segundo es la frase, a nuestro juicio desafortunada, del inciso final del artículo 141 del C.P.P. que señala que si se pudiese recabar anticipadamente la prisión preventiva que se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad pronta a cesar, aquella debería aplicarse en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena "sin solución de continuidad". Si tal expresión significa lo que debe entenderse por ella, vale decir, sin división o separación alguna, resulta que el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad y el de la prisión preventiva, pasan a ser eventos sucesivos, sin separaciones evidentes. Una interpretación como esta no es descabellada y puede argumentarse que la regla del inciso final del artículo 141 del C.P.P. es especial respecto de la del inciso 3º del artículo 150 del C.P.P. en lo relativo al cumplimiento de la prisión preventiva.



MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Gonzalo Cruz

Defensor Penal Público, Temuco

I.- INTRODUCCIÓN

Es indudable que dentro de un proceso penal acusatorio surge con mayor fuerza la tensión entre eficacia en la persecución penal y, como contrapartida, garantía de los derechos esenciales del imputado.

Esta tensión se ve reflejada con mayor fuerza cuando se trata de medidas cautelares que puedan afectar a la persona y, en algunos casos, a los bienes del imputado.

Ciertamente que en la dicotomía existente entre eficacia y eficiencia en la persecución penal y respeto de los derechos esenciales o garantía individual, estimamos que deberá estarse a éstas últimas, no obstante que recientemente ha surgido con mayor fuerza en algunos sectores de opinión la idea de poder satisfacer en forma inmediata la “necesidad de seguridad ciudadana” mediante la imposición de medidas cautelares de orden personal.

Todo proceso tiene esa indudable vocación de eficacia y de garantía y su finalidad no estriba únicamente en la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el conflicto jurídicamente trascendente en lo penal, sino que además permita que dicho pronunciamiento se cumpla efectivamente.

De esta forma surge entonces—como respuesta sustantiva a los temores de una tardanza en la resolución del conflicto— el concepto de medida cautelar como sistema de protección, entendiendo que la función jurisdiccional no se agota en juzgar, sino que además es preciso ejecutar lo juzgado. Así, la efectividad del *jus puniendi* del Estado exige que el imputado esté a disposición del Tribunal y desde esa perspectiva, dentro del proceso penal, las medidas cautelares de carácter personal tienen la mayor importancia respecto de aquellas

medidas de carácter real o pecuniario relativas a las garantías de responsabilidades civiles.

II.- EXIGENCIAS DE APARIENCIA DE BUEN DERECHO Y DE PELIGRO PARA LA LIBERTAD

5. *Apariencia de buen derecho o "fumus boni juris":*

En la disciplina del Derecho Procesal Penal, esta exigencia consiste en la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada, respecto de quien concurren indicios de participación. En este sentido, indica un juicio de probabilidad sobre el hecho punible y la participación.

Efectivamente, la doctrina procesalista viene exigiendo que la adopción jurisdiccional de una medida cautelar presuponga un preventivo cálculo de probabilidad sobre aquello que podrá ser el contenido de la resolución que ponga fin al proceso principal.

Esta apariencia de buen derecho o humo de buen derecho, cuyo análisis y constatación se obliga al órgano jurisdiccional a realizar junto a un juicio también de probabilidad sobre los peligros derivados por la libertad del imputado, constituye, a nuestro juicio, el principal requisito que debe cumplirse para poder decretar una medida cautelar dentro del proceso penal.

Estimamos que, resultando evidente la trascendencia cautelar dentro del proceso penal, no se hace aconsejable la adopción de una medida de este carácter si el derecho o el interés aducido por el solicitante no aparece *prima facie* como verosímil a los ojos del juzgador.

Al efecto, el artículo 140 del Código Procesal Penal en su inciso primero no sólo exige que esté formalizada la investigación sino que, además, precisa que el solicitante, sea ministerio público o querellante, acredite que se cumplen, entre otros, los requisitos de la apariencia del buen derecho que, en lo particular, se contempla en la letra a) y b) de dicha norma procesal penal.

Ahora, respecto de las demás medidas cautelares personales del artículo 155 del C.P.P., éste, en su inciso final, establece que similares requisitos se exigen respecto de la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad del imputado para decretar estas otras medidas cautelares, no pudiendo hacerse lugar a alguna interpretación excesivamente literal y gramatical que sostenía que cuando se refería el artículo 155 inciso final del C.P.P a la procedencia está llamando a aplicar el artículo 139 del Código Procesal Penal que aparece así subtitulado.

De esta forma entonces, no basta con la sola alegación por el solicitante de la existencia de una apariencia de buen derecho para obtener la adopción de una medida cautelar personal, sino que, además, es necesario que se justifique y acredite suficientemente tanto en lo relativo a los concretos peligros que en el caso particular amenazan la efectividad del cumplimiento de la sentencia, como también en lo sustantivo en lo referente a la legitimidad de su pretensión principal (hecho punible y participación atribuidas).

De esta forma el mismo artículo 140, en su encabezado, dispone como requisito que el solicitante acredite que se cumplen los requisitos y, particularmente, que existan antecedentes que justifiquen la existencia de los delitos que se investigaren y que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado tenía participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Por cierto que esta última exigencia no puede llevarse al extremo en que aquella audiencia en que se solicita una medida cautelar de esta naturaleza deba ser transformada en una audiencia de prueba en que se produzcan pruebas materiales, sino que se trata de antecedentes que deben acreditarse ante el Tribunal para que éste pueda decretar o no tal medida cautelar.

Y es por ello que los autores están contestes en hablar de apariencia de buen derecho, pero debe acreditarse; estimamos que tal acreditación debe hacerse a través de elementos de convicción que hasta el momento hayan sido recogidos por el sostenedor de la pretensión penal, ministerio público, sin perjuicio de la aportación del querellante particular. Se trata de elementos de convicción o

principios de prueba sobre el hecho punible y sobre la participación criminal; no se trata de producir prueba, sino de acreditar la concurrencia de estos requisitos mediante antecedentes tales como partes policiales, diligencias del ministerio público, documentos, fotografías e informes preliminares, etc.

Estos elementos de convicción deberán ser acreditados; el juez de garantía está legítimamente facultado para poder examinarlos si se trata de antecedentes escritos, para velar por el cumplimiento de esta exigencia de acreditación.

6. Peligro por la libertad o "*periculum libertatis*"

Comúnmente se acostumbra a llamarlo en doctrina procesal civil "peligro en la demora" o "*periculum in mora*"; sin embargo, últimamente, y sobre todo en la doctrina Española se habla mejor del peligro que el imputado siga en libertad. Por ello es que se habla de "*periculum libertatis*" desde que hay peligro por la libertad del imputado, que podría considerarse peligrosa para la seguridad del éxito de diligencias precisas de investigación de la sociedad y/o del ofendido.

Estimamos, primeramente, que el peligro de que el imputado siga en libertad dice relación con el peligro de evasión o de fuga que se acrecienta cuanto más grave sea la pena que surja como atribución de un hecho punible, aún cuando ello no es tenido como único criterio del Juez y recordemos que en esta materia la estimación de la pena aplicable al imputado debe apreciarse en concreto y no en abstracto (no basta con la atribución de un hecho punible gravísimo para decretar de inmediato la prisión preventiva por peligro por la libertad del imputado que afectaría a la seguridad de la sociedad sino que deben tomarse en cuenta *prima facie* las circunstancias personales, grado de desarrollo del delito que se atribuye, minorantes de responsabilidad que puedan concurrir, grado de participación, etc...).

Seguidamente como el artículo 140 letra c) del C.P.P. dispone que el solicitante de la prisión preventiva deba acreditar que existan antecedentes calificados que permitan considerar que la prisión preventiva es indispensable para el efecto de diligencias precisas y determinadas en la investigación (peligro de atentado) o que la

libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, se está dando cierta tendencia a sostener que estos serían los únicos casos en que pueda decretarse la prisión preventiva, olvidando el caso que regula el artículo 146 del Código Procesal Penal desde que la prisión preventiva puede ser impuesta para garantizar la comparencia del imputado en el juicio y a la eventual ejecución de la pena.

En este entendido, el peligro por la libertad del imputado se ha centrado en tres aspectos que son: peligro de atentado contra la investigación, peligro a la seguridad de la sociedad y peligro a la seguridad del ofendido.

Valgan aquí todos los comentarios hechos relativos a la apariencia del buen derecho en el sentido de que, por una parte, debe acreditarse que se cumplan estos requisitos de *periculum libertatis* y que por la libertad del individuo hayan de obstaculizarse ciertas diligencias de investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de atentado (artículo 140 inciso segundo del C.P.P.); o bien, por otro lado, que la seguridad de la sociedad peligra por la libertad del imputado por algunos de los casos que allí señalan; y, por último, que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado por antecedentes calificados como atentados graves en contra de él o de su familia o de sus bienes.

III.- CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En términos generales, las medidas cautelares personales y reales en nuestro proceso penal presentan las siguientes características:

7. 1.- Instrumentalidad

A juicio de algunos autores -Manuel Ortells Ramos y María Pía Calderón Cuadrado, *"La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español"* Editorial Comares, Granada, España, 1996, página 8-, la instrumentalidad viene siendo la característica esencial que define a una medida cautelar y que la distingue de otras instituciones procesales próximas, desde que no constituyen una finalidad en sí mismas, sino que se encuentran necesariamente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal por la función de

asegurar su seguridad y su efectividad práctica. Por ello, concluyen estos autores que siendo ésta la característica esencial de las medidas cautelares, surgen como consecuencia las demás en el sentido que sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal, que debe extinguirse cuando el proceso principal termine, que consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas de que se trate, etc.

Estimamos también que esta instrumentalidad significa que están al servicio de un proceso penal en curso, proceso con todas las garantías, para todos los intervinientes y, además, que dicen relación con los objetivos que se le atribuyen al proceso penal que deben tenerse siempre en cuenta y que están enunciados en el artículo 122 del C.P.P., es decir, asegurar la realización de los fines del procedimiento.

8. 2.- Provisionalidad

Ello dice relación con que puedan ser dejadas sin efecto las medidas cautelares desde que varían las circunstancias o requisitos que autorizaron primitivamente dichas medidas (artículo 144 inciso 2° del C.P.P.)

9. 3.- Jurisdiccionalidad

Esta característica dice relación con la exigencia de que únicamente el órgano jurisdiccional es el facultado por la Constitución y la Ley para poder decretar las medidas cautelares. Con las excepciones de detención por particulares o por Policías en algunos casos muy puntuales.

10. 4.- Temporales

La terminación de las medidas cautelares puede decretarse cuando no subsistan los motivos que las hubieran justificado y, tratándose de la prisión preventiva, cuando la duración de ésta hubiera alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiera esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o de la que se hubiera impuesto existiendo recursos pendientes, según lo previene el artículo 152 del C.P.P.

Tratándose de las medidas cautelares personales del artículo 155 del C.P.P., éste –en su inciso final– establece que respecto de la duración se regirá por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva.

11. 5.- Homogeneidad

Las medidas cautelares personales no son pena anticipada, de manera que no implican una identidad con la pena que pudiera recibir el imputado; sin embargo, estimamos que concurre una homogeneidad desde que son similares, por cuanto la privación de libertad en caso de la prisión preventiva se materializa en los centros de cumplimiento penitenciario o cárcel con las únicas limitaciones de estar en módulos separados los imputados y los condenados. Además, también se habla de homogeneidad desde que el tiempo de privación de libertad se abona a la pena que se pudiere dictar en la sentencia condenatoria.

12. 6.- No oficialidad

Ello significa que el Juez no puede decretarlas de oficio. En efecto, siempre se requiere de solicitud de parte, lo que refuerza el principio acusatorio, y, además, se requiere de la comparecencia de las partes salvo algunas medidas en forma excepcional.

IV- MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

13. 1.- Citación

Consiste en el llamamiento que se hace a una persona a fin que comparezca para llevar a cabo una actuación ante el Tribunal o, cuando en el desarrollo de la actividad del ministerio público, el fiscal requiriere la comparecencia de una persona. En este último caso, se le citará por cualquier medio idóneo; en el caso del Tribunal, por medio de funcionarios habilitados y, en casos calificados y por razones fundadas, por la Policía.

Procederá respecto de la imputación que se refiera a faltas o simples delitos no sancionados con penas privativas ni restrictivas de libertad (artículo 124 C.P.P.).

En el caso de la citación efectuada por el ministerio público, si la persona citada no compareciere el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia (artículo 23 inciso 2° C.P.P.), siempre que la citación haya sido personal.

En el caso de la citación judicial se le hará saber y se advertirá al citado que su no comparecencia injustificada dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública (Art. 33 inciso 2° CPP). Es útil tener presente al efecto que en este último caso la comparecencia compulsiva únicamente procederá en caso de ausencia injustificada a la actuación judicial determinada, de manera que -a nuestro juicio- es necesario ponderar la justificación que pueda dar de su ausencia el citado.

14. 2.- Detención

Consiste en la privación transitoria de libertad de una persona para el único objetivo de ser conducida ante la autoridad que correspondiere, policía, ministerio público o autoridad judicial.

Existen en el Código, detenciones judiciales (artículo 127 de C.P.P.) y detenciones en caso de flagrancia (artículo 129 del C.P.P.).

En el caso de detención judicial, en el C.P.P. no se establecen claramente los presupuestos relativos a la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad; sin embargo, estimamos que, por aplicación armoniosa de lo previsto en los artículos 127 y 124 y del C.P.P., debe exigirse también la concurrencia de estos requisitos en el sentido de la atribución razonada de un hecho punible a una determinada persona y del peligro de fuga o de ocultación. Lo anterior, por cuanto el artículo 129 del C.P.P. dispone que para proceder a la detención en caso de fragancia se autoriza a cualquier persona para detener a quien sea sorprendido en un “delito flagrante”, esta circunstancia y esta atribución exige entonces que concurren ambos requisitos de la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad del imputado.

La detención judicial exige en su aplicación práctica la exhibición de la orden, su intimación y que ésta sea escrita salvo

excepciones (artículos 94 letra a), 125, 154 y 9, respectivamente).

En lo referente a la detención en caso de flagrancia, cualquier persona podrá detener a quien sorprenda en delito flagrante (artículo 129 inciso 1° del C.P.P) debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito artículo 129 inciso 2°.

15. 3.- Prisión preventiva

Es la medida cautelar de carácter personal que priva de libertad al imputado y que puede decretarse por el juez cuando el solicitante acreditare los presupuestos de apariencia de buen derecho (existencia del delito y de la participación), cuando existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de investigación, o cuando la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido (artículo 140 del C.P.P.).

Es la medida más grave que afecta a los derechos esenciales garantizados por la Constitución y, por ello, debe decretarse sólo en casos excepcionales. Su finalidad está establecida, básicamente, sobre el peligro que pueda importar la libertad del imputado desde que pudiese realizar atentados en contra de la investigación, poner en peligro la seguridad de la sociedad o la seguridad del ofendido.

La prisión preventiva participa de todas las características de instrumentalidad, de provisionalidad, de jurisdiccionalidad, de temporalidad, de homogeneidad, y de no oficialidad que hemos indicado respecto de las medidas cautelares en general.

Respecto de los presupuestos de procedencia, valga reproducir todo lo comentado relativo a la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad.

V.- MEDIDAS CAUTELARES REALES

Están reglamentadas en el título sexto del libro primero del C.P.P., artículos 157 y 158, que hacen aplicables las disposiciones relativas a las medidas precautorias del título quinto libro segundo del C.P.C.

PALABRAS FINALES

16. Principios que deben inspirar la adopción de medidas cautelares

17. 1.- El derecho esencial a la presunción de inocencia

Este derecho esencial a la presunción de inocencia constituye el principio inspirador y rector por excelencia del régimen de las medidas cautelares y por cierto del proceso penal acusatorio.

Con relación a lo anterior es que los motivos concurrentes para la adopción de medidas cautelares deben ser de la importancia que el propio legislador ha señalado al referirse a la medida de prisión preventiva en la letra c) del artículo 140 del C.P.P. La valoración por parte del juez acerca de ellos debe ser razonada y para el caso en concreto porque, ciertamente, la adopción de manera automática de medidas cautelares atenta en contra de una presunción de inocencia.

18. 2.- Motivación de las resoluciones judiciales que decretan las medidas cautelares

Las resoluciones judiciales deben indicar los hechos en que se basa el juez, los motivos de los que deriva la necesidad de decretar una medida cautelar, así como la finalidad que se persigue mediante su adopción. Ciertamente que tratándose de una prisión preventiva se exige con mayor celo aún tal motivación.

19. 3.- Duración de las medidas cautelares

Éstas deben adecuarse a las exigencias del derecho esencial a ser juzgado en un proceso sin dilaciones indebidas, y por ello el establecimiento de plazos razonables para el juzgamiento

del imputado disminuye el riesgo de identificar la prisión preventiva con la pena.

20. 4.- El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad significa la necesidad de que exista una adecuación entre la medida decretada y el fin propuesto. Este principio se desenvuelve en dos vertientes: como consideración de la libertad como estadio natural, normal, como regla general y, por otro lado, la privación de la libertad es considerada como la excepción.

En efecto, de acuerdo a los principios inspiradores de nuestra Constitución Política y del C.P.P., la libertad se erige en uno de los valores esenciales del Estado democrático y su restricción sólo será posible en los casos y en la forma previsto por la ley, por lo que la libertad habrá de ser siempre considerada como la regla y su privación como la excepción.

De esta forma, la prisión preventiva únicamente debe ser decretada en los casos en que sea totalmente necesaria para el cumplimiento de los fines del proceso, de manera que las medidas cautelares del artículo 155 del C.P.P. surgen entonces como la regla general en caso de existir necesidad de afectar la libertad del imputado.

21. Demandas sociales de satisfacer necesidades de "seguridad ciudadana" de forma inmediata

Hemos podido observar en el último tiempo que ha surgido como especial preocupación de ciertos sectores de la opinión pública, el satisfacer de una forma inmediata las necesidades de "seguridad ciudadana".

Tal necesidad comienza a verse satisfecha por la adopción de inmediato por parte del órgano jurisdiccional y su petición anterior ciertamente por parte del querellante particular o del ministerio público de medidas cautelares y, particularmente, no sólo aquellas del

artículo 155 del C.P.P. sino que de la medida de prisión preventiva.

Estimamos que esta necesidad, si bien es posible advertirla, no encuentra una consagración legal que autorice derechamente la adopción de medidas cautelares con base a esta única razón. Pretender satisfacer necesidades de esta índole escapan a la finalidad de un proceso penal y, por cierto, no autorizan la adopción de medidas cautelares en estos términos.

La satisfacción de una necesidad de “seguridad ciudadana” corresponde a una política general del Estado que a través de sus organismos pueda realizar con las finalidades de prevención, educación y otras. El proceso penal va más allá de esta necesidad inmediata, ya que está diseñado como una forma de resolver un conflicto jurídicamente penal trascendente en que están en juego, por un lado, la eficacia de la persecución penal y, por otro lado, la cautela de las garantías.

Es necesario tener presente que si bien el Estado asume el deber de “dar protección a la población” (artículo 1º inciso final de la C.P.R.), el “ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5º inciso final de la C.P.R.) que son los únicos que cuentan con la garantía del aseguramiento que ordena el art. 19 de la Constitución y, como lo dijimos al inicio, frente a la posibilidad de darse una dicotomía entre ambas posiciones debe estarse por cierto a las cautelas de las garantías y de los derechos esenciales de las personas.

LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Rodrigo de la Barra
Fiscal Local, Coquimbo



CUESTIONES PREVIAS

1. *Concepto de Prueba*

Fieles a Carrara, entendamos por prueba todo aquello que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición.¹

Sobre la base de esta idea, es posible diferenciar los diversos sistemas de prueba sobre los cuales los ordenamientos jurídicos de la tradición jurídica continental o del Derecho Civil, han desarrollado sus opciones normativas. Básicamente nos interesa, para efectos de esta exposición, acercarnos a la idea de la prueba libre en oposición a la prueba legal tasada proclamada, mayoritariamente, como el sistema al cual adscribe el viejo Código de Procedimiento Penal.

En efecto, si bien se proclama a la sana crítica como la opción legislativa del nuevo Código Procesal Penal, estimo que su construcción, en caso de existir, es sólo una construcción transicional o, si se quiere, una forma encubierta de asumir la libre convicción judicial como mecanismo legalmente consagrado en el ordenamiento jurídico penal. Basta sólo con examinar la conceptualización normativa de la sana crítica para asumir que nos encontramos en un marco totalmente abierto a las valoraciones judiciales, en donde los referentes a la lógica, los conocimientos científicos y la experiencia no pasan de ser un intento retórico por objetivar lo subjetivo.

¹ Del Río Carlos en *Algunas Consideraciones Básicas sobre El Sistema de Prueba en Materia Penal*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán, año 2000, página 199.

En este escenario, la prueba en el juicio oral debe ser analizada desde las perspectivas paradigmáticas existentes, a saber: la libre convicción como fórmula opuesta a la prueba legal o tasada. Situados hoy, en plena transición de sistemas, debemos señalar como punto de partida que nos situamos en el inicio del largo recorrido por el cual el Derecho Penal, traducido en sentencia, se nos presenta, como principal característica, en algo contingente.

El Derecho Penal llevado a la realidad deja de ser una construcción racional lineal derivada de ciertos principios traducidos en prácticas procesales, y se transforma en una opción concreta derivada de la capacidad de sustentar una proposición en una medida, que podríamos llamar, difusa a la luz de los estándares del sistema anterior, pero no tan difusa ya que es suficiente para destruir la presunción de inocencia, aquel vago concepto que viene a reemplazar la certeza formal y a veces falsa -pero certeza al fin-, de la prueba legal o tasada.

2. *Valores del nuevo sistema con relación a la prueba*

Ahora, en el nuevo sistema, la convicción libre del juzgador se construye sobre la base de ciertos pilares instrumentales cuales son la oralidad y su derivado de la inmediación. En este sentido, la opción legislativa del Código Procesal Penal no se encuentra en la forma de valorar o apreciar la prueba, sino en la forma de probar, esto es, buscando la mejor manera disponible, en un Estado democrático de Derecho, de posicionar al juzgador respecto de la prueba.

Sin embargo, como toda opción, la oralidad y subsecuentemente la inmediación implican, sin duda, limitaciones.

Las primeras son aquellas derivadas de la verdad probable, esto es, la que es susceptible de ser recreada en juicio oral; básicamente, aquella susceptible de construirse mediante los testimonios, relatos y hechos a ser producidos en un tiempo y lugar determinado, en el ritual del juicio, aquella instancia eminentemente republicana pública y formalizada que es el juicio oral, una sede novedosa para una cultura en general –y en particular legal– que no enfrenta fácilmente el escenario de debate explícito y abierto. En este sentido, entiéndase la primera limitación o desafío de la construcción de la verdad en el

juicio oral.

En igual sentido, un problema recurrente de fiscales y defensores es el rechazo de los testigos e incluso de las víctimas a participar en el juicio.

3. La verdad de los hechos en el juicio oral

El contexto de la inmediación exige una audiencia, la presencia de las partes, la presencia de la prueba en un momento y lugar determinado. Esta es la condición y, a la vez, la limitante de la construcción de la verdad en el juicio oral.

Sobre esta condición y limitante de la presencia real de la prueba, básicamente de los testigos, se opera la aportación de partes. En efecto, la prueba en el juicio oral nos dirige a un nuevo aspecto, cual es la verdad procesal como algo contingente y producto del debate, básicamente, una verdad producto de la oposición generada en un marco previamente reglado. El legislador del año 2000 opta porque la verdad jurídica sea aquel salto al vacío en que el juez se entrega a la aportación de parte y a los relatos que sobre esta aportación generan los litigantes. Verdad contingente, externamente generada y presentada a la valoración de un tercero: el juez.

La prueba derivada de la inmediación y la oralidad construye una verdad que privilegia lo fáctico por sobre lo formal. La prueba se produce sobre los hechos en la forma que éstos se presentan y se construyen a través del lenguaje (lenguaje en sentido amplio, incluido el silencio, obviamente). Ya no existe el deber de probar formas o fórmulas que suponen, por una derivación científica o conceptual legalmente recogida, un acontecer; tan sólo se exige reproducir en el momento ritual y bajo ciertas condiciones de tipo ambiental uno o más relatos. Al menos esta es la pretensión de los litigantes en el juicio oral.

Este mecanismo de búsqueda de la verdad tolera en mejor forma la construcción de verdades complejas, multifactoriales y, quizás es por eso, que se hacía especialmente necesaria en materia penal. En este sentido se fundamenta la necesidad de Reforma del Proceso Penal de manera dramática ya que tal como lo destaca Binder,

es el proceso penal aquel ámbito jurídico caracterizado por el rigor de la intervención estatal en la vida de los supuestamente asociados.

El asumir que la verdad del juicio se construye sobre la base de principios previos que determinan y limitan la obtención de la convicción nos presenta, sin duda, una opción radical frente a la verdad al momento de comparar el nuevo sistema de prueba con el sistema de la prueba legal o tasada. En efecto, el sistema probatorio no es neutro entorno a la verdad y subyuga su búsqueda en el juicio a métodos determinados, básicamente, a través de las limitaciones probatorias e investigativas que subyacen a la construcción de la teoría de la prueba ilícita.

En ese sentido, estimo que la actual consagración normativa del C.P.P. plantea una opción extremadamente rígida en el sistema de autorizaciones y formalidades exigidas a los fiscales en la etapa de investigación. Baste con señalar, a modo ejemplar, la autorización judicial de vigilancia y filmaciones, la obligación de revelar interceptaciones telefónicas no exitosas, la autorización judicial en caso de exámenes corporales consentidos por el imputado, etc.

Esta regulación excesiva, en especial de los artículos 205, 218, 220, 222 y 223 del C.P.P., entre otros, obliga a un esquema investigativo burocrático, introduciendo un factor de formalización y de limitación que actúa en contra del principio rector de la prueba, cual es la libre valoración y sus derivaciones, básicamente: la libertad de medios de prueba, la libre aportación de partes y la ausencia de valor probatorio de las diligencias de investigación. Este exceso de regulación de la investigación denota una falta de claridad respecto de los alcances de la libre valoración y de confianza en la capacidad de los jueces de ir creando, vía interpretación del artículo 9 del C.P.P., la protección de las garantías durante la investigación. En concreto, estimo que el legislador ha optado por burocratizar una investigación administrativa, como es la fiscal, sin mayor ganancia en el ámbito de la protección de garantías y con un costo real en la rapidez y eficiencia de la investigación.

En efecto, en este sentido la opción del C.P.P. por la libre valoración de la prueba no se ha traducido en la construcción de

limitaciones a la indagación de la verdad de los hechos sólo basándose en la protección de garantías individuales, sino que ha regulado una serie de procedimientos burocráticos, de corte formalista, que exceden la finalidad de la protección. (constancias, actas, registros formalizados, etc.).

PROBLEMAS DE FONDO

La opción legislativa a la construcción de las verdades en juicio oral y público, abre la puerta a una serie de problemas de fondo que más temprano que tarde deberán ser enfrentadas. En ese sentido, baste con señalar sólo algunos:

1. El primero, y quizás el más grave, es el de la legitimación de las decisiones judiciales. La teoría del Derecho de corte continental, especialmente la italiana, ha elaborado la idea de la legitimación racional de las decisiones judiciales en el marco del Estado de Derecho.² Algunos países de esta misma tradición, han optado por la respuesta parcial a esta interrogante a través de la incorporación de legos a los paneles de decisión judicial. (Alemania, Brasil). La opción de la legitimidad racional fundada en el Estado de Derecho exige ciertas condiciones mínimas, básicamente un contrato social arraigado y construido sobre la base de consensos más o menos sólidos acerca de los valores democráticos que, teóricamente, subyacen a esta organización política. En lo concreto, además supone un pacto o contrato social de prestaciones mutuas, aspecto no fácilmente conciliable con los modelos de desarrollo económico hegemónicos en la actualidad y respecto de los cuales no existe discusión relevante.

En concreto, la libre valoración y su subsecuente obligación de fundamentación reproducible, pronunciada en sede oral y pública, exigirá al mediano o corto plazo un duro test para las normas penales sustantivas, que cobrarán vida a través de las sentencias de los jueces. En este sentido, estimo que esta apertura hará imperiosa una revisión de las normas penales sustantivas y la valoración penal de los distintos bienes jurídicos.

2. Un segundo punto de interés se refiere a que la libre valoración implica, en un grado importante, el sacrificio de la certeza

² En este sentido, FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*.

jurídica del modelo que se abandona. En este sentido, y debido a que la certeza jurídica es un valor relevante en el contexto de la convivencia, los actores del sistema, y en especial los tribunales, deberán crear ciertos estándares de previsibilidad aptos para el desenvolvimiento social. En esta materia el desafío está planteado no sólo para los actores del proceso sino también, y muy especialmente, para la Ciencia del Derecho en su obligación por establecer criterios de asentamiento de verdades previsibles. Aspiración lícita de certeza y seguridad jurídica propia de todo sistema jurídico.

PROBLEMAS PRÁCTICOS

Por último, permítanme revisar algunos problemas prácticos que presenta el actual ambiente de transición:

1. Estándares de prueba del juicio abreviado

El C.P.P. puede ser analizado como un abanico de posibles caminos procesales, los que se van develando a medida que se esclarecen los hechos. En efecto, frente a la mera denuncia no es posible saber la vía procesal en que va a derivar el hecho y sus intervinientes. En este sentido, el primer problema práctico que se plantea deriva de la necesidad de anticipar, durante la investigación, un eventual procedimiento escrito como es el procedimiento abreviado. En efecto, el juicio abreviado obliga al fiscal a construir un expediente y no sólo por la obligación de registro del artículo 227 del C.P.P., sino que deriva del evento de que la investigación sea evaluada por el juez en un juicio abreviado. De esta forma, la declarada desformalización de la investigación –la declarada falta de formalismo y ritualidad– se ve frustrada, toda vez que el estándar de convicción propio del abreviado no dista mucho del sistema escrito del Código de 1906. Esta razón puede explicar, al menos en parte, la poca utilización de este procedimiento y la criticada formalidad de las investigaciones de los fiscales. En efecto, el fiscal al investigar no sólo busca su convicción para acusar, sino que, además, debe ser capaz de fundamentar y plasmar su convicción en sus registros escritos toda vez que mañana puede ser el expediente del juicio abreviado. Sin duda, esto implica pérdida de rapidez, formalización y, en los hechos, la transformación del fiscal en un actuario independiente del tribunal.

A esta realidad del abreviado se agrega un segundo punto y que

dice relación con la apelación de su sentencia. El expediente del fiscal no sólo debe ser capaz de convencer al juez de garantía sino, además, debe soportar el escrutinio de la Corte de Apelaciones la cual, obviamente, lo va a analizar de acuerdo a los criterios ya asentados. De esta forma, la desformalización se limita a la presencia de todas las etapas o hitos de un procedimiento antiguo con uno que otro fax o copia en lugar de sus originales.

2. Ausencia de la obligación de la defensa de mostrar sus armas al nivel de la audiencia de preparación de juicio oral.

Paradojalmente, el C.P.P. no considera al nivel de la etapa intermedia o preparación del juicio oral la obligación de la defensa de entregar sus pruebas a la acusación. En este sentido, no se respeta el asentado principio de igualdad de armas o el Both Parties Discovery del Derecho anglosajón. En efecto, de manera bastante imprudente e, incluso, ingenua, se planteó que era obligación del fiscal investigar toda las líneas posibles y bajo esta idea, que denota un grave desconocimiento de la realidad investigativa nacional, no se estableció la obligación expresa de la defensa de entregar sus pruebas a la acusación al nivel de la audiencia de preparación de juicio oral, consagrando de esta forma, la sorpresa como mecanismo de defensa en juicio.

En los hechos queda entregado al buen criterio del defensor o del juez, permitir el acceso al fiscal de las pruebas de la defensa, ya sea para preparar un contraexamen o bien para indagar eventuales objeciones de credibilidad de testigos aparecidos 15 o 20 días antes del juicio oral. Esto, a mi juicio, debe ser corregido normativamente.

3. Limitaciones a la confrontación en juicio oral

Otro importante defecto normativo radica en la limitación del artículo 332 del C.P.P. para el uso de declaraciones previas como mecanismo de refrescar memoria de testigos. En efecto, dicho artículo sólo permite el uso de declaraciones previas, para refrescar memoria, siempre y cuando éstas se hubieren prestado ante el juez o el fiscal. En los hechos, esto implica que diligenciada una orden de investigar por la policía en la cual se tomó una declaración importante para el caso del fiscal, éste deberá, igualmente, citarla para tomarle directamente

declaración o correrá el riesgo de no poder refrescar memoria o evidenciar contradicciones.

Cabe recordar que estas mismas normas regulan el juicio simplificado. El efecto, dilación en las investigaciones para evitar el riesgo de no tener medios de confrontación o de examen directo. Esto es para faltas o simples delitos se requiere, en los hechos, un expediente fiscal completo.

Claramente, estas limitaciones son producto de una construcción de transición basada quizás en un exceso de recelo sobre la acción de las policías y en consideraciones históricas y políticas extraprocesales; sin embargo, estimo que no es tiempo de detenerse en estas cuestiones pretéritas, sino de abogar por una herramienta moderna que permite visualizar un futuro jurídico y procesal que, afortunadamente para algunos de nosotros, ya es una diaria realidad.

LOS LÍMITES DEL RECURSO DE NULIDAD COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS

Rodrigo Coloma

Profesor de Introducción al Derecho y de Valoración de la Prueba.
Universidad Católica de Temuco.

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del respeto a lo estipulado en tratados internacionales sobre derechos humanos, el sistema de recursos sobre la sentencia definitiva condenatoria pronunciada en un juicio oral se presenta como uno de los pasajes más débiles del nuevo código procesal penal chileno (en adelante C.P.P.). Así, en dicho código se considera al recurso de nulidad como único recurso admisible en contra del fallo pronunciado en juicio oral¹, que sólo procedería cuando haya concurrido cualquiera de las condiciones establecidas en los artículos 373 y 374 de dicho cuerpo legal.² De esta manera, si no concurren dichas condiciones, las partes –entendiendo por tales al ministerio público, querellante y acusado– no tendrían derecho a recurso alguno con ocasión de la dictación de la sentencia definitiva por parte del tribunal de juicio oral.

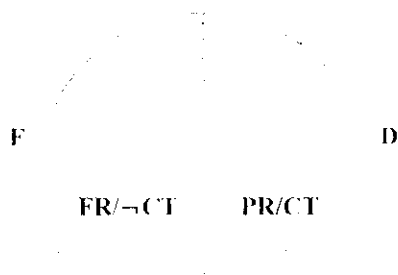
Lo expresado –según se ha señalado– resulta problemático a la luz de lo establecido en tratados internacionales suscritos por Chile, que se pronuncian a favor de la existencia (no condicional) de un derecho en favor de quien ha sido condenado por su participación en

¹ No me referiré a otros recursos no contemplados en el Código Procesal Penal sobre los que se ha suscitado cierta discusión, como es el caso del recurso de queja.

² También se requiere que concurra la circunstancia establecida en el artículo 375 que establece una excepción a lo estipulado por los dos artículos que le preceden: “No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso.”

un delito, para interponer un recurso ante un tribunal jerárquicamente superior.³

Lo estipulado en tratados internacionales podría representarse, entonces, con el siguiente cuadro⁴:



El problema surge entonces, desde el momento en que las condiciones estipuladas en los artículos 373 y 374 del C.P.P. no cubren completamente el campo de referencia de los tratados internacionales aludidos. No es mi intención aquí efectuar un análisis pormenorizado del significado de las referidas condiciones. Para efectos de lo que me propongo, bástenos señalar que existen casos en

³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula en el artículo 14.5 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". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" señala en su artículo 8. 2 que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... la derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Ver además, dictamen del 69º periodo de sesiones 10-28 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declara que el sistema de casación español vulneró el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comunicación N° 701/1996.

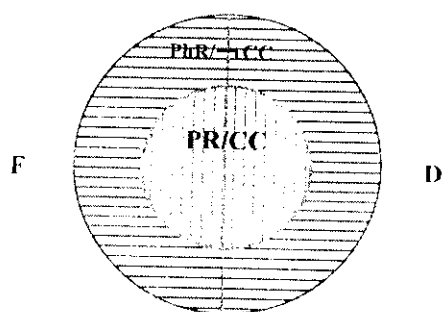
⁴ En el interior del círculo se encuentra el universo de sentencias pronunciadas en juicio oral. La zona achurada (lado derecho) representa los casos en que concurren las condiciones de los tratados para recurrir el fallo, es decir, que la sentencia sea condenatoria (CT). Los sistemas jurídicos nacionales ante estas condiciones deben permitir (P) un recurso ante un tribunal superior (R). El lado izquierdo (zona no achurada) representa los casos en que los sistemas jurídicos nacionales están facultados (F), es decir, pueden obligar, permitir o prohibir recursos. Estos casos refieren a sentencias no condenatorias (-CT).

Rodrigo Coloma

***Los Límites del Recurso de Nulidad como Mecanismo de Control de la
Decisión sobre los Hechos.***

los cuales se puede condenar a una persona sin que concorra ninguna de las circunstancias previstas en los referidos artículos y, por ende, no existiría un derecho a recurrir de la sentencia.⁵

Veamos ahora el siguiente cuadro que representa la regulación establecida en el nuevo código procesal penal:

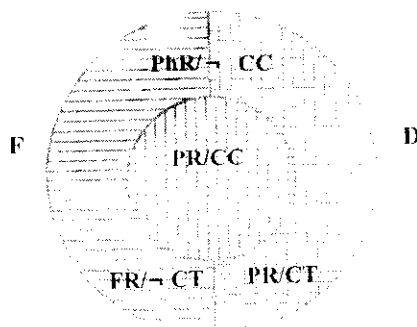


Según se aprecia en la representación previa, se produciría una contradicción entre los ya citados artículos del C.P.P.⁶ y los tratados internacionales, cada vez que en una sentencia condenatoria no concorra ninguna de las circunstancias previstas en el C.P.P. como condición para la admisibilidad del recurso de nulidad. Una situación como la descrita, por supuesto, resulta indeseable, puesto que quien decida sobre la admisibilidad en un caso de dichas características,

⁵ En la corta historia del C.P.P., las Cortes de Apelaciones han tenido oportunidad de declarar inadmisibles el recurso de nulidad interpuesto por el condenado en contra de sentencia definitiva pronunciada en juicio oral. A modo de ejemplo, sentencia de 1.ª Corte de Apelaciones de Temuco de 24 de julio de 2001, pronunciada en recurso interpuesto por L. J. B. M.

⁶ El círculo exterior encierra el universo de sentencias pronunciadas en juicio oral. La zona achurada con líneas horizontales (círculo exterior) representa los casos en que no concurren las condiciones del C.P.P. para recurrir el fallo (CCC). A su vez, la zona achurada con líneas verticales (círculo interior) representa los casos en que concurren las condiciones del C.P.P. (CC) para la procedencia del recurso de nulidad. El lado izquierdo del círculo representa las sentencias absolutorias (Fiscalía pretendería recurrir). El costado derecho, a su vez, representa las sentencias condenatorias (La defensa pretendería recurrir). En este costado se puede observar una zona en que el recurso de nulidad está prohibido (Ph).

necesariamente violará una norma, ya sea contemplada en tratados internacionales o en el C.P.P. Lo expresado se representa en el siguiente cuadro⁷:



Ante esta situación constitutiva de un defecto lógico de nuestro sistema normativo, solemos recurrir a enunciados que establecen relaciones ordenadoras entre normas, de manera tal que una de las soluciones posibles (se admite recurso o no se admite recurso), resulta preferible a la otra.⁸ Considerando el artículo 5° de nuestra Constitución en conjunto con otras normas, en mi opinión, debiera resultar preferible una solución que resuelva la contradicción a favor de la norma estipulada en tratados internacionales.

Ahora bien, teniendo como telón de fondo esta situación indeseable de antinomia de normas jurídicas, en el presente trabajo me centraré en los problemas que presenta una de las causales del recurso de nulidad, prevista en el artículo 374 letra e) del C.P.P. y que se refiere a la omisión en la sentencia de “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. Lo que me interesa saber es si, de conformidad a lo estipulado por el C.P.P., existiría la posibilidad de recurrir de nulidad en aquellos casos en que el condenado pone en entredicho la decisión judicial de dar por establecidos determinados

⁷ Aquí se han superpuesto ambos cuadros y tenemos en el lado derecho (zona achurada con cuadrados) un espacio donde coexisten la prohibición de recurso, de acuerdo al C.P.P. y permiso, de acuerdo a tratados internacionales.

⁸ Me refiero al criterio jerárquico, cronológico y de especialidad.

hechos que constituyen la condición de aplicación de la norma que faculta a los jueces para imponer una pena.

Dicho en otros términos, si "Ping" es condenado a la pena de presidio de 5 años y un día en su calidad de autor de homicidio sobre "Pong" como consecuencia de la aplicación del artículo 391 del Código Penal, ¿Podría "Ping" recurrir dicha decisión ante un tribunal superior, argumentando que no se encuentra probado más allá de toda duda razonable que él mató a "Pong"? Si "Ping" no fuere titular de una acción que le permitiese recurrir de la sentencia por los motivos señalados, entraríamos en una situación de contradicción en conformidad a lo expresado en párrafos precedentes; en cambio, si "Ping" pudiera recurrir de la sentencia, no habría la señalada contradicción, al menos en este punto.

En lo que viene, intentaré demostrar que las posibilidades de recurrir de nulidad en estos supuestos no son menores y que ello no significa la pérdida de las bondades del juicio oral, como se ha temido.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Para abordar el problema de los límites del recurso de nulidad contemplado en el nuevo código procesal penal chileno, he considerado pertinente hacer algunas precisiones preliminares acerca del juicio oral. A mi modo de ver, dos de las características más sobresalientes de este tipo de procedimiento, en lo que refiere a resguardo de derechos fundamentales, serían las siguientes:

Publicidad

Toda la información que podrá ser utilizada por los jueces para fundamentar la sentencia debe ser proporcionada en una audiencia pública.⁹ De este modo se favorece un mayor control sobre la potestad

⁹ Hay algunas excepciones referentes a anticipación de prueba. Ver, especialmente, artículos 191, 192 y 280 del C.P.P

de los jueces de seleccionar una de las versiones en competencia acerca de los hechos que servirá de premisa a la aplicación de una pena o bien a la absolución del acusado. Se reduce, de esta manera, un espacio de discrecionalidad de los jueces proveniente del secreto de las actuaciones, que no parece justificable a la luz de los avances alcanzados en el respeto de los derechos humanos.¹⁰

Libertad de prueba

Nos encontramos frente a un modelo en el que las restricciones a la admisibilidad de la prueba son escasas y en el que no se consideran límites importantes a los jueces en la tarea de evaluación de la prueba producida. De esta manera, se puede sostener, sin generar mayores polémicas, que el actual sistema corresponde a lo que es conocido como prueba libre. Considerando que sobre los jueces pesa la obligación de justificar sus decisiones, se puede sostener que al establecer un sistema de prueba libre se ha pretendido lograr un acercamiento de la prueba de los hechos que se lleva a cabo en un proceso judicial, al modelo científico imperante en el tiempo presente.¹¹ De esta manera, las decisiones de los jueces debieran resultar más aceptables para sus destinatarios.

En términos muy generales, podríamos señalar como algunas de las características más relevantes del modelo imperante de aceptación de hipótesis en el campo científico¹², que inciden en el modelo de prueba establecido en el juicio oral en Chile, a las siguientes:

¹⁰ Ver BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. I, Buenos Aires: E.J.E.A., 1971, p. 139 y ss.

¹¹ Sobre la relación entre los modelos epistemológicos imperantes en una época y el sistema jurídico respectivo, ver: COHEN, I., Jonathan, *Freedom of Proof*, con TWINING, William, STEIN Alex (eds.) *Evidence and Proof*, Aldershot, Dartmouth, p. 8-23.

¹² La caracterización del modelo científico, no pretende en modo alguno, ser exhaustiva. Su estructuración se ha hecho depender de algunas de las características más sobresalientes de la prueba en el proceso penal chileno, por lo cual algunas de sus características pueden haber sido omitidas, como también existe un cierto nivel de superposición entre ellas.

PRUEBA CIENTÍFICA	PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
Los argumentos de autoridad no resultan admisibles, sino sólo aquellos que se sustentan en información "objetiva" (o, más correctamente, en información que puede ser corroborada por un grupo de sujetos).	Inexistencia de reglas que, por anticipado, establezcan el grado de credibilidad de ciertas fuentes de información (Testigos, confesión, etc.). Escasez de restricciones a la recepción de cierto tipo de prueba. ¹³
Cualquier hipótesis e información que la sustenta, puede ser puesta en duda. (Falseada).	Contra interrogatorio. Justificación de rechazo de aquellas pruebas rendidas en las que no funda decisión. ¹⁴
Una hipótesis es compartida por la comunidad de científicos, mientras se ajuste a ciertos criterios de aceptación (simplicidad, coherencia, etc.). Cuando los fallos de la hipótesis resultan intolerables, ésta es abandonada.	Ajustarse a la lógica de conocimientos científicos y máximas de experiencia. ¹⁵ Carga de la prueba. (Presunción de inocencia). Standard de prueba: Más allá de toda duda razonable.

LA PRUEBA LIBRE: ENTRE LA VERDAD Y LA ARBITRARIEDAD

En los tiempos actuales parece insostenible un modelo de prueba en que el legislador establezca por anticipado el valor de ciertas pruebas. La diferenciación a priori del valor asignado a la declaración de dos personas en razón de su género o condición social repugnan no sólo desde un punto de vista del resguardo de ciertos

¹³ Para declarar inadmisibile una prueba tiene que haber razones fuertes para su exclusión. Ver artículo 276 del C.P.P.

¹⁴ Artículo 297 del C.P.P.

¹⁵ Artículo 297 del C.P.P.

derechos fundamentales, sino también desde el punto de vista epistemológico.¹⁶

Sin embargo, no se debe pensar que por la sola eliminación de cortapisas a los jueces en su tarea de toma de decisiones, aquéllas serán mejores en el sentido de que el número de sentencias que se funden en hechos verdaderos –o, si se prefiere, en hipótesis aceptables– serán mayores en ese modelo. Como han llamado la atención varios autores, la libertad de prueba sólo implica la ausencia de reglas que regulen cuestiones de admisibilidad y de valoración de la prueba. No considerar ello, puede llevar a problemas tan graves como los que se quisieron evitar al eliminar el sistema de prueba reglada.¹⁷

Sin pretender en absoluto agotar el tema, debemos notar que existen en nuestro C.P.P. algunas limitaciones a la admisibilidad de la prueba, como también a la valoración de aquella prueba que ha sido admitida.

Como límites a la admisibilidad encontramos, por ejemplo, los artículos 266, 317 y 335 del C.P.P.

A su vez, la valoración de la prueba tiene como límite, por ejemplo, el artículo 340 del C.P.P. Eso sí que se podría considerar como el mayor límite de la prueba el establecido en el ya aludido

¹⁶ “Encontrar, con relación a las pruebas, reglas infalibles, reglas que garanticen una resolución justa, es cosa rechazada en absoluto por la naturaleza misma de las cosas. Está demasiado arraigada en el espíritu humano la disposición a establecer reglas cuyo efecto sea el de hacer más probables las malas decisiones. De ahí que el mejor servicio que a este respecto pueda prestar un libre investigador de la verdad, se limita a poner en guardia al legislador y a los jueces contra esas reglas temerarias”. BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, p. 363-364.

¹⁷ “El abandono de las pruebas legales a favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de las instituciones penales. La fórmula de la “libre convicción”, que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales.” FERRAJOLI *Derecho y razón*, p. 139.

artículo 297 del C.P.P. al señalar que: *"Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"*.¹⁸

En cuanto a los límites de la lógica, podríamos mencionar, por ejemplo, aquellos casos en que existen relaciones transitivas y asimétricas. Sería el caso de que habiéndose demostrado que "A" era mayor que "B" y que "B" era mayor que "C", debemos concluir que "A" era mayor que "C". Si se concluyese, en cambio, que "C" era mayor que "A", se estarían contradiciendo los principios de la lógica.

Respecto de los límites de los conocimientos científicos afianzados, podríamos señalar el siguiente caso: Se demuestra por un examen de A.D.N. que el dedo índice encontrado en el domicilio de "Pong", que éste habría alcanzado a cortar a su atacante antes de que le diera muerte, no pertenece al acusado "Radagast". No hay cuestionamiento de la cadena de custodia ni de los procedimientos utilizados en la toma de muestras, como tampoco hay otras pruebas orientadas a identificar al individuo a quien pertenecía el dedo cercenado. Los jueces no podrían fallar que el dedo encontrado en el domicilio de "Pong", y que fue sometido a la prueba de ADN, pertenecía al acusado "Radagast". Hacerlo, implicaría no someterse a los conocimientos científicamente afianzados.

Por su parte, el límite proveniente de las máximas de la experiencia es mucho más difuso. A él corresponden enunciados tales como: *"Los testigos a quienes se ha tomado juramento y no tienen interés especial en el resultado del juicio, dicen la verdad"*, *"Si un individuo escapa de la Policía, es porque oculta su participación en un delito"*, etc. Al recurrir a las máximas de la experiencia o al sentido común, además de intentar establecer como límite de la acción judicial a las creencias de la mayoría (teniendo presente que el que un

¹⁸ Podría resultar discutible si se trata este artículo propiamente de un límite. En los años posteriores a la Revolución Francesa, hubo importantes opiniones como la de Francesco Carrara que entendían que tales límites existían, independientemente de que estuvieran establecidos en una norma jurídica. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá: Temis, 1957, vol. II, trad. Ortega Torres J.J. y Guerrero, J. p. 356.

enunciado sea creído por muchos no lo transforma en verdadero), se intenta descargar a los jueces de la obligación de justificarlo todo. Es decir, si existe una máxima de la experiencia aceptada no es necesario añadir nueva información.

EL STANDARD DE PRUEBA: "MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE". DERRIBANDO EL MITO DE LA CERTEZA

Hace ya cuarenta años en "*El Concepto de Derecho*" H. L. A. Hart, preocupado por posiciones escépticas en torno a la función motivadora de las normas, realizaba una clarificadora distinción entre definitividad e infalibilidad con la que daba cuenta —entre otras cosas— del hecho de que al conferirse a los Tribunales de Justicia la facultad de aplicar normas jurídicas en los casos que ingresen al sistema judicial, se tolera un cierto margen de error, sin que por ello pueda afirmarse que las normas dejan de cumplir un rol relevante.¹⁹ A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la ciencia, donde se habla de "la cuestión abierta" para hacer referencia a la posibilidad permanente de revisar las teorías aceptadas, en el Derecho la imposibilidad de revisar decisiones en un determinado nivel constituye un importante mecanismo para el cumplimiento de sus finalidades.

Pocos años después, salía a la luz una de las obras que más impacto ha tenido en el ámbito de la Filosofía de la Ciencia, me refiero a "*La estructura de las revoluciones científicas*" de Thomas Kuhn,²⁰ en la que se ponía en jaque a la ya tambaleante idea de que era posible encontrar un mecanismo que permitiera determinar cuándo una teoría científica era preferible a otra. En su lugar, Kuhn colocaba a la comunidad de científicos en un lugar preponderante en la determinación de cuál teoría científica debía preferirse. La comunidad referida tenía en consideración para ello una multiplicidad de razones que iban desde algunas que consideraríamos como perfectamente racionales, tales como la precisión y la coherencia, junto a otras que no calificaríamos de tales y que obedecerían a intereses personales, etc. No obstante las fuertes reacciones que en distintos sentidos ha

¹⁹ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, p. 176 – 183.

²⁰ KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1ª edición (16ª reimpresión). Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1994, 320 p.

suscitado la posición de Kuhn –que en ningún caso puede calificarse entre las más extremas– es difícil de sostener en la actualidad que los seres humanos contamos con la capacidad requerida para diferenciar en forma tajante hipótesis verdaderas de hipótesis falsas²¹

En este contexto, en que se reconoce que el conocimiento es falible, se muestra como un importante avance respecto de la prueba de los hechos el operar con standard de prueba, como el establecido en el artículo 340 del C.P.P. Se trata de un límite exigente a la posibilidad de castigar al acusado pues en la tensión producida entre los valores que señalan que ningún culpable debe quedar sin castigo y ningún inocente debe ser castigado, se prefiere salvaguardar este último²², aún cuando no en términos absolutos ya que una cierta dosis de error judicial es tolerada con miras al cumplimiento de ciertos objetivos, como la disuasión de la realización de conductas tipificadas, etc.

LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS. RESGUARDANDO EL PRINCIPIO DE RESERVA O LEGALIDAD, EN UN ESCENARIO DE INCERTIDUMBRES

Ante este escenario de incertidumbres en el que se presenta nuestro conocimiento de la realidad como falible, uno de los límites más importantes a la potencial arbitrariedad de los jueces lo constituye la obligación que sobre ellos pesa de motivar sus decisiones.²³

Sin embargo, emerge el problema de determinar cuánto es necesario motivar una decisión para considerar que se ha cumplido

²¹ Me refiero a un sentido de verdad entendida como correspondencia, cuya formulación clásica corresponde a Aristóteles “*Decir de lo que es, que no es; o de lo que no es, que es, es falso; mientras que decir de lo que es, que es; o de lo que no es, que no es, es verdadero*” TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica /en/ Bunge, Mario (ed). Antología semántica. Buenos Aires: Nueva Visión, 1960., p. 114. ARISTÓTELES. Metafísica. Madrid: Gredos, 1994, Libro IV, cap. 7, 1011b, p. 198.

²² Ver Partida VII. Título XXXI, ley IX LAS SIETE PARTIDAS glosadas por el Licenciado Gregorio López. Edición del Boletín Oficial del Estado, 1985, tomo III.

²³ Ver ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal /en/ DOXA n° 12, 1992, p. 257- 299.

con este requisito.²⁴ No me extenderé sobre este punto, sino que me limitaré a señalar que los límites entre una decisión motivada y una que no lo está son bastante difusos y a llamar la atención, brevemente, acerca de un problema en que se suele incurrir al respecto. Me refiero a que los jueces en la motivación de los hechos, no suelen hacerse cargo de explicitar las razones que han tenido para seleccionar una determinada versión sobre los hechos. Su tarea se limita, más bien, a un intento de reproducir la prueba rendida, formular una determinada versión y, luego, señalar que de la prueba rendida se desprende que la versión elegida es la correcta. El lenguaje utilizado pretende no dejar dudas sobre la elección realizada (actualmente se usa la expresión “más allá de toda duda razonable”, antes se hablaba de “resulta evidente”, “no cabe duda”, etc.). El problema es que en algunas ocasiones pueden quedar dudas y una formulación poco rigurosa de las razones que llevaron a seleccionar una de las historias en competencia, deja abierta la puerta para más de una lectura, traduciéndose ello en una disminución del control sobre espacios de discrecionalidad judicial no justificada.²⁵

Para ilustrar lo expresado, veamos el siguiente caso, del que reproduzco los pasajes más relevantes:²⁶

Temuco, primero de junio de dos mil uno.

“ SEXTO: Que los atestados expuestos en la motivación precedente provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refirieron, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y de apreciarlos con

²⁴ Ver COLOMA, Rodrigo, La obligación de motivar los hechos en las sentencias penales /en/ Universidad Católica de Temuco. Seminario Reforma Procesal Penal. Santiago: Cono Sur, 2001, p. 225-241

²⁵ Lo expresado no es en absoluto una situación propia de nuestro país, al respecto véase el siguiente párrafo de Michele Taruffo, quien se refiere a la situación en Europa: “La técnica de motivación de los hechos pasa a ser así muy elemental: afirmado que el hecho X es verdadero, el juez o se limita a decir que ello resulta de la valoración global de los resultados probatorios, o bien elige, entre los elementos probatorios de los cuales dispone, aquellos que confirman la versión del hecho que él considera verdadero, y lo indica a título de motivación” TARUFFO, Michele. *La fisionomía della sentenza in Italia* /en/ Atti del Convegno internazionale La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile. Ferrara 10-12 Ottobre 1985. Padova: CEDAM, 1988, p. 200)

²⁶ Tribunal juicio oral de Temuco, 1 de junio de 2001, en contra de M. F. H. V., R.U.C. 497-9.

sus sentidos, razón por la cual aparecen como veraces y creíbles, y por la descripción que proporcionaron respecto de la casa, especialmente, la altura de sus paredes y extensión del patio posterior que hay tras ella, valorados con libertad, permiten tener por acreditado que alrededor de las 02:00 horas del día 22 de diciembre último, un individuo ingresó por vía no destinada al efecto al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1425 de esta ciudad y luego, por una de las paredes de la casa, escaló hasta alcanzar la techumbre de ésta; que, debido al ruido que hizo, fue detectado por sus moradores y, posteriormente, fue detenido por un funcionario de Carabineros que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura es de once metros, medidos desde el suelo, con murallas que son lisas y un patio interior.

OCTAVO: Que en el transcurso de la audiencia del presente juicio, el acusado M F H V guardó silencio, esto es, se abstuvo de prestar declaración y su defensa, como ya se dejó asentado, pretendió justificar la conducta de aquél basada en que se vio forzado a buscar protección pues fue interceptado por varios sujetos que le pidieron dinero y fue agredido por uno de ellos, pero este aserto no ha sido acreditado por prueba alguna ni es posible desprenderlo tampoco de los elementos de juicio suministrados al tribunal.

Contra esa argumentación se oponen hechos concretos, reales, probados y aceptados por la defensa: el acusado se encontraba, efectivamente, sobre el techo de la morada de M S B en la ocasión ya citada y por esa razón fue detenido. Es de toda lógica suponer que para llegar hasta allí, primeramente debió ingresar al terreno circundante de la casa, venciendo los resguardos que la rodean y separan, ya sea de la calle, ya de las propiedades vecinas ubicadas tanto en los costados como en la parte posterior, y, luego de buscar la pared más adecuada, escaló hasta el techo. Estos hechos son directos y propios para acercar al hechor hasta cosas susceptibles de sustracción y no logró consumar su propósito porque en el inmueble, al cual pretendió entrar, había moradores y lo denunciaron a la policía.

UNDÉCIMO: Que M. F. H. V. fue condenado por sentencia ejecutoriada dictada en la causa rol N° 48.688 del Tercer Juzgado del Crimen de esta ciudad a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado el 26 de octubre de 1991, pena que se le dio por cumplida".

Sin perjuicio de que las posibilidades de reconstrucción del

razonamiento son múltiples, se podría crear una cadena argumental que permita relacionar la conclusión de que M.H.F.V. (en adelante “Clorhídric”) pretendía robar bienes ubicados en la casa M.S.B. (en adelante “Teleféric”), con la evidencia con la que se cuenta. Dicha evidencia permite –sin grandes reparos– determinar el hecho de que “Clorhídric” estaba sobre el techo de la casa de “Teleféric”, a las 02:00 horas del día 22 de diciembre de 2000, lo que daremos por supuesto²⁷. Veamos, entonces, una posible reconstrucción:

- “Clorhídric” estaba en el techo de la casa de “Teleféric” a las 02:00 horas de la mañana.
- Es inusual que las personas se encuentren en el techo de un inmueble perteneciente a terceros, a las 02:00 horas de la mañana.
- Para que una persona se encuentre en un techo de inmueble ajeno a las 02:00 horas de la mañana deben existir razones importantes, pues es riesgoso.
- La oscuridad y el actuar en horas en que la mayoría de las personas duerme, puede favorecer el éxito de un delito.
- “Clorhídric” estaba sobre un techo de un inmueble ajeno a las 02:00 horas de la mañana, para cometer un delito.
- El estar sobre un techo favorece el ingreso a un lugar sin ser visto.
- “Clorhídric” pretendía realizar un delito que involucrase el ingreso a la casa a la que correspondía el techo.
- “Clorhídric” había sido condenado previamente por un robo.

²⁷ Esta proposición se funda en las declaraciones de testigos y del propio acusado. No aparecen dudas razonables sobre ella. Esto no significa que podamos sostener que es verdadero que Clorhídric estaba en el techo (Los testigos por ejemplo podrían haber confundido al sujeto que fue visto en el techo con aquel que fue presentado en el banquillo de los acusados, Clorhídric puede haber querido proteger a un tercero que presentaba similitudes físicas con él a cambio de una recompensa, etc. Sin embargo estas hipótesis no parecen ser muy plausibles por lo que la exigencia impuesta por el standard de prueba parece haber sido cumplida.

- Las personas que cometen un cierto tipo de delito están inclinadas a repetir dicha conducta.

“Clorhídric” pretendía robar en la casa de “Teleféric”.

En un razonamiento como el señalado, probablemente sería puesto en duda el enunciado: “las personas que cometen un cierto tipo de delito están inclinadas a repetir dicha conducta”, no sólo por razones garantistas que nos hacen evitar un Derecho Penal de autor, sino también porque la proposición que contiene podría ser falsa. Ahora bien, se podría sustituir dicho enunciado por uno que dijese, por ejemplo “el delito que más frecuentemente cometen las personas que se suben sin autorización al techo de una vivienda, es el delito de robo”.

Se suscita, entonces, el problema de que si no se explicitan suficientemente los argumentos, las posibilidades de reconstrucción son variadas, algunas de las cuales podrán considerarse bien justificadas y otras no, produciéndose, de esa manera, un incumplimiento del requisito de motivación y, por ende, una descarga de los jueces de su obligación de justificar que implicará la indefensión de la parte afectada. “Clorhídric” podría intentar un recurso de nulidad si entre las razones que llevaron a los jueces a fallar por su culpabilidad estuvo su condena previa, quizás, si ello no fue considerado tal recurso podría no prosperar. Los jueces, al no justificar adecuadamente, estarían afectando el derecho de recurrir la sentencia si la cadena argumental dejaba suficientes espacios para considerar que había una duda razonable.

Si no estimamos admisible los recursos de nulidad cuando se producen problemas en la motivación de los hechos, estaríamos debilitando el enunciado que establece el standard de prueba del artículo 340 del C.P.P., pasando a ser éste una simple recomendación o sugerencia para los jueces, sin la fuerza necesaria como para modificar las decisiones en las que no ha sido tomado en cuenta.

Volvamos entonces al ámbito científico, que en la actualidad constituye un modelo a seguir –por supuesto que con muchos ajustes– y detengámonos en el proceso de aceptación de hipótesis, donde la

comunidad de científicos desempeña un papel central. En la medida que los argumentos presentados por una de las teorías rivales susciten mayor apoyo, será esa la que prevalecerá. Es decir, aquella teoría que tiene un mayor contenido explicativo para la problemática que se pretende comprender, debiera vencer. Los criterios de aceptación de hipótesis son variados y no existen relaciones ordenadoras entre ellas, de manera que, en ciertas ocasiones, el cumplir de mejor manera los requerimientos de uno de los criterios puede ser central para la preferencia de una teoría, en otros casos, podrá ser más relevante otro. A modo de ejemplo, serían criterios de evaluación de hipótesis la precisión de la teoría, es decir, que se ajuste mejor con la información disponible; la coherencia, es decir, la ausencia de contradicciones de la teoría; la simplicidad, etc²⁸. De la misma manera, en el ámbito jurídico, la comunidad de expertos tendrá un papel central como mecanismo de control que separa las decisiones justificadas de las injustificadas, y, dentro de esa comunidad, existe un grupo privilegiado –lo que no se da en el ámbito de la ciencia– que está llamado a cumplir un importante papel en la fijación de límites a las atribuciones de los jueces, me refiero a los tribunales superiores.

LOS RECURSOS: UN MECANISMO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

El control de las decisiones judiciales podríamos situarlo a dos niveles: externo e interno.

El control externo

Es ejercido por la ciudadanía. El nuevo procedimiento penal da un gran avance en este sentido al reducir, considerablemente, las actuaciones secretas de los tribunales. No me extenderé sobre este punto, bastando señalar que los jueces, si no quieren ser criticados,

²⁸ Ver KUHN, Thomas S. *Objetividad, juicios de valor y elección de teoría* (en: *Id. La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993 (segunda reimpresión de la 1ª ed) p. 344 – 364.

LOS RECURSOS: UN MECANISMO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

El control de las decisiones judiciales podríamos situarlo a dos niveles: externo e interno.

El control externo

Es ejercido por la ciudadanía. El nuevo procedimiento penal da un gran avance en este sentido al reducir, considerablemente, las actuaciones secretas de los tribunales. No me extenderé sobre este punto, bastando señalar que los jueces, si no quieren ser criticados, ven reducidos el abanico de posibles soluciones a los casos que conocen, limitándose los espacios injustificados de discrecionalidad.²⁹

El control interno. Los recursos

Se podría entender que, la estructura jerárquica en el Poder Judicial parte del supuesto, discutible, de que los jueces superiores tienen una mejor preparación o habilidades para dictar decisiones adecuadas, que la de los jueces inferiores. Por lo tanto, existirían razones para otorgar una nueva oportunidad a la parte que no está satisfecha con la decisión. Ahora bien, en el proceso penal existirían ciertas peculiaridades que podrían justificar restricciones al nuevo riesgo al que se somete la parte que resultó vencedora. Estas se justificarían porque, según se ha señalado, ante la tensión existente entre los objetivos de que ningún culpable deje de recibir sanción y aquél de que ningún inocente sea condenado, existe una preferencia (no absoluta) por el segundo objetivo. El nivel de preferencia estará determinado por el standard de prueba.

El control vía recursos, además, produce el efecto indirecto de que los jueces, cuya resolución puede ser susceptible de ser revisada por el tribunal superior, tendrán razones fuertes para no alejarse de lo que resulta aceptable. Por supuesto, que esto también puede provocar algunos problemas, dado que el tribunal inferior tendrá especial cuidado de no apartarse del tipo de justificación que es aceptada por el superior (que no necesariamente puede ir encaminado a una resolución

²⁹ Además, la justificación de los jueces contribuye a la aceptación del fallo de la parte que ha resultado vencida. AARNIO, Aulis. *Lo racional como lo razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29.

de mejor calidad) pero el solo hecho de saber que la decisión será cuidadosamente revisada por otro, añade razones para la explicitación de argumentos justificatorios.³⁰

LA INMEDIACIÓN

En el nuevo proceso penal, se ha destacado mucho las ventajas que representa la inmediación. La prueba es percibida directamente por los jueces sentenciadores y no por un intermediario, como la figura del actuario (tan relevante en el antiguo proceso). Sin duda, ello es un notable avance, pero sus ventajas no deben llevarse más allá de lo que resulta adecuado.

Los jueces del tribunal de juicio oral están en una posición ventajosa para dictar la sentencia del caso: pero ¿hasta dónde se extiende la ventaja?. Ellos han percibido las declaraciones directamente, ellos han notado si un testigo estaba nervioso, si titubeaba, si se expresaba con claridad, etc. Hasta el momento, ellos se encuentran en una posición privilegiada, la que (a menos que existan pruebas que demuestren que los jueces se han apartado de lo que sucedió en la audiencia, haciendo aparecer de la boca de testigos ideas que no fueron expresadas u omitiendo información relevante), no daría cabida a la intervención del tribunal superior modificando su actuación.

Sin embargo, en lo que refiere a las inferencias realizadas a partir de sus percepciones, es posible un cierto control.³¹ Veamos el siguiente caso.³²

³⁰ "La finalidad de un recurso consiste primariamente en obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante revisión de las sentencias dictadas. La simple posibilidad de revisión obliga además a los tribunales a una fundamentación cuidadosa. Pero la finalidad del recurso no se agota en ello. Antes hay también un interés general por un eficaz sistema de recursos. La prohibición del autoauxilio sólo se puede realizar eficazmente si las partes reciben ciertas garantías de obtener una decisión correcta. Además, la secuencia de instancias, con la concentración que supone de la jurisprudencia de unos cuantos tribunales superiores y, finalmente, en un solo tribunal supremo, conduce a la unitariedad del derecho a la vez que a su desarrollo, cosas ambas perentoriamente necesarias. Este interés público no desempeña el mismo papel en las diferentes clases de recursos. Es notablemente más fuerte en los recursos de revisión que de apelación." ARFENS, P., *Zivilprozeß recht*. München, 1988, p. 346 y ss; La cita se toma de HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 309;

"NOVENO: Que apreciando la prueba rendida de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, sin contradecir los principios de la lógica, teniendo presente las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y, atendida la condición de los (siete) testigos...: que sus declaraciones provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refieren, que impresionan a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos con sus sentidos, resulta pertinente concluir que ellos se han de tener como veraces y creíbles en cuanto a los hechos esenciales respecto de los que depusieron, razón por la que este tribunal les reconocerá mérito suficiente para, con ellos, tener por acreditado los siguientes hechos:

DÉCIMO: Que la prueba testimonial rendida por la defensa no desvirtúa la prueba antes referida, toda vez que los testigos, presentados dicen haber escuchado cuatro disparos hacia el lado de la calle Los Patagones y que, luego, encontraron en la vía pública al acusado Héctor Fuentes, quien dijo haber sido herido. Además, afirman que, luego de los disparos, vieron al denunciante en la esquina del pasaje Los Patagones, afirmando el testigo R.H.V. que aquel vestía ropa de calle y tenía una escopeta en la mano.

Tales declaraciones no serán atendidas ya que resultan insuficientes para desvirtuar la prueba de la fiscalía, toda vez que se aprecian inverosímiles respecto al modo como se han dado por establecidos los hechos. No se aprecian veraces puesto que afirman haber escuchado cuatro disparos en circunstancias que todos los demás testigos afirman que solo hubo dos; dicen no haber escuchado ruido alguno, en circunstancias que el conjunto de los otros testigos afirma que actuó un gentío; en fin, uno de ellos dice que vio al denunciante vestido con ropa de calle, en circunstancias que quedó establecido que aquel salió en ropa interior".

Los jueces se ven enfrentados a un problema: se encuentran enfrentados a información contradictoria, que debe resolverse cuestionando la credibilidad de una de las fuentes de información, ya sea los testigos de la fiscalía o de la defensa. Los testigos de la fiscalía

³¹ Ver IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, (especialmente) 111 y ss.

³² Sentencia de Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, de 17 de agosto de 2001. Rol Interno N°008/2001.

son siete y los testigos de la defensa son sólo dos. ¿Cuál es la solución? Los jueces señalan, en el último párrafo reproducido, que la prueba rendida por la defensa no sería creíble porque afirmar hechos incompatibles con los señalados por los testigos presentados por la fiscalía, pero ¡en eso precisamente consiste una de las posibles vías de actuación de la defensa: la refutación de la información!, por lo que no resulta un argumento fuerte. Antes que eso, los jueces expresaron en relación con los testigos presentados por la fiscalía, *que impresionan a los jueces como capaces de percibirlos (hechos) y apreciarlos con sus sentidos*. De acuerdo, pero considero que tanto las partes, como la ciudadanía, en general, se merece una explicación de las razones que llevaron a esa impresión. ¿Habrá sido la seguridad demostrada por los testigos?, ¿La correcta ilación de la historia?, ¿La coherencia de los distintos relatos?, ¿La falta de interés en el resultado del juicio?, o, simplemente, porque eran siete testigos y los de la otra parte sólo dos. Entonces, en el caso que se omitan las razones de por qué a partir de las percepciones de los jueces se cree más a un testigo que a otro, la sentencia no quedará correctamente justificada (si fuere sólo una cuestión numérica, las razones de la credibilidad serían más débiles que, por ejemplo, si se invocare la coherencia de los relatos).

Más claro aún, resulta que la inmediación no otorga una posición preferente a quien ha percibido un hecho (declaración de testigos, etc.), para inferir que de ese hecho puede llegarse a una determinada conclusión. Es decir, si el juez ha escuchado al testigo decir que “Ping” portaba un cuchillo cuando ingresó a la casa de “Pong” en el tiempo “T”, su conclusión de que “Ping” mató a “Pong” no es más fuerte a la que podría arribar cualquiera de nosotros en el mismo sentido, no obstante que no hemos observado al testigo, pero damos por supuesta la credibilidad del testigo, al igual que lo ha hecho el juez.

TEMORES ANTE EL HEREDERO DE LA CASACIÓN

Sólo un breve comentario al respecto. Se ha querido ver a la nulidad como una forma de recurso de casación. Al momento de su creación, el recurso de casación desempeñó una determinada

función.³³ la que con el paso del tiempo ha experimentado sucesivos cambios, lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que “la historia de la casación es la historia de la atribulada búsqueda de una identidad.”³⁴

Así, Taruffo habla de dos modelos básicos entre los cuales puede haber variables intermedias. “El primer modelo es aquel de una Corte Suprema dotada de una función de control de legitimidad en un estado puro, es decir de interpretación de la ley en general. Este modelo esta presente en algunas teorías de la casación y especialmente en aquella famosa e influyente de Calamandrei. El segundo modelo es aquél de una Corte de tercera instancia, que es suprema porque se encuentra al vértice del sistema de las impugnaciones, pero que desarrolla el control de la legitimidad sobre la sentencia impugnada pronunciándose sobre el mérito de la controversia”.³⁵

Con ello no quiero más que señalar que al recurso de nulidad debemos dar la extensión que nos resulte más útil, sin tener mayor importancia su denominación. Ante un escenario de recursos muy restrictivo, como el que ha sido ilustrado al comienzo de este trabajo y que provoca contradicciones al interior de nuestro sistema jurídico, al preverse soluciones diferentes a las estipuladas en tratados

³³ Para entender el rol que se suele asignar al recurso de casación, vale la pena recordar que éste surge en una época de una gran desconfianza ante la labor del juez - provocada, en gran medida, por su fuerte dependencia de quienes ejercían labores propias del poder ejecutivo- lo que lleva a una redefinición de su labor, en el sentido de intentar (ingenuamente) limitar su discrecionalidad en forma casi absoluta. Como contrapartida, existe una exagerada confianza en torno a la figura del legislador capaz de elaborar leyes dotadas de gran racionalidad. Ello explica, quizás, que en un comienzo se entendía que la función de la casación debía corresponder a un órgano paralegislativo. “La casación no es una parte del poder judicial sino una emanación del poder legislativo, y el Tribunal, una especie de comisión extraordinaria del cuerpo legislativo encargada de reprimir la rebelión contra la voluntad general de la ley.” Goupil de Prefeln, citado en nota de MAIER Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo I, vol. Buenos Aires Editorial Hammurabi, 1989, p. 226, quien, a su vez, la toma de DE LA RÚA *El recurso de casación*, p. 35. La casación aparece así como un mecanismo garante de la separación de los poderes, tal como ésta era entendida en la época de la Ilustración.

³⁴ IACOVELLO, Francesco. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano:Giuffrè editore, 1997, p. 261.

³⁵ TARUFFO, Michele *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il Mulino, 1991, pp. 10 y 11.

internacionales, me inclino, francamente, por ampliar, en la medida de lo posible, su ámbito de aplicación, especialmente, en el caso de las sentencias condenatorias.

CONCLUSIONES

1. Los límites a la procedencia del recurso de nulidad previsto en el C.P.P., en lo que refiere al control de las sentencias dictadas por el tribunal de juicio oral, impiden sólo en forma parcial la revisión de los hechos establecidos en aquéllas.
2. En la medida que las sentencias no se encuentren suficientemente motivadas, está permitida su impugnación vía recurso de nulidad. De no ser así, estaríamos privando de efectos normativos a la exigencia de motivación establecida en varios artículos de nuestro C.P.P. y confiriendo un espacio para una potencial arbitrariedad de los jueces.³⁶
3. Serían susceptibles de ser impugnadas aquellas sentencias que no cumplen con la exigencia de que *nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley*, con relación a la prohibición que pesa sobre los tribunales de *contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*. No hacerlo sería dejar no sólo sin efecto las normas aludidas, sino también el principio de presunción de inocencia, (cuestión que no ha podido ser profundizada aquí por exceder de los objetivos que me he propuesto en este trabajo).³⁷

³⁶ Las sentencias carentes de motivación han sido consideradas como paradigma de sentencias arbitrarias. CARRIÓ, Genaro. *Sentencia arbitraria* [en] *Id. Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 283 - 299.

³⁷ Una posición como la señalada ha sido la impulsada por Enrique Bacigalupo en el Tribunal Constitucional Español, quien, además pone una fuerte atención en el principio *in dubio pro reo*. BACIGALUPO, Enrique. *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación* [en] *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994, p. 26 y ss.

4. Una visión restrictiva acerca de la admisibilidad del recurso de nulidad cuando se refiera a la determinación de los hechos en la sentencia, resulta particularmente indeseable, cuando la sentencia ha sido condenatoria, por cuanto de acuerdo a tratados internacionales sobre derechos humanos, debidamente suscritos por Chile: toda persona condenada tiene derecho a recurrir el fallo ante tribunal superior.

En el CPP podría invocarse el artículo 373 que establece que: “procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes...”.

LA EXCLUSIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN EL JUICIO ORAL

Sofía Libedinsky
Profesora de Derecho Procesal Penal
Universidad Católica de Temuco

El juicio oral que recién comienza a funcionar en Chile, presenta una serie de cuestiones que deberán ir resolviéndose con la aplicación del nuevo sistema y respecto de las cuales resulta importante debatir y tomar posiciones, a fin de que este sistema pueda establecerse de tal forma que no se vean alterados los principios que están envueltos e impedir que se incorporen prácticas que luego resulta muy difícil desterrar.

Un tema del cual resulta importante hacerse cargo, es el relativo al extracto de filiación y antecedentes penales del acusado, y a su incorporación como prueba documental en el juicio oral.

Esta ponencia tiene por objeto establecer que la incorporación de los antecedentes penales al juicio oral atenta contra las normas consagradas en los Tratados Internacionales, así como contra el espíritu y objetivos del juicio oral y del nuevo Código Procesal Penal, revistiendo importancia sólo para la determinación de la pena, por constituir una circunstancia modificatoria de la responsabilidad, y no un hecho a comprobar en el juicio oral, por lo que su incorporación debería efectuarse en un momento posterior a la realización de dicho juicio.

TRATAMIENTO DEL TEMA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El tratamiento de los antecedentes penales en el ámbito internacional se ha desarrollado, fundamentalmente en USA, relacionado con lo que llaman la prueba de "carácter". Esta prueba, aún cuando no está limitada sólo al tema de los antecedentes penales, ya que incluye también aspectos propiamente de carácter de las personas tales como agresividad, prepotencia, etc., en lo que nos

interesa para estos efectos, establece como regla general –aún cuando en USA cada Estado tiene sus normas y resulta complejo hacer un análisis absoluto– la imposibilidad de hacer mención a los antecedentes penales del acusado en el juicio oral, salvo en tres casos. Estos son, en primer lugar, y el más importante, cuando el mismo acusado prestando declaración, hace referencia a su buena conducta u ofrece pruebas relativas a la mismo, luego, cuando se hace referencia a otro delito, sólo para efectos de establecer la conexión con el delito por el cual está acusado actualmente, por ejemplo, algún delito previo necesario para la comisión del delito actual; por último, cuando intenta dar testimonio en contra de otro imputado en el mismo juicio.¹

Como vemos, sólo en estos casos se permite al fiscal entrar en el tema de los antecedentes penales, por medio del contrainterrogatorio al acusado, lo que demuestra lo fuertemente limitada que se encuentra esta facultad, debido al prejuzgamiento y falta de imparcialidad que suele generar en el juzgador, ya que sólo se permite en determinados casos, todos los cuales presuponen que el acusado decida libremente declarar en el juicio.

Esta limitación establecida en el Derecho anglosajón, no resulta antojadiza o arbitraria, sino que se basa en lo que se entiende por un “debido proceso”. Las normas que se exigen para constituir un debido proceso son múltiples; sin embargo, hay dos que se encuentran directamente vinculadas a la temática en cuestión.

Una es la presunción de inocencia, pero más pertinente aún para este caso resulta la relativa a la existencia de un tribunal independiente e imparcial. Esta garantía constitucional presenta dos vertientes: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y las partes; y otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso². Es sobre todo la vertiente subjetiva la que se ve vulnerada, ya que en la convicción del tribunal incide el conocer, con anterioridad a la verificación del juicio, que es la instancia donde naturalmente se va a desarrollar la prueba y,

¹ Eggleston Richard, “Evidence, proof and probability”, pag. 70, edit Butterworths.

² Picó i Junoy Joan, Las Garantías Constitucionales del Proceso, página 134, editorial Bosch.

por ende, lograr la convicción del tribunal, el pasado de la persona que se va a juzgar, en relación con la comisión previa de delitos, ya sea a través de condenas o de procesos seguidos en su contra, contaminándolo con aspectos no vinculados al caso concreto que se va a juzgar.

Estas dos garantías se encuentran establecidas en los diversos tratados internacionales sobre la materia (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 del Pacto San José de Costa Rica). Su inclusión demuestra lo importante que resulta este tema a fin de poder cumplir con la garantía del debido proceso, de un modo efectivo y no meramente nominal.

TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los mismos principios consagrados internacionalmente los encontramos incluidos en el artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República al establecer que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. El Código Procesal Penal le da tal valor a esta garantía que la establece en su artículo 1° al consagrar que “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial.”

Las garantías y los principios establecidos en el Código son parte de éste, y deben servir para orientar y resolver las materias no planteadas expresamente en él, las cuáles nos llevan a ir determinando una serie de temas, sobre todo relacionados a la incorporación de evidencia al juicio oral, materia que se encuentra escasamente desarrollada en el Código.

LA AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO ORAL

El artículo 276 del C.P.P. establece las causales de exclusión de prueba, y entre ellas se establece la que fuere “manifiestamente impertinente”. Dice el artículo que el “juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se

excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios”.

La incorporación de la prueba al juicio oral no tiene un carácter ilimitado. Dada su naturaleza de derecho de configuración legal, su ejercicio debe acomodarse a las exigencias y condiciones impuestas por la normativa procesal.

“Para que un medio probatorio pueda ser admitido debe ser pertinente. Existe la pertinencia siempre que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal, y expresa, además, la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo”³. La impertinencia estaría dada por aquella prueba que contiene información no referida a las hipótesis de prueba.

Como bien se establece, la pertinencia está dada por la capacidad que la prueba incorporada sirva para fijar los hechos establecidos en el caso que el tribunal deberá evaluar. Los antecedentes penales no constituyen un hecho a probar sino una situación dada y que dice relación con el comportamiento anterior de la persona imputada en un determinado delito. Por esto, estimamos que al no constituir una prueba relevante para determinar los hechos del caso, no es una prueba pertinente por lo que el juez de garantía debiera excluirla del ámbito probatorio y, por tanto, del auto de apertura del juicio oral, ya sea como una prueba a rendir o como una convención probatoria, por ser impertinente y, además, incidir en el pre-juzgamiento del tribunal oral, situación que en la práctica no se está dando ya que el extracto de filiación y antecedentes se incluyen en el juicio oral como una convención probatoria, lo que implica que en virtud del artículo 325 del C.P.P. el presidente del tribunal oral lea estos antecedentes, cuando los hay, al comienzo del mismo, sentando desde el inicio del juicio un pre-juzgamiento negativo en favor del acusado, cuando aún no se ha presentado ninguna prueba.

³ Junoy, Joan i Picó. *Ibidem*, pp. 146-147.

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD

La incorporación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal al juicio oral, tanto desde la perspectiva del ministerio público como desde la defensa penal, resulta un tema relevante por variadas circunstancias, siendo quizá la más importante la posible incompatibilidad que se puede dar entre una determinada teoría del caso que se sustente por las partes y la incorporación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad al juicio oral. Por ejemplo, sostener por parte de la defensa la inocencia del acusado y luego, en subsidio, postular una legítima defensa incompleta.

Esto es un tema relevante ya que “en un sistema de libre valoración todo el juicio se juega en la credibilidad del caso de cada parte⁴”, por lo que el plantear una defensa o una acusación incompatible, puede quitarle fuerza a una determinada postura. Sin embargo, el Código optó por incluir la discusión relativa a las circunstancias modificatorias dentro del juicio oral⁵, y no luego del veredicto, ya que se pensó que de otro modo se daba la posibilidad de abrir el debate nuevamente en una audiencia de determinación de la pena.

Sin embargo, esta situación debe ser matizada, dependiendo de la circunstancia modificatoria que se esté discutiendo, ya que no todas se plantean del mismo modo. Nos parece que esa distinción debe hacerse en relación con el tipo de agravante o atenuante que se plantee en el juicio oral, ya que determinadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad como, por ejemplo, la agravante del art. 12 N°2 del C.P. “Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa” dicen relación directa con el hecho punible y deben estar sujetas a prueba para efectos de determinarse si estas concurren o no, caso en el cual parece razonable plantearlas en el mismo juicio oral, ya que serán objeto de prueba basándose en ciertos hechos, los cuales deberán ser evaluados por el tribunal oral en la audiencia del juicio.

⁴ Baytelman Andrés. *El Juicio Oral / en/ Nuevo Proceso Penal*, pág. 277, editorial Cono Sur.

⁵ Pfeiffer Emilio. *Código Procesal Penal anotado y concordado*, art. 345. En el libro se hace mención a la discusión que se dio en el Congreso a propósito de esta materia.

Tratándose de circunstancias modificatorias agravantes de la responsabilidad penal, como las que nos interesan, específicamente las establecidas en los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, o sea “haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena” o “ser reincidente en delitos de la misma especie”, o la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 n° 6 del C.P. “si la conducta anterior del delincuente ha sido irreproachable”, no se plantea una discusión relativa a hechos, y menos vinculados con el ilícito objeto del juicio oral, sino a circunstancias personales del acusado, por lo que su incorporación no debiera plantearse en el juicio oral, sino con posterioridad según lo establece el artículo 343 inciso final del C.P.P. “En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, el tribunal podrá postergar su resolución para el momento de la determinación de la pena en la sentencia, debiendo indicarlo así a las partes”. Nos parece que esta situación se da absolutamente en relación con las causales que nos interesan en la presente ponencia.⁶

Esta norma debe relacionarse, además, con la aquella establecida en el artículo 345 del C.P.P. relativa a la determinación de la pena. Esta última consagra la posibilidad de que el tribunal, si lo estima necesario, cite a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que impondrá en definitiva.

Consideramos que esta norma en lugar de ser facultativa, debería ser obligatoria para el tribunal, ya que la incorporación de los antecedentes penales tendría que producirse, por regla general, en esta etapa, toda vez que su relevancia está dada para los efectos de determinar la pena, pero no para establecer la existencia del hecho punible o la participación del acusado.

⁶ Estas circunstancias modificatorias también se plantean en relación con otros casos como pudiese ser reparar con celo el mal causado como circunstancia atenuante: sin embargo, nos limitaremos a analizar la reincidencia ya que es el objeto de la presente ponencia.

Esta incorporación, por el contrario, sólo produce el efecto de hacer prejuzgar al tribunal restándole imparcialidad, además de desordenar el debate y alargar el juicio oral en relación con discusiones que no debieran plantearse en ese momento, por lo que sólo la incorporación con carácter obligatorio, en esta oportunidad, asegura la posibilidad de que se preserven las garantías constitucionales establecidas para la concurrencia de un “debido proceso”.

Así, Binder plantea como una manera de ordenar el juicio oral, dividir el debate, conocido como la *cesura del juicio penal*. “La cesura es un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes: una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad, y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena. Este mecanismo de la cesura permite ordenar el debate teniendo en cuenta la importancia -cada día más reconocida- de la concreta aplicación de la pena”⁷. Luego de esta primera parte que determina la culpabilidad, viene el debate sobre la pena, donde se ofrece prueba relativa a la individualización de la pena y se dicta una decisión que viene a constituir la sentencia completa. Él considera que esta forma de dividir el juicio se acomoda mucho más a un Derecho penal que le otorga mayor importancia a las consecuencias concretas de las decisiones judiciales.

INCORPORACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES

Si planteamos que la incorporación de los antecedentes penales debe darse en la audiencia de determinación de la pena establecida en el artículo 345 del C.P.P., como regla general, queda la duda con relación a si esto debe ser siempre y en todo caso, o si se plantean excepciones donde podría darse la referencia a los antecedentes penales dentro del mismo juicio oral.

Nos parece que una excepción a este principio podría plantearse cuando el acusado decide declarar en el juicio y renunciar a su derecho a guardar silencio. Si decide declarar según lo establecido en el artículo 326 del C.P.P. será interrogado por el fiscal, el querellante y el defensor en ese orden. En esta oportunidad el fiscal, si lo estima conveniente y el acusado tiene antecedentes penales, podrá

⁷ Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Edit Ad-Hoc, p. 258.

preguntarle al acusado por sus condenas anteriores, haciendo referencia directa a éstas. Si el acusado niega estos antecedentes, el fiscal podrá acompañar el extracto de filiación y antecedentes al juicio oral en virtud de lo establecido en el artículo 336 inciso 2° del C.P.P. que establece la posibilidad de acompañar prueba no solicitada oportunamente cuando con "ocasión de la rendición de una prueba surgiera una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad". En este caso, claramente, se daría tal situación si el acusado niega haber cometido delitos con anterioridad que consten en el certificado de antecedentes, lo que va a generar una controversia relacionada con la veracidad de la prueba, la cual no se pudo prever con anterioridad puesto que el fiscal durante la audiencia de preparación del juicio oral, no sabe si el acusado va a declarar o no en el juicio oral, por lo que él no puede prever su necesidad.

Esta misma situación podría plantearse si el acusado siendo interrogado en el juicio oral por el defensor dice no tener antecedentes penales, y los tiene. En este caso el fiscal estaría autorizado para objetar tal respuesta y acompañar los antecedentes en cuestión.

La alternativa de poder hacer mención a los antecedentes penales sólo cuando el acusado decida declarar, resulta positiva, por cuanto restringe las posibilidades de incorporarlo al debate del juicio oral, manteniendo el derecho del acusado a guardar silencio en forma efectiva, ya que esta decisión estratégica para la defensa, muchas veces debe verse alterada para poder enfrentar las menciones a la vida pasada del acusado, alterando de hecho esta garantía establecida en favor del acusado. Sin embargo, en caso que el acusado decida declarar, sabe que tendrá que, eventualmente, si el fiscal lo menciona, hacer frente a sus antecedentes penales, situación que deberá evaluar junto a su abogado defensor. Pareciera ser esta la amplitud máxima de incorporación, ahora, su mayor restricción, al estilo americano donde ha sido un tema que se ha desarrollado latamente, deberá evaluarse al tenor de la marcha del sistema.

ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El tema de la incorporación de los antecedentes penales al juicio oral se ha planteado de un modo automático, sin cuestionamiento, lo que nos parece debiera tratarse con más detenimiento, ya que puede acarrear consecuencias importantes para el resultado del juicio oral. Si bien, a diferencia de lo que ocurre en USA, los juzgadores son jueces y no un jurado, resulta difícil imaginar que no se vean contaminados de alguna manera con la historia criminal de la persona que se encuentra en la sala de audiencia, siendo éste uno de los aspectos que se ha querido eliminar en relación con el antiguo sistema, al separar absolutamente las labores de investigación y juzgamiento, buscándose que el tribunal oral se enfrente a los casos sin tener conocimiento de éstos con anterioridad a la verificación del juicio, sino sólo tomando su determinación basándose en las pruebas presentadas en el juicio oral. Y esta prueba viene a ser una prueba ajena a los hechos y anterior a la verificación del mismo.
2. Por otro lado, al no estar esta situación expresamente regulada en el Código se plantea la posibilidad de debatir al respecto y orientar el Código en relación con los principios que lo inspiran, ya que aunque se plantee la modificación del artículo 345 del C.P.P., en el sentido de realizar la audiencia de determinación de pena de manera obligatoria en lugar de facultativa, si se determinara por el tribunal que esta audiencia debiera efectuarse siempre, o casi, ya que si el acusado declara en juicio esta situación podría presentarse en el mismo juicio, sin ser necesaria, para estos efectos la audiencia, la práctica sería llamar a las partes a la misma, sin necesidad de que se modifique la norma, aún cuando su modificación se muestre positiva, sentando un precedente en este sentido, para el funcionamiento del sistema, en relación a las regiones que se incorporen con posterioridad.
3. Pensamos que esta norma, parece justa, por cuanto, si bien está básicamente establecida en favor del imputado y del principio de inocencia, también favorece a la acusación fiscal, por cuanto cuando una persona no presente antecedentes penales y no declare en el juicio, la defensa tampoco podrá hacer mención a esta

situación, lo que podría constituir una presunción en su favor.

4. Es más, esta posibilidad se muestra contradictoria con el sistema acusatorio, por cuanto se plantea como básico dentro del mismo, el principio de igualdad de armas, siendo las partes las encargadas de lograr la persuasión sobre la base de las pruebas que se presenten en el juicio, los antecedentes penales vienen a constituir un resabio inquisitivo, donde la búsqueda de la verdad material está por sobre las garantías y los principios, pudiendo el juez acudir a todos los antecedentes para lograr esta verdad y sin tener como límite los hechos que las partes son capaces de probar en el juicio.
5. Por último, el planteamiento de limitar la mención a los antecedentes penales como límite infranqueable a la declaración voluntaria del acusado en el juicio, se plantea como un límite mínimo, quedando el límite máximo sujeto a discusión y a la capacidad de desarrollar, por la doctrina y la jurisprudencia, reglas sobre evidencia que sean coherentes con un sistema democrático y respetuoso del “debido proceso”.

DE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS Y EL DERECHO A DEFENSA

Mauricio Decap F.

Profesor de Litigación en el Nuevo Proceso Penal.
Universidad Alberto Hurtado.

RESUMEN

El proceso penal contemporáneo implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y testigos, y el derecho a defensa. De lo que se trata es de determinar, en la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho a defensa, a fin de establecer cuándo, a propósito de la protección de la víctima o el testigo, habría una afectación insostenible de esa garantía judicial mínima. Y el límite parece estar en la posibilidad del contrainterrogatorio del testigo protegido. Admitiendo, incluso, la posibilidad de que la intensidad de la protección alcance a la identidad del testigo, lo que correspondería sería revisar la valoración que de esa prueba efectúan los jueces del juicio, en directa proporción a la mayor o menor posibilidad de contrainterrogar que ha tenido la defensa.

1. El nuevo proceso penal parte de la base que tiene dos objetivos esenciales que cumplir: Contribuir a la eficacia de la persecución penal y respetar los derechos de los ciudadanos involucrados en un hecho que reviste características de delito.

2. Esta contraposición adquiere toda su rudeza a propósito de los derechos de los ciudadanos que son víctimas o testigos de ese hecho y el derecho a defensa del ciudadano que aparece como imputado de la comisión del mismo.

3. El desafío que se encuentra detrás es, sin duda, el

fortalecimiento de un Estado democrático de Derecho, instalado para quedarse en este inicio del siglo XXI. Se trata de que el Estado se haga cargo del juzgamiento de esos hechos con el máximo de eficacia y el máximo de respeto por todos los derechos involucrados.

4. El derecho de la víctima y del testigo a ser protegidos por el Estado cuando sus vidas se ven amenazadas, en su existencia cotidiana, por un hecho constitutivo de delito, debe ser adecuadamente satisfecho. El Estado no puede desconocer su rol en esa dirección, lo que debe llevar aparejado la creación de toda una política pública dirigida a esa protección.

5. Pero esa política pública no puede desconocer que opera en un Estado democrático de Derecho, en donde el debido proceso se encuentra instalado como parte del sentido común de una sociedad que actúa frente a la afectación de los derechos de sus ciudadanos, con ciertas garantías judiciales mínimas, que deben ser respetadas siempre para no debilitar esas mismas estructuras de funcionamiento sociales.

6. De este modo, diseño de políticas públicas, con el financiamiento adecuados, para llevar adelante acciones concretas de protección a víctimas y testigos. Pero, además, reglas jurídicas claras de habilitación para los órganos del Estado que correspondan, para llevar adelante esas definiciones. Dentro de estas definiciones, cómo declara, en qué momento debe ser conocida la identidad del testigo por la defensa, qué identidad si se trata de un agente encubierto en aquellas hipótesis delictuales en que es admitida su participación. De qué manera nos aseguramos que ese ciudadano que coopera con la justicia, no sufre antes, durante o con posterioridad a su contribución, un atentado a sus libertades fundamentales, a su vida y su integridad física y psicológica.

7. Una de las acciones de protección más delicada es aquella que enfrenta esas medidas con los derechos del imputado. Resulta un lugar común, a estas alturas de la reforma procesal penal en Chile, afirmar que el proceso penal, para que sea tal, requiere del reconocimiento del derecho a defensa, uno de cuyos componentes esenciales es el de poder aportar elementos de prueba que sirvan al

objetivo de sostener una defensa activa en juicio, así como a controlar la prueba de cargo. El derecho a contraexaminar a los testigos es de aquellas garantías judiciales mínimas, que, ni aun frente a hipótesis delictuales consideradas excepcionales en un momento histórico determinado, pueden ser vulneradas.

8. Así, por ejemplo, tratándose del delito de lavado de dinero, que repugna a las sociedades democráticas, podríamos llegar a admitir que sea posible introducir pruebas al juicio en condiciones que en principio, para el común de los procesos penales, resultaría debajo de los estándares mínimos de los mismos.

Podríamos, en esta dirección, llegar a aceptar que existan agentes encubiertos, que existan testigos colaboradores -como quiera se les llame-, que aporten información relevante para los efectos de llevar adelante una persecución penal eficaz.

Podríamos también admitir que, tratándose de esos hechos considerados particularmente graves por la sociedad, esas personas -agentes encubiertos, testigos colaboradores, víctimas- deben recibir una protección especial del Estado para poder declarar en juicio.

Podríamos, asimismo, llegar a admitir que esa protección consista en el secreto de su existencia durante la etapa de la investigación, en que se utilicen modernos procedimientos destinados a ocultar la identidad real del sujeto durante esa fase.

Resulta bastante más difícil, sin embargo, aceptar la misma regla desde la presentación de la acusación y hasta después del juicio.

9. En el momento en que el órgano de persecución penal decide llevar adelante la acusación contra el imputado, debe mostrarle a la defensa cuáles son los elementos de prueba con los que cuenta y, tratándose de testigos, la individualización de cada uno de ellos.

10. La revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder actuar, para hacerse efectiva en ese caso concreto, en términos duros de contrainterrogar a esos testigos.

11. Uno de los aspectos más esenciales del contrainterrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo, quién es este sujeto que viene a imputarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso, en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad. Para saber si le podemos creer a un testigo, en muchas ocasiones debemos saber quién es. Y para la defensa, actuar sin saber quién es el testigo, significaría continuar relegando a la defensa a las zonas oscuras de nuestra institucionalidad, aquellas en donde las respuestas no son fáciles, requieren demasiadas explicaciones.

12. ¿Cómo puedo hacerme cargo de la prueba de la acusación si no puedo saber la identidad de quienes declararán en mi contra? ¿Cómo puedo seguir sosteniendo un debido proceso sin contrainterrogatorio efectivo y por esa vía, sin derecho a defensa? Las respuestas son necesariamente negativas, no hay defensa plena en las hipótesis anteriores.

13. El resultado de un proceso penal tal, será una oscura mancha sobre el sistema democrático y sus instituciones, estaremos aceptando condenas sin derecho a defensa y esa es una realidad que no se acepta en un Estado democrático de Derecho.

14. Desde el punto de vista normativo, no está de más recordar que, la Constitución reconoce la garantía del debido proceso como parte fundante de nuestro sistema jurídico, al señalar en el artículo 19 N° 3 inciso 4° que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

En el fallo del Tribunal Constitucional, a propósito de la Ley N° 19.665 que reforma el Código Orgánico de Tribunales, se sostiene por los Ministros señores Servando Jordán, Juan Colombo y Mario Verdugo, en una prevención al artículo 14 de la referida ley, que: “El N° 3° del artículo 19 asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. En lo que interesa, esto se traduce en que frente a un hecho punible, la víctima tiene derecho a que se investigue, y en su caso, se condene a los participantes culpables. Una vez abierto el proceso, el imputado tiene y se le

garantiza su pleno derecho a la defensa, toda vez que el principio de la bilateralidad y el del debido proceso conducirán necesariamente a ello, como única manera de absolverlo o condenarlo”.

15. No puede dejar de sostenerse que detrás de este artículo 19 N° 3 inciso 4° se encuentra toda la doctrina procesal penal contemporánea, que no es ajena a la consagración normativa internacional de los derechos humanos básicos, que toda sociedad democrática debe respetar para la efectiva consagración de sus instituciones estatales.

En efecto, se encuentran detrás -¿o delante?- el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6° de la Convención Europea de los Derechos Humanos.¹

16. En todas esas convenciones - las dos primeras de las cuales incorporan los derechos en ellas contenidos a través del artículo 5° inciso 2°, a nuestro ordenamiento constitucional- se consagra el derecho a la defensa como una garantía judicial mínima, esto es,

¹ El artículo 8 de la Convención, en sus incisos 1 y 2, señala que: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

debajo de la cual no es posible a los Estados entrar a regular normativamente las materias correspondientes.

En esta línea, se pueden citar algunos fallos y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nos explican en qué consiste el debido proceso y cómo el derecho de defensa se encuentra profundamente encardinado con dicho concepto.

Así, en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", solicitada por los estados unidos mexicanos, se puede leer:

"117. En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional".

"118. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

"119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes

del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas."

También en fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 71, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano v/s. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, se lee:

"64 (...) el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder. (...)"

"68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención."

Por su parte, en el conocido caso de un grupo de chilenos vinculados al Movimiento Revolucionario Tupac Amaru, conocido como el caso Castillo Petruzzi y otros, N° 52, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 30 de mayo de 1999, se puede encontrar que uno de los argumentos de la Comisión Interamericana para llevar el caso ante la Corte, es el relativo a la violación del artículo 8.2.f de la Convención Americana, ya citado, dado que

"...la aparición y contrainterrogación de agentes, tanto de policía como de ejército, que hayan participado en los interrogatorios de forma tal que la posibilidad de contradecir la evidencia se hace sumamente difícil". "Las declaraciones testificales (fueron tomadas) sin la presencia de los imputados

a sus defensores y, por consiguiente, sin control de parte...”.

“153. La Corte considera que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, tal como ha sido consignado (supra 141), la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculcado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial”.

“154. Tal como ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

“155. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

“156. Por lo tanto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.f de la Convención.”

Finalmente, útil resulta incorporar dentro de los antecedentes jurisprudenciales del derecho comparado, algún fallo último del Tribunal Constitucional de España (TC), el que pronunciándose sobre un recurso de amparo, con fecha 18 de junio de 2001 su sala segunda declaró:

“De otra parte, en relación con los actos o medios de prueba, es doctrina constitucional consolidada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (Artículo 299 LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo,

pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (Ss.T.C. 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

“En el presente caso (...) el demandante de amparo cuestiona el cumplimiento del requisito relativo a la garantía de contradicción en la toma de las mismas, lo que le habría impedido interrogar a su autor. Y el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto ciertamente que tales declaraciones no fueron realizadas con carácter contradictorio, pese a que pudieron llevarse a efecto respetando dicha garantía. (...). El relato fáctico que se acaba de reseñar evidencia que las declaraciones del coimputado rebelde en la instrucción de la causa no fueron prestadas, pudiendo haberlo sido con ocasión de las que se llevaron a cabo ante el Juzgado Central núm. 5 de Instrucción, con la garantía de la contradicción que exige la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico precedente para que

puedan ser consideradas como prueba preconstituida, reproducible en el acto del juicio oral, y este vicio de origen impide aceptar como prueba de cargo la lectura en dicho acto de tales declaraciones” (Ss.T.C. 40/1997, de 27 de febrero, FJ 5; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

El rechazo de la virtualidad probatoria de dichas declaraciones, que tiene su fundamento directo en la interdicción de indefensión establecida en el artículo 24.1 de la Constitución Española, viene corroborado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 C.E., por lo establecido en el artículo 6.3 d) del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a todo acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, habiendo señalado al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.), en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente (artículo 6.1), que, por regla general, estos derechos imponen acordar para el acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Ss.T.E.D.H. de 20 de noviembre de 1989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1990, asunto Delta; 19 de febrero de 1991, asunto Isgró; 26 de abril de 1991, asunto Asch; 28 de agosto de 1992, asunto Artner; 20 de septiembre e 1993, asunto Saïdi).

17. En esta dirección, entonces, tendríamos que no puede el Estado chileno, so pena de vulnerar las disposiciones de la Constitución y de las convenciones internacionales, la jurisprudencia y la doctrina citadas, regular la declaración de testigos en un proceso penal en el que la defensa desconozca la identidad del mismo, o en que la defensa no pueda participar en el acto procesal de incorporación de esa declaración como prueba al juicio penal.

Es decir, el control sobre la prueba de cargo es un componente de las garantías judiciales mínimas que la Convención Americana de Derechos Humanos consagra como integrante del debido proceso y, por ende, deben entenderse incorporadas, en cuanto derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, sin que el legislador pueda vulnerarlas y el juez desconocerlas.

Visto desde el debido proceso, se debe señalar también que el derecho a la contraprueba, o derecho a contrainterrogar a los testigos

(cross examination), es uno de los componentes de las garantías esenciales que lo conforman.

Para decirlo con palabras del Doctor Carocca, la garantía constitucional de la defensa “asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia”.²

Urgando en el debido proceso, nos encontramos con que en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, se incorpora dentro de esta noción “el derecho de confrontar y de repreguntar a testigos aducidos por la contraparte (Green contra McElroy, 1959)”.³

Roxin habla del principio del proceso justo, vinculándolo con el fair trial inglés, que en sus palabras, implica “que, sobre todo, debe asegurar al imputado la oportunidad de defenderse en las mejores condiciones posibles frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios”.⁴

Se puede también recurrir al contenido del derecho a ser informado de la acusación, que en palabras del profesor Carocca, ya citado, debe extenderse “al material probatorio en que se fundamenta. (...) única manera en que el acusado podrá desplegar eficazmente la actividad necesaria para conseguir su rechazo”.⁵

18. Por otra parte, recordemos que nuestra Constitución establece en el artículo 19 N° 26 una restricción indiscutible al legislador, quien no puede regular el ejercicio de los derechos que ella garantiza, de modo tal que signifique “afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio”.

² CAROCCA, Alex. “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*”. Ediciones Jurídicas Olejnik, Barcelona, 1998, p.100.

³ HOYOS, Arturo. “*El Debido Proceso*”. Editorial Temis S.A., 1998, Bogotá, p. 26.

⁴ ROXIN, Claus. “*Derecho Procesal Penal*”. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 79 – 80.

⁵ CAROCCA, Alex. Op cit, p.263.

19. En el contexto doctrinario y normativo señalado, ¿no significaría vulneración de esta garantía el aceptar la declaración de un testigo, cuya identidad es desconocida por la defensa?. O, peor aún, ¿no significa hacer tabla rasa de las garantías judiciales mínimas el aceptar que se incorpore como prueba al juicio una declaración de un testigo obtenida sin intervención de la defensa?

20. Nos parece que la respuesta consistente con un sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado democrático de Derecho debiera ser el que no es admisible la introducción de prueba alguna que no esté sometida a las reglas de la contradictoriedad.

Piero Calamandrei señalaba que el “principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el “principio del contradictorio”⁶ también denominado principio o garantía de la audiencia bilateral o de bilateralidad de la audiencia. Lo que lleva a Carocca a sostener que “el contradictorio, es esencialmente la manifestación técnica en el proceso de la garantía constitucional de la defensa”⁷ que conlleva una exigencia de respeto y tratamiento igualitario para las dos partes.

Principio de igualdad de armas que, en palabras de Roxin, implica que este “mandato del fair trial puede prohibir, por ejemplo, una limitación de los derechos de información y de participación del imputado o de su defensor, no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y del defensor”.⁸

21. Sin perjuicio de lo señalado, podría llegar a ser posible que se hagan algunas concesiones a la protección que, en principio, no afecten el ejercicio del derecho de defensa en su esencia, buscando ese equilibrio tan preciado entre ambos intereses en juego.

Tales concesiones, pensadas de manera excepcional, en función de garantizar también el derecho a la vida y la integridad física y síquica de un testigo protegido, podrían ser las siguientes:

⁶ CAROCCA, Alex. Op cit, p.308.

⁷ CAROCCA, Alex. Op cit, p. 313.

⁸ ROXIN; Claus. Op cit, p. 81.

Podría admitirse que la declaración del testigo protegido sea introducida en el juicio resguardando la identidad real del sujeto. Para aceptarlo, sería un requisito previo que los antecedentes de su declaración prestada ante la fiscalía durante la etapa de la investigación pueda ser revisada por el defensor, con el tiempo suficiente como para poder preparar el contrainterrogatorio, con anterioridad a que dicha declaración sea prestada, sea que dicha declaración sea prestada anticipadamente o sea prestada en la audiencia del juicio mismo.

Bajo las mismas condiciones, podría admitirse que la identidad del testigo sea cautelada a través de la admisión de la prueba en un lugar distinto al del tribunal, ya sea porque físicamente el tribunal se instala en una sede diferente o ya porque sesionando el tribunal en la sala de audiencias, se admite que el declarante se encuentre en un lugar distinto, comunicado con la sala de audiencias a través de algún mecanismo audiovisual que permita la inmediación y la contradictoriedad. Mayor desarrollo requiere el tema relativo a la visualización del testigo para las partes, la posibilidad que intervinientes y jueces puedan observar las reacciones físicas, gestuales, del testigo mientras es contrainterrogado.

22. De esta manera, para admitir mecanismos de protección de testigos que hagan una excepción a la regla general de la declaración pura y simple del mismo en el juicio, podemos entender que una vez cerrada la investigación por el fiscal -e incluso antes en los casos en que no existe secreto sobre determinadas diligencias de la investigación o éste ha expirado-, el defensor debe tener acceso a toda la información recabada durante la misma, incluidas las declaraciones prestadas por los testigos especiales, registros de los cuales sólo podrían llegar a ser excluidos en hipótesis excepcionales, y aquellos antecedentes relativos a la identificación del testigo protegido.

23. Así, si bien es cierto, formalmente la defensa no tendrá acceso a la información relativa a la identidad del testigo, materialmente podrá preparar el contrainterrogatorio del mismo en función del contenido de sus declaraciones anteriores.

Ello involucra, sin duda, afectar el ejercicio del derecho a defensa. No es que vayamos a sostener que el ejercicio del derecho a defensa en estos casos es idéntico a aquellos en que estamos frente a un proceso penal acogido al Código Procesal Penal en su integridad. Se trata, precisamente, de advertir acerca de la posibilidad de introducir modificaciones al proceso penal tipo, sin afectar el ejercicio del derecho de defensa en su esencia.

En nuestra opinión, este es el caso, pues viéndose afectado el ejercicio del derecho a defensa, en el sentido señalado de que no voy a conocer la identidad real de los testigos que declararán en contra del acusado —lo que constituye una restricción al ejercicio del derecho a defensa—, accediendo a los antecedentes de la investigación, la afectación del mencionado derecho o garantía constitucional de la defensa no opera en su esencia, ya que ese testigo declarará en juicio, sujeto a las reglas del contrainterrogatorio, para cuyos efectos el defensor preparará, con el antecedente de la declaración del testigo ante el fiscal, el contenido de ese elemento del debido proceso. Se posibilita así el ejercicio de la garantía judicial mínima, esto es, el control sobre la prueba de cargo.

No es el mismo control que tiene el defensor que, en la generalidad de los casos, conoce exactamente quién es el testigo, su vida y demás circunstancias personales, además de la declaración previa prestada ante el fiscal; con cuyos antecedentes el defensor podrá controlar: La credibilidad del testimonio y la credibilidad del testigo.

En este caso, excepcional, asumiendo que el defensor desconoce la identidad real del testigo, conociendo sólo la declaración previa del testigo ante el fiscal, el defensor se verá limitado a preparar un contrainterrogatorio dirigido a controlar únicamente la credibilidad del testimonio de dicho testigo, su coherencia, verosimilitud y consistencia con los demás antecedentes probatorios expuestos en el juicio.

Pero tendremos posibilidad de control de la prueba de cargo, que constituye, a nuestro juicio, la garantía judicial mínima aceptable, en casos excepcionales, en un Estado democrático de Derecho.

24. En la dirección anotada, nos inclinamos por rechazar, por afectar la garantía judicial anotada, la declaración de un testigo individualizado por cualquier mecanismo idóneo destinado a ocultar su identidad física normal, del que no existan antecedentes de declaraciones prestadas con anterioridad ante el fiscal.

25. En este último caso, el juez de garantía debería rechazar la prueba propuesta, por afectar el ejercicio del derecho de defensa en su esencia, ya que el defensor no tendrá posibilidad real y efectiva de controlar la prueba de cargo, al desconocer el contenido de los hechos que a través de ese testigo se intentarán probar por la fiscalía.

Aceptar la introducción de una prueba tal implica llevar al juicio una prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales que en este texto se vienen comentando, esto es, vulnerando el derecho de defensa en cuanto no posibilita controlar la prueba de cargo.

26. En la misma dirección, el juez de garantía no podría aceptar la prueba anticipada respecto del testigo que aparece protegido por el secreto de su declaración, dentro de los términos del artículo 182 del C.P.P., sino una vez que el secreto haya cesado y dicha declaración sea conocida por el abogado defensor, de manera tal que sea efectivo el control sobre la prueba de cargo recibida en esas condiciones.

27. Intentando sistematizar, algo más, los distintos niveles de relación entre protección y defensa, podemos avanzar las hipótesis siguientes:

- Testigo declara normalmente en el juicio oral y público, sólo con protección policial, que permita llevarlo al juicio y sacarlo de él, con posterioridad a la declaración, sin arriesgar su vida y su integridad física. Muy probablemente, ello involucrará adoptar a su respecto medidas de protección adicionales que podrán llegar a los programas de protección de testigos con cambio de identidad, de lugar de residencia, de ocupación, etc. La defensa conoce quién es el testigo y conoce sus declaraciones prestadas ante la fiscalía, por lo que puede preparar un contrainterrogatorio puro y duro.

Testigo declara con mecanismos de protección de su identidad, al nivel más básico, esto es, solamente se protegen los datos relativos a su nombre, su domicilio, ocupación u otros relativos a su identidad personal. Pero el testigo concurre a la audiencia del juicio, presta declaración como testigo de la fiscalía, la defensa lo contrainterroga teniendo a la vista sus declaraciones prestadas en la fiscalía, incursiona en el conocimiento que el testigo tiene de los hechos, cómo es que llegó a tomar conocimiento de los mismos, cuál es la experiencia que tiene en situaciones similares. El contrainterrogatorio se ve limitado, solamente, en relación con el desconocimiento que la defensa tiene de aquellos datos personales incorporados en las medidas de protección.

- Testigo declara con mecanismos de protección de su identidad a un nivel más intenso, esto es, se protegen sus datos relativos al nombre, domicilio, ocupación, etc., pero, además, se utiliza un procedimiento destinado a separar el lugar donde el testigo declara. De esta manera, no existirá contacto visual directo entre el declarante y el acusado, sino que intermedando a través de mecanismos tecnológicos, pero siempre se conocerán sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal y se mantendrá la posibilidad del contrainterrogatorio tendiente a afectar la credibilidad del testigo, al menos en cuanto a lo referido al contenido de su declaración.
- Testigo declara con mecanismos de protección de máxima intensidad, esto es, se oculta su identidad real de modo que sólo se admite que la defensa escuche la voz del testigo. En estos casos, desde luego, reservados para aquellas excepciones en que efectivamente la naturaleza de la acción deducida, la gravedad de los cargos formulados y los antecedentes de la actividad criminal enjuiciadas exijan tomar medidas de este carácter, el contrainterrogatorio contará con la declaración anterior prestada ante el fiscal para su preparación, pero no podrá ir confrontando las respuestas del testigo con sus gestos, sus actitudes, sus expresiones de convicción y de duda, para utilizar esas

expresiones que el tribunal del juicio oral en lo penal de Angol usara calificando su razonamiento judicial.⁹

De allí que, precisamente, este último nivel de protección sea el que más afecte el derecho de defensa y lo afecta en el plano de la igualdad de armas, del fair trial, del debido proceso, de la contradicción. Y debería ser tarea, finalmente, de los jueces, el ponderar si una prueba recibida en esas condiciones, que objetivamente afecta este principio, puede servir para generar la convicción de culpabilidad, más allá de toda duda razonable¹⁰.

⁹ "En el juicio oral los jueces ponderan respecto de los gestos, las actitudes, las expresiones de convicción o de duda de todas y cada una de las personas que han hablado durante el proceso. Si habitualmente una frase puede ser interpretada gramaticalmente (...), las interpretaciones de los gestos y modos de los declarantes incorporan al proceso un universo de elementos a valorar que exceden las meras palabras, han pronunciado frases, hecho gestos y respondieron preguntas de un modo que el Tribunal percibió en todo momento y, luego, valoró, con relación al poder convictivo de estos gestos y actitudes. Es importante señalar que la actitud del menor de 11 años en este juicio impresionó enormemente al Tribunal al contestar las preguntas, con convicción y tranquilidad, reflejando en su rostro que en ningún momento se percibió animosidad contra el acusado ni presión o preparación para declarar en este juicio.

El examen de verosimilitud y fuerza convictiva de cada uno de los testimonios, informes y declaraciones de peritos realizados en el debate de este juicio, han sido valorados de acuerdo a las libres convicciones inspiradas en la sana crítica razonada, que obliga a los jueces a evaluarlas una por una y en su conjunto, inspirados por los principios de la lógica, conocimientos científicos y la experiencia conforme la exigencia de los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal.

¹⁰ En el sentido que lo indica el mismo fallo citado: "...Para sostener que el hecho está probado "más allá de toda duda razonable", criterios éstos que deben ser considerados dentro de la lógica como base del razonamiento judicial, en que la duda no es cualquier duda, sino sólo aquella que va más allá de una mera consideración probabilística de que los hechos pudieren ser de otro modo, duda que no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de los elementos de convicción que aporten los intervinientes durante la audiencia del juicio oral, que, además, deben evaluarse en una visión de conjunto, debidamente armonizada unas con otras, para evitar una ponderación aislada y fragmentaria que conspire contra las reglas de la sana crítica racional. No cualquier duda es suficiente para alterar las conclusiones de una razonada evaluación de prueba de cargo. Debe tratarse de una duda de cierta entidad, vinculada con un hecho trascendente que anide en el ánimo de juzgador la idea de que las cosas pudieron suceder de otro modo.

esto es, si la introducción de la prueba con afectación del derecho de defensa, en sus distintos niveles de intensidad, contribuye a efectuar esa "racional y objetiva evaluación de los elementos de convicción que aporten los intervinientes durante la audiencia del juicio oral, que, además, deben evaluarse en una visión de conjunto, debidamente armonizadas unas con otras, para evitar una ponderación aislada y fragmentaria que conspire contra las reglas de la sana crítica racional", como se señala en el fallo ya citado.

28. En nuestra opinión, la credibilidad del testigo y su potencialidad probatoria se ven sin duda afectados, mientras mayor y más intensa es la protección de la que goza. De allí que, podríamos sostener, admitiendo alguna influencia alemana, que existirá una relación inversamente proporcional entre la intensidad de la protección y la potencialidad probatoria de la declaración del testigo protegido.

29. Dicho con otros términos, la declaración del testigo protegido que concurre a declarar en el juicio oral, con su nombre verdadero y de cara al acusado, será la que tendrá mayor virtualidad probatoria, mayor poder convictivo. En contrario, la declaración de

El concepto de "certeza", como todos los conceptos, es contextual y, por lo tanto, no está formado en el vacío. Si, por certeza, se quisiera significar la aptitud de llegar a la verdad de modo irrefutable e inmutable, que no deje elemento posible de contradicción fuera de su alcance, se estaría utilizando un concepto de certeza que es imposible de lograr tanto en el contexto limitado del conocimiento humano, como en el contexto limitado del proceso judicial.

La "verdad" en materia de decisiones judiciales es, cuanto más, de carácter aproximativo o relativo, legitimando la decisión judicial la exigencia de que esa verdad lograda en el proceso, despeje cualquier duda razonable que favorezca al acusado, de manera tal que en éste contexto de elementos el Tribunal debe lograr para fundar una condena penal la convicción de certeza dentro de las limitaciones propias del conocimiento humano, donde el universo valorable es el aportado por las pruebas producidas en el debate durante el juicio y las limitaciones provenientes del mayor o menor poder convictivo de cada una de las pruebas en sí misma y en relación con las demás.

Como señala "Hassemer", convicción y duda, son los polos opuestos de una plataforma que resulta alcanzable mediante la comprensión escénica realizada por los jueces, que vincula a los participantes en el proceso con determinadas formas de interacción y comunicación (Hassemer, "Fundamentos del Derecho Penal", Editorial Bosch, 1984).

ese otro testigo protegido que declara con máxima protección, sin que la defensa pueda conocer ni su identidad, ni su rostro, de manera previa al juicio y durante el mismo, en que el contrainterrogatorio se limita al contenido de las declaraciones del testigo, un tanto a ciegas, verá afectada esa potencialidad probatoria, de la misma manera, esto es, para decirlo en término matemáticos, la convicción probatoria de ese medio será inversamente proporcional al grado de afectación del derecho de defensa.

La tesis esbozada, en suma, postula que debemos garantizar la protección del testigo, debemos hacer todo lo posible por llevar a ese testigo al juicio, minimizando al máximo el riesgo para ese ciudadano que está colaborando con la justicia, pero al menor costo posible para el derecho de defensa.

Y ese equilibrio pareciera encontrarse en esta ecuación: mientras más intensa sea la protección del testigo, menor valor probatorio tendrá su testimonio.

Corresponderá a nuestros jueces establecer la debida correspondencia y equilibrio entre protección de testigos y derecho de defensa.

LOS MECANISMOS DE DESCONGESTIÓN Y SU USO EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ¹

Mauricio Duce

Master en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford.

Profesor e Investigador de la Escuela de Derecho,

Universidad Diego Portales.

Uno de los objetivos centrales del nuevo sistema procesal penal chileno es la racionalización de la carga de trabajo a efectos de permitir que éste pueda operar dentro de parámetros razonables de eficiencia y calidad². Este objetivo de racionalización adquiere mayor importancia en la etapa de investigación preliminar que es donde la mayor cantidad o flujo de casos se dan. Es así como en el nuevo sistema los fiscales tienen como una de sus primeras obligaciones realizar una adecuada selección de los casos, identificando, de todos aquellos que llegan a su conocimiento, cuáles son los que van a ser objeto de su trabajo. La selección de casos debe ser realizada en una parte significativa, en una etapa muy inicial del procedimiento, a través de los mecanismos de descongestión que el nuevo sistema procesal penal entrega al ministerio público. En efecto, una vez que los fiscales reciben una denuncia, la primera actividad relevante a realizar deberá ser la de evaluar el contenido de la misma y adoptar alguna decisión en cuanto a continuar o poner término a la persecución penal.

En este contexto, el objetivo de este trabajo será el analizar estos mecanismos de descongestión de que dispone el ministerio público en esta etapa inicial de la persecución penal y, luego, intentar realizar una evaluación acerca de su funcionamiento en la IV y IX región en los primeros nueve meses de funcionamiento de la reforma.

¹ El presente trabajo constituye una versión resumida y modificada del borrador de un capítulo de un libro que me encuentro preparando junto con el profesor Cristián Riego.

² Por ejemplo, el mensaje del Código reitera esta idea en diversas oportunidades. Véase, entre otras, el punto 3 del capítulo "Contenido del Proyecto"

MECANISMOS DE DESCONGESTIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO

La decisión de nuestro legislador al momento de aprobar el Código Procesal Penal (C.P.P.) fue la de establecer un modelo de oportunidad reglada o de discrecionalidad restringida, en contraposición al modelo de legalidad absoluta existente en nuestro sistema hasta antes de la reforma.

Como consecuencia de la decisión anterior, desde un punto de vista formal, el nuevo sistema sigue estando sometido a la regla tradicional consistente en la inexcusabilidad o necesidad de la persecución penal, expresada en la formulación del principio de legalidad (artículo 166 inciso 2° del C.P.P.). Esto es, que los fiscales están, en principio, obligados a llevar adelante la persecución en todos aquellos casos en los que tengan conocimiento de un hecho punible, sin que puedan excusarse de ello. No obstante, el Código consagra algunas excepciones importantes que permiten afirmar que, en realidad, el nuevo sistema es de aquellos en los que la persecución está, en general, sometida a un régimen de discrecionalidad reglada, ejercida por los fiscales.

Las excepciones al principio de legalidad en el nuevo sistema procesal penal pueden clasificarse en dos categorías.

- Una primera categoría está constituida por las instituciones que llamaré *mecanismos de selección o descongestión de casos*, dentro de los cuales se encuentran: La facultad de no iniciar la investigación, contemplada en el artículo 168 del C.P.P.; el archivo provisional, contemplado del artículo 167 del C.P.P.; y el denominado principio de oportunidad (en sentido estricto) del artículo 170 del C.P.P.
- Una segunda categoría está constituida por las denominadas *salidas alternativas*, dentro de las cuales se contempla la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, regulados en los artículos 237 a 246 del C.P.P.

En este trabajo sólo revisaré los primeros mecanismos, los de descongestionamiento o selección de casos, las salidas alternativas no

serán objeto de análisis. Con todo, antes de iniciar su estudio, es conveniente realizar una precisión conceptual en torno a ellas. Suele ser utilizada la mención “salidas alternativas”, como una denominación genérica que cubriría todas las excepciones al principio de legalidad contempladas en el nuevo Código Procesal Penal e, incluso, para referirse a algunos mecanismos de simplificación procesal que no son objetos de este artículo.³ Estimo que esta concepción amplia de salidas alternativas es un tanto promiscua y no sirve para caracterizar correctamente los distintos mecanismos que he mencionado. En este trabajo, reservaré el concepto *salidas alternativas* para la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

En cambio, creo que los mecanismos de descongestión o selección de casos, si bien es cierto comparten con las salidas alternativas el hecho de que representan un ahorro de recursos para el sistema, constituyen el transparentar una decisión del sistema acerca de la imposibilidad de hacerse cargo de esos casos, ya sea porque no resulta posible debido a la información limitada de que se dispone, porque no resulta conveniente socialmente hacerlo o, sencillamente, porque no estamos dentro de una hipótesis que permita al sistema de justicia criminal seguir investigando hacia adelante.

Las salidas alternativas, en cambio, representan un tipo de respuesta del sistema de alta calidad, pero una respuesta muy diferente a la respuesta tradicional. Este elemento, entonces, es el que marca una diferencia sustancial entre ambos mecanismos. Por lo mismo, ubicarlos a todos bajo la rúbrica de salidas alternativas es, conceptualmente, erróneo.

Con todo, es necesario precisar que cuando he señalado que detrás de los mecanismos de descongestión hay una decisión de no

³ En este sentido, por ejemplo, LÓPEZ, Julián, “Formas Alternativas de Solución del Conflicto Penal”, en *Las Reformas del Proceso Penal*. Colegio de Abogados de Chile, Santiago 2.000, pp. 43 a 69. Cabe hacer notar que el autor citado realiza una distinción entre un concepto restringido de salidas alternativas y uno amplio, advirtiendo que este segundo podría ser objeto de críticas conceptuales y metodológicas.

hacerse cargo, ello no significa que el sistema no pueda entregar otras respuestas para el tipo de problemas que se le presentan.

Antes de iniciar el estudio detallado de los mecanismos de descongestión es importante tener presente las expectativas que se tuvieron al momento de diseñar la reforma en relación con el uso de los mismos. Así, sobre la base de un modelo de simulación computacional del nuevo proceso, se estimaba que ellos debían descargar cerca de un 60 a un 70% del total de ingresos al nuevo sistema en un período muy inicial de la persecución penal. Ello es lo que permitía proyectar que estos mecanismos se constituirían en herramientas útiles para el desarrollo, por parte de los fiscales, de una política de control de la carga de trabajo del sistema adecuada.

Con estas precisiones, en lo que sigue procederé al análisis particularizado de cada uno de los mecanismos de selección mencionados precedentemente.

La facultad de no iniciar la investigación

La primera de las facultades discrecionales de los fiscales es la que el Código Procesal Penal denomina como facultad de no iniciar la investigación, artículo 168 del C.P.P. En virtud de esta facultad, los fiscales del ministerio público pueden, hasta antes de formalizar la investigación, decidir abstenerse de toda actividad de investigación cuando los hechos relatados en la denuncia: No fueren constitutivos de delito, o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal.

Si se analizan con detalle las causales de procedencia se podrá notar que, en estricto rigor, esta facultad no constituye ejercicio de discreción, porque se trata de situaciones en las que realmente no hay un verdadero caso penal.

El principio de legalidad sólo obliga a investigar hechos que puedan ser constitutivos de delito y no todas las denuncias que se presenten ante las autoridades de persecución penal. En estas hipótesis no surge la obligación de llevar adelante una investigación porque,

precisamente, no estamos en presencia de un delito.

Veamos ahora en qué situaciones se puede utilizar esta facultad de los fiscales. Como se desprende del artículo 168 del C.P.P., la facultad de no iniciar la investigación regula dos hipótesis diferentes.

- La primera es que el hecho denunciado no constituya delito. Se pueden citar varios ejemplos de esto. Así, una denuncia por el delito de daños culposos o fortuitos (sólo se configura el delito cuando son dolosos) como si por la rotura accidental no negligente de una cañería de mi departamento se humedece el techo del vecino del departamento de abajo y éste presente una denuncia por tales hechos; u otra persona que presente una denuncia por el no pago de arrendamiento, entre otros. Más comunes, en la práctica, son casos de denuncias de presuntas desgracias de personas desaparecidas que no lo están efectivamente o personas que han cometido suicidio o muerto accidentalmente.
- La segunda hipótesis es que la responsabilidad penal se encuentre extinta, como podría ser el caso de una denuncia por un hurto después de 10 años de haber sido cometido o respecto de un imputado que se encontrare actualmente fallecido o en un caso en el que el imputado ya hubiera cumplido la pena (En general, por la procedencia de cualquiera de las causales contempladas en el artículo 93 del Código Penal).

Un primer tema relevante para el adecuado ejercicio de esta facultad se refiere al estándar de convicción exigido al fiscal para adoptar la decisión de no investigar. No es el objetivo de esta institución generar un incidente probatorio complejo para determinar si es procedente o no su uso. El sentido de esta facultad es que el ministerio público pueda resolver muy rápido, para evitar el desgaste innecesario de recursos humanos y materiales, sobre la base de los antecedentes disponibles al momento de evaluar la denuncia o en un momento muy inicial de la investigación. Por lo mismo, estos antecedentes deben dar cuenta en forma clara de la procedencia de alguna de éstas hipótesis. No puede tratarse de situaciones dudosas. Si ese es el caso, deberá iniciarse la investigación respectiva, sin que

ello se traduzca, necesariamente, en un juicio oral posterior e, incluso, sin significar que no podría utilizarse esta institución en un futuro cercano.

Ahora bien, si el ministerio público, producto de su evaluación, considera que el caso cabe dentro de alguna de las hipótesis revisadas, debe adoptar la decisión de ejercer dicha facultad, decisión que siempre debe ser fundada y que deberá contar con la aprobación del juez de garantía. Esto último es relevante, ya que la decisión judicial que ratifica el uso de esta facultad constituye, en mi opinión, un equivalente jurisdiccional al sobreseimiento definitivo del caso. En consecuencia, el efecto jurídico del uso de esta facultad y su posterior aprobación, será la extinción de la acción penal para el caso específico.

Un problema interpretativo que se ha presentado respecto de la facultad de no iniciar la investigación, tiene que ver con un defecto en la redacción del artículo 168 del C.P.P. que señala que “el fiscal podrá abstenerse de toda investigación”. La duda que ha generado esa redacción se produce en hipótesis en que los fiscales han realizado algunas diligencias de investigación mínimas y, a partir de ellas, se encuentran en las hipótesis de procedencia del mismo artículo 168. El problema que se genera en estos casos es si en ellos pueden ejercer o no la facultad debido a que ya no se “abstuvieron” de investigar.

Contrariamente a lo que podría esperarse, debido a que ello representa una autolimitación importante de sus facultades de selección de casos, el instructivo N° 42 de la Fiscalía sostiene la tesis que no sería procedente ejercerla en las hipótesis descritas.¹ En efecto, el instructivo señala, textualmente, que “De este modo, debe constar la respectiva denuncia, en forma fehaciente e indubitable, que los hechos no son constitutivos de delitos o que se encuentra extinguida la responsabilidad criminal. Por el contrario, si para determinar lo anterior es estrictamente indispensable practicar diligencias, una vez realizadas éstas, necesariamente, se tendrá que cerrar la investigación y solicitar el sobreseimiento definitivo, por no ser el hecho

¹ Véase Instructivo N° 42 sobre El Archivo Provisional y la Facultad de no Iniciar la Investigación, en *“Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2.001, pp. 261 a 268.

investigado constitutivo de delito o por haberse extinguido la responsabilidad penal del imputado, de acuerdo con algunos de los motivos establecidos en la ley”.⁵

La interpretación que realiza el ministerio público me parece incorrecta, tanto desde el punto de vista de los objetivos que tiene la institución, cuanto respecto de la operativa práctica de funcionamiento diario del sistema de justicia criminal.

Desde el punto de vista de los objetivos, la facultad de no iniciar la investigación fue concebida, originalmente, para evitar que el sistema se desgaste con actuaciones que resultan inconducentes cuando no se está en presencia de un delito, o cuando se esté ante un caso en el cual no se pueda establecer la responsabilidad penal. Con ella, entonces, se pretende evitar que, tanto el ministerio público, la policía, como los tribunales, tengan que realizar actuaciones definitivas, resultan absolutamente inconducentes si eso es así, no se explica, entonces, que cuando aparece claramente que no hay delito y aún no se ha producido la intervención judicial, que es la hipótesis básica del artículo 168 del C.P.P., se obligue de todas maneras al ministerio público a tener que solicitar un sobreseimiento y generar así un conjunto de trámites muy formales para un caso que no los requiere, esto, amén de las mayores complejidades procesales que el sobreseimiento importa en relación con la facultad de no iniciar la investigación.

Desde el punto de vista del funcionamiento práctico del sistema, lo más común es que en el tipo de denuncias que son objeto de la facultad de no iniciar la investigación, el ministerio público requiere chequear informaciones básicas para poder ejercerlas, por ejemplo, tratándose de la situación de las presuntas desgracias que ya hemos mencionado, muchas veces el ministerio público requiere oír la opinión de un perito forense para determinar que, precisamente, no estuvo en presencia de una muerte causada intencionalmente, sino más bien de una muerte accidental o de un suicidio. En estos casos, entonces, la interpretación que realiza el ministerio público, le obligaría a continuar adelante con el procedimiento y requerir ante el

⁵ Op cit. p. 267.

juez de garantía su sobreseimiento. Este tipo de actividades o la solicitud de certificados como, por ejemplo, el de defunción del supuesto imputado, no constituyen o no debieran obligar al sistema hacia pasos más formales que, simplemente, el ejercicio de la facultad para no iniciar la investigación. Lo otro significa entender el sistema de una manera extremadamente formal, extremadamente burocrática y obligar a dar pasos que no son necesarios, ni fueron previstos originalmente al redactar este tipo de normas.

De alguna forma con la interpretación del Instructivo N° 42 de la fiscalía se estaría repitiendo una concepción del proceso como un conjunto de trámites necesarios al estilo del funcionamiento del sistema inquisitivo que se pretende abandonar con el modelo de la reforma.

Un tema distinto, pero que resulta recurrente en los debates acerca de esta facultad dice relación con el hecho, que se suele reducir o disminuir su importancia en el nuevo sistema, argumentado que ella no es una novedad para nuestro país ya que se encuentra reconocida en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal y que ha sido de escasa utilización por parte de los actuales jueces del crimen. Creo que, no obstante que estas afirmaciones son ciertas en gran medida, su escasa utilización en el sistema inquisitivo se debe al peso del principio de legalidad en el funcionamiento concreto del mismo y la burocratización de la investigación criminal. Todo lo anterior hace que, con bastante frecuencia, los tribunales inviertan recursos investigativos en casos que se encuentran en estas hipótesis, y que ellos se tramiten por varios meses antes de que sean objeto de algún tipo de sobreseimiento. La concesión de facultades discrecionales a los fiscales, la necesidad que tendrán éstos de elaborar un sistema de evaluación de denuncias que les permitan adoptar decisiones acerca del futuro de los casos, en etapas tempranas del procedimiento, y la dinámica del nuevo sistema, seguramente traerán aparejado un incremento en el uso de esta facultad y, por lo mismo, no debe ser considerada como una facultad menor. De hecho, las cifras entregadas por el Fiscal Nacional en la cuenta pública de abril del año 2001, que cubrieron los tres primeros meses de funcionamiento de la reforma en la IV y IX región, muestran que del total de casos ingresados, un 38% estaba ya concluido y que de ese porcentaje, considerado como un

100%, un total de 14,1% lo había sido en virtud del uso de la facultad de no iniciar investigación. Ello da cuenta de un porcentaje no despreciable para una etapa de desarrollo inicial del sistema, ya que todo indica que ese número debiera haber crecido fuertemente en la medida que el sistema ha contado con una mayor carga de trabajo en los meses subsiguientes.

Un tema importante en el debate político criminal en relación con la consagración de facultades discrecionales en manos de los fiscales ha sido el establecimiento de controles a las mismas. En atención a que existe una similitud en el diseño de los controles previstos para el uso de la facultad de no iniciar la investigación y el archivo provisional, reservaré el análisis de este tema cuando discuta el archivo provisional.

Archivo provisional

En mi opinión, la más importante de las excepciones al principio de legalidad reguladas en el nuevo Código Procesal Penal está constituida por la facultad que se otorga a los fiscales de archivar provisionalmente las denuncias cuando, evaluados los antecedentes que dicen cuenta de la misma, no permitieren conducir una investigación con perspectivas de éxito (Artículo 167 inciso 1º del C.P.P.).⁶ Es decir, se trata de que los fiscales puedan seleccionar de entre el elevado número de denuncias que llegan al sistema, aquellas que ofrecen posibilidades para conducir una investigación productiva, permitiéndoseles que, en los casos que no ofrecen estas perspectivas, puedan evitar desarrollar un proceso de investigación, a lo menos, mientras no surjan nuevos antecedentes que permitan generar un proceso de indagación y acumulación de pruebas.

Esta facultad corresponde a casos en que los antecedentes y evidencias que los justifican, no permiten proyectar una investigación

⁶ En buena medida esto se ratifica en las cifras de la cuenta pública del Fiscal Nacional del mes de abril, que ya hemos mencionado, en las cuáles del 38% de casos terminados considerados como un universo, el 29,9% lo había sido por uso del archivo provisional.

exitosa de los mismos, particularmente, a la luz del entorno de restricciones en el que se desenvuelven fiscales y policías, en la práctica. Específicamente, el artículo 167 del C.P.P. señala que se trata de casos en los que “no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos”. Así, es posible pensar que esta facultad cubre dos hipótesis de carácter general:

- Casos que son técnicamente ininvestigables (hipótesis prácticamente inexistente);
- Cuando, aún pudiendo investigarse, es posible proyectar que, de acuerdo al entorno de restricciones con las que opera el sistema de justicia criminal en la práctica, no se obtendrán resultados positivos que permitan llevar adelante una persecución penal en forma razonable.

Si bien el nuevo Código no señala nada al respecto, por lo general, esta facultad no debiera ser ejercida en casos muy graves o muy complejos, en donde siempre debiera intentarse una investigación para tomar una decisión respecto al futuro del mismo. La idea es que, como se trata de una evaluación de casos dentro del contexto de restricciones del sistema de justicia criminal, resulta lógico que, tratándose de los delitos más graves, estemos en condiciones, como sociedad, de invertir más recursos y agotar todas las instancias para intentar esclarecerlos, ya que ellos representan los atentados más graves en contra de los valores socialmente reconocidos. En consecuencia, esta es una facultad que debiera corresponder a delitos de mediana y baja gravedad y que, además, no sean muy complejos desde el punto de vista de su investigación.

Veamos un ejemplo que permitan graficar lo dicho. Un caso típico que debiera dar lugar a esta facultad se produce en delitos contra la propiedad, como por ejemplo un hurto de una billetera, en la cual la víctima aporta escasa información y en el que no existen ni testigos ni antecedentes complementarios a la denuncia del ofendido. En estos casos, la víctima, normalmente, se ve compelida a presentar la denuncia para efectos de evitar problemas con el mal uso de la cédula de identidad y otros documentos. Con todo, se trata de casos en

los que el sistema tiene escasas o nulas posibilidades de determinar un responsable, a menos que, en el futuro, aparezcan nuevos antecedentes. Ese delito sería técnicamente investigable, pero es fácil proyectar que la gran cantidad de recursos estatales que requeriría el poder tener la expectativa de esclarecerlo, no justifica su inversión para un caso específico. Lo mismo puede ser dicho de un sinnúmero de delitos en contra de la propiedad, que se denuncian en nuestro país y que son cometidos por una persona desconocida de la víctima y respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante, ni sospechosos reconocidos, e, incluso, es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes (robos de radio de autos, etc.).

En este contexto, la facultad descrita se explica por el hecho de que en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público, de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los cuales la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación, porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir alguna pista para la obtención de resultados. Por otra parte, tampoco se trata de hechos lo suficientemente graves para justificar una investigación demasiado compleja como la que podría montarse, aún sin muchos antecedentes, si se considera que el hecho lo amerita. El sistema vigente, en cambio, obliga a quienes tienen a su cargo la persecución penal, a conducirla en todos los casos, incluidos aquellos del tipo descrito. Esto se traduce en una sobrecarga del sistema y en un agotamiento de los recursos del mismo, en especial, del tiempo de la policía en investigaciones y procesos que técnicamente no tienen posibilidades de esclarecimiento de acuerdo a la experiencia acumulada. Todos esos constituyen recursos escasos del sistema que deben ser focalizados para la realización de aquellas actividades que sí resulten productivas y socialmente relevantes.

Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que

ello resulta posible, introduciéndose, así, criterios de racionalidad en esta actividad. Por lo mismo, la decisión de archivar provisionalmente un caso es una facultad que se le entrega a los fiscales, que debe ser usada en los momentos iniciales de la persecución, luego que el caso es evaluado y antes de decidir una intervención intensa de las agencias de persecución penal. De otra forma, el objetivo de racionalización de recursos no se cumpliría. Esto no quiere decir que una vez iniciada la persecución no existan otros mecanismos que permitan suspenderla o terminarla.

A esta altura debo precisarse un punto. El hecho de decidir ejercer la facultad de archivar provisionalmente un caso, no significa que ese caso no reciba algún tipo de respuesta por parte del sistema. Normalmente, en una gran cantidad de los delitos denunciados, las víctimas recurren al sistema con la expectativa que éste le puede certificar el haber recurrido al mismo para efectos, por ejemplo, de cancelar documentos substraídos u obtener las compensaciones de parte de los seguros comprometidos. En esos casos, el sistema debe darle esas respuestas a las víctimas y evitar así que el uso de esta facultad se perciba, socialmente, como una situación de desprotección absoluta de los ofendidos por el delito. El sistema también debe ser capaz de justificar, racionalmente, estas decisiones para que se perciban como útiles por la sociedad en su conjunto.

Por las razones antes mencionadas, esta facultad debe ejercerse de modo transparente y conocido, para lo cual es necesario que el Fiscal Nacional dicte instrucciones que la enmarquen, determinado los delitos y las hipótesis en que ella es aplicable. Estas instrucciones deben estar en conocimiento del público y de todos los que intervienen en el sistema, pudiendo así ser objeto de discusión y corrección.

Respecto a los efectos del archivo provisional, es importante destacar que estos difieren en relación con la facultad de no iniciar la investigación. En efecto, el archivo sólo produce una suspensión temporal en la persecución penal, la cual podrá reanudarse hasta que la acción penal se encuentre prescrita. Poniéndolo en términos más pedestres, constituye una decisión que sólo congela al caso, pero no lo mata. La idea es que pueda existir una base de datos en la que se

registren los casos congelados y, en la medida que se detecten nuevos antecedentes vinculados al mismo que permitan proyectar una investigación con algún éxito, se pueda descongelar el caso respectivo y reiniciar una investigación. Un límite para el ejercicio de esta facultad, por parte de los fiscales, es que se haya formalizado la investigación en el caso respectivo. A partir de ese momento, si el fiscal considera que no existen antecedentes que le permitan llevar adelante la investigación, deberá provocar el sobreseimiento del mismo de acuerdo a las reglas generales.

Como se ha visto, uno de los grandes desafíos de la facultad de archivo provisional es su ejercicio en etapas muy tempranas de la persecución penal, de manera de evitar el desgaste de los escasos recursos de investigación de que dispone tanto el ministerio público como la policía. En este sentido, resulta altamente problemático el instructivo N° 42 del ministerio público, al que ya hemos hecho referencia, ya que, en la materia, señala que siempre es conveniente a los Fiscales del ministerio público, antes de tomar la decisión de archivar provisionalmente, realizar un conjunto de diligencias o actividades de investigación. Es así como, textualmente, el instructivo señala, “Por lo anterior, es necesario resaltar que el ejercicio del archivo provisional siempre requiere, en forma previa, de la realización de diligencias mínimas y fundamentales de la investigación, como, por ejemplo, citación del ofendido o denunciante a la fiscalía para que aporte mayores antecedentes a la denuncia, de los cuales pueden surgir otros indicios para continuar con pesquisas útiles, realización de pericias por organismos técnicos policiales, empadronamiento e interrogación de testigos, según la naturaleza y gravedad de los casos”.

Me parece que este instructivo desnaturaliza en buena medida los objetivos tenidos en vista al momento de establecer el archivo provisional, toda vez que obliga a los fiscales a dar instrucciones de investigación a la policía cuando en un porcentaje importante de casos, según la experiencia policial lo demuestra, los antecedentes disponibles, al primer momento de la investigación, claramente, permiten tomar la decisión de archivar. Resulta conveniente que el ministerio público tome en cuenta la gran experiencia que tienen en evaluación de denuncias los organismos policiales, y puedan

adoptar decisiones en esta etapa muy temprana. Si esto no ocurre, se corre el serio riesgo de reproducir prácticas como las órdenes de investigar a la policía, cuando ellas no resultan necesarias, recargando, excesivamente, su trabajo, sin justificación alguna.

No obstante la importancia en el adecuado uso del archivo provisional y de la facultad de no iniciar la investigación, estas facultades abren un espacio en el que se pueden adoptar decisiones por motivos ilegítimos o fundamentadas en apreciaciones erróneas por parte de los fiscales, todo ello, además, con un escaso control derivado del estado primario de desarrollo del caso.

Frente a estos posibles problemas, el nuevo Código regula un procedimiento simple para la adopción de estas decisiones y ciertos mecanismos de control de las mismas que pretenden evitar abusos, corrupción o decisiones erradas por parte de los fiscales del ministerio público. Por esto, en primer término, los fiscales siempre deberán adoptar la decisión formal en la que deciden no iniciar la investigación o archivar provisionalmente el caso, por medio de una resolución fundada en la que se expliciten las razones de la adopción de tal decisión.

Las víctimas que se sientan afectadas por la decisión de no continuar o de no iniciar una investigación, tienen la posibilidad de manifestar su disconformidad respecto de ellas e, incluso, obligar al ministerio público para que le dé inicio o la continúe. Las víctimas cuentan con dos canales para ello: el control interno y el control judicial.

En el primer caso, las víctimas pueden recurrir, internamente en el ministerio público, ante las autoridades superiores del fiscal que adoptó la decisión respectiva, para representarle la inconveniencia de tal decisión. Este reclamo podría originar que, administrativamente, los superiores del fiscal respectivo alteren su decisión. La ley orgánica del ministerio público, en su artículo 33, regula este procedimiento tratándose de reclamos que se presenten ante el Fiscal Regional. Allí, se señala que el reclamo deberá formularse por escrito y el Fiscal Regional deberá responder también por escrito en un plazo de cinco días.

Las víctimas también pueden recurrir ante el juez de garantía competente para reclamar de la decisión del fiscal. En este caso, el reclamo se tiene que traducir en la presentación de una querella que, si es admitida a tramitación, obliga al ministerio público a seguir adelante con la investigación conforme a las reglas generales (Artículo 169 del C.P.P.). Esto es, que si la querella cumple con los requisitos establecidos en el Código (Artículo 113 del C.P.P.), el ministerio público se verá en la necesidad de seguir adelante el caso y terminarlo, eventualmente, en un sobreseimiento si no prospera su investigación.

A los anteriores controles, deben agregarse normas específicas contenidas en cada una de las facultades, que refuerzan la idea de evitar un uso abusivo o arbitrario de las mismas. Es así como el artículo 168 del C.P.P. exige que la facultad de no iniciar la investigación sea siempre aprobada judicialmente. En el caso del archivo provisional, el inciso segundo del artículo 167 del C.P.P., establece que si se trata de delitos que merecieran pena aflictiva, el fiscal debe someter su decisión a la aprobación del Fiscal Regional.

Según se puede apreciar, a través de estos controles se intenta compatibilizar varios objetivos. Primero, el darle herramientas a la persecución penal para racionalizar la carga de su trabajo. Segundo, permitirle a las víctimas afectadas que formalicen su disconformidad con una querella, y asegurarles que se investigaran los hechos. Tercero, evitar el ejercicio abusivo o ilegal de estas facultades.

Principio de oportunidad en sentido estricto

Finalmente, la última manifestación importante de discrecionalidad de los fiscales, en el ejercicio de la persecución penal, está constituida por el llamado principio de oportunidad u oportunidad en sentido estricto (Artículo 170 del C.P.P.). Se trata de la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que, aún habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público. Expresamente el Código los describe como “un hecho que no comprometiére gravemente el

interés público”.

Como la cláusula de comprometer el interés público puede resultar un tanto ambigua, lo que hace el Código es objetivar dicha facultad estableciendo límites para su ejercicio. En primer lugar, no puede ejercerse respecto de delitos que tengan una pena mínima, asignada por la ley, superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. En segundo lugar, que se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, no importando la pena asignada al delito por la ley.

Así, por ejemplo, tratándose de la primera hipótesis, un fiscal no podría ejercer esta facultad respecto del hurto del artículo 446 n° 2 del Código Penal cuya pena inferior parte de presidio menor en su grado medio. Sí podría ejercerse, en cambio, en el hurto del artículo 446 n° 3 del Código Penal, que establece una pena de presidio menor en su grado mínimo, o respecto de cualquier otro delito que parta de dicha pena, aun cuando pueda ser sancionado con una pena superior.

Esta facultad está orientada a excluir una serie de situaciones, que la práctica de los diversos sistemas ha mostrado, que se presentan comúnmente y en las que, si bien existe un hecho que formalmente se enmarca en la definición de un tipo penal, las circunstancias en que el caso se produce hacen que, desde el punto de vista del interés social involucrado, resulte poco conveniente seguir el camino del proceso y, eventualmente, de la pena. Se posibilita, en cambio, que puedan operar otros mecanismos sociales de solución del conflicto que resultan menos gravosos, o que opere una cierta tolerancia social respecto de hechos sin mayor significación. En definitiva, detrás de ella, hay razones de conveniencia social que permiten al sistema excluir casos en los que no resulta apropiado, político-criminalmente, continuar con la persecución penal.

Situaciones en las que puede resultar posible la aplicación de esta forma de terminación son, por ejemplo, casos de delitos contra la propiedad de objetos de poco valor que ocurren al interior de establecimientos educacionales o laborales, en el contexto de relaciones permanentes entre los involucrados. Otra situación característica puede ser la que se da en cuasidelitos de resultados no

demasiado graves, respecto de terceros, ocurridos en el tránsito, cuando el autor resulta gravemente lesionado, en algunos de estos casos se puede considerar que las lesiones producidas por el hecho son suficiente castigo y que agregar a su sufrimiento una persecución penal puede ser inconveniente desde el punto de vista social, ya que conviene al interés común que la persona se recupere y vuelva a sus funciones productivas y no que sea marginado al extremo.

En general, la oportunidad está diseñada para cubrir delitos de poca monta o bagatelarios, entre los que quedarían cubiertas las faltas, el delito de ultraje público a las buenas costumbres del artículo 373 del Código Penal (utilizado normalmente para detener a prostitutas y travestís), las lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal, los hurtos de especies de poco valor sancionados en el artículo 446 n° 3 del Código Penal, las estafas residuales del artículo 473 del mismo texto, los daños de escasa monta económica contenidos en el artículo 486 del Código Penal, infracciones a la ley de alcoholes como la ebriedad simple del artículo 113 del mismo cuerpo legal, entre otros. En todo caso, aquí, nuevamente, el ministerio público deberá elaborar criterios generales, con cierta periodicidad, conforme a los cuales sus fiscales deberán ejercer esta facultad. La idea es, precisamente, que su ejercicio obedezca a una política formalmente expresada por la institución, a efectos de que sea discutida y controlada públicamente. Volveré sobre este punto en algunos párrafos más.

Como se puede apreciar del análisis precedente, la regulación del artículo 170 del C.P.P., establece una expresión bastante limitada de discrecionalidad con relación al margen de delitos a que se aplica.⁷ Junto con esto, el Código establece un procedimiento más complejo y mecanismos de control más intensos para su ejercicio, lo que tiende a restringir aún más su uso. Esta situación se explica porque, tanto

⁷ Esto no significa necesariamente que porcentualmente se ejerza poco. La cuenta anual a que he hecho referencia previamente indica que dentro del universo del 38% de los casos terminados a la época, un 34% se explica por aplicación del principio de oportunidad del artículo 170. Esta aparente contradicción se explica por el hecho que una porción muy significativa de los ingresos del sistema de justicia criminal se refiere a casos muy menores, como por ejemplo las ebriedades simples penalizadas por la Ley de Alcoholes.

desde el punto de vista de la víctima como de la opinión pública, esta es una facultad mucho más fuerte que las anteriores que he revisado. Pensemos que en los otros mecanismos el sistema le dice a la víctima que no llevará adelante la persecución penal porque no se trata de un delito o bien porque es imposible hacerlo. Aquí, en cambio, estamos en presencia de un delito que, eventualmente, podría ser objeto de una persecución penal exitosa, no obstante lo cual, por razones de conveniencia social, se decide dejar de lado. Además, a diferencia del archivo provisional, que tiene por efecto la suspensión provisional de la persecución penal, la oportunidad produce la extinción de la acción penal, según señala, expresamente, el inciso séptimo del artículo 170 del C.P.P., sin perjuicio de dejar abierta la posibilidad de llevar adelante la persecución de la responsabilidad pecuniaria por el delito cometido, artículo 170 inciso final del mismo cuerpo legal.

En este contexto, al igual que el archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación, la aplicación del artículo 170 del C.P.P. supone que el fiscal dicte una resolución motivada en la que explique las razones que justifican su decisión. Esta resolución deberá ser notificada al juez de garantía competente, quien la notificará a los intervinientes del caso, si los hubiere.

Notificada esta decisión, el juez de garantía dispone de un plazo de diez días en el que, de oficio o a petición de parte, puede dejarla sin efecto cuando considere que el fiscal del ministerio público se ha excedido en el ejercicio de sus atribuciones. Esto, básicamente, en cuanto al marco legal de la misma, es decir, que hubiere aplicado la oportunidad para un delito con pena mínima, superior al señalado por la ley (por ejemplo, a un robo con violencia) o que fuera un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, en un caso de malversación de caudales públicos). El juez de garantía no puede controlar el mérito de la decisión del fiscal, sino sólo la legalidad de la misma.

En todo caso las víctimas, que se sientan afectadas por esta decisión, también tienen dos vías para oponerse a esta decisión del fiscal: la judicial y la interna.

Se suma al control que de oficio puede realizar el juez de

garantía, la posibilidad que tiene la víctima de manifestar, dentro de los diez días siguientes a la notificación que se realiza al juez por parte del fiscal, su interés por la persecución penal. Esta disconformidad puede ser manifestada por cualquier medio, escrito u oral, y obliga al juez de garantía a dejar sin efecto la resolución del ministerio público y, consiguientemente, a continuar la investigación de acuerdo a las reglas generales. La idea, en este caso, es que, frente al reclamo de una víctima que se sienta afectada directamente por la decisión de no seguir adelante, prime este interés para no generar una sensación de impunidad y de desprotección ante el sistema, por decisiones de conveniencia adoptadas por la fiscalía.

La segunda posibilidad es que las víctimas recurran administrativamente ante el superior del fiscal respectivo, facultad que pueden ejercer hasta 10 días después de vencido el plazo para reclamar ante el juez de garantía. En este caso, las autoridades deberán chequear dos aspectos: Que la oportunidad ha sido ejercida dentro del margen de legalidad permitido por el Código; y, también, dentro del marco de las instrucciones de carácter general establecidas en el ámbito institucional para su ejercicio. Si se entiende que el fiscal ha excedido la ley o las instrucciones generales del ministerio público, se revoca la decisión y se continúa con la persecución penal de acuerdo a las reglas generales.

En relación con esto último, según ya había anticipado, está facultad se debe ejercer de conformidad a los criterios generales de actuación que determine el ministerio público. No se trata de que cada fiscal, de manera separada, determine una política de persecución penal, sino que ésta se adecue a la evaluación que realicen las autoridades, acerca de los recursos disponibles de la institución, y a las guías y pautas de actuación que éstas entreguen a los fiscales en particular. Estas guías o pautas de actuación deberán ser públicas y discutidas al interior de la institución con una periodicidad, al menos, anual. Ello lleva a que su ejercicio sea controlable públicamente y por las autoridades de la institución, de acuerdo con el cumplimiento de los objetivos predeterminados para su ejercicio. Lo que se busca es que esta facultad sea ejercida en términos igualitarios para las mismas categorías de delitos y de una manera que sea socialmente útil, para el

adecuado funcionamiento del sistema de justicia criminal.

Un gran desafío en la materia, por parte de la fiscalía nacional, es elaborar una política que permita un ejercicio intenso de esta facultad, pero en términos de ser transparente, igualitaria y flexible. Una política que pueda ser lo suficientemente específica como para entender que detrás de algunas mismas categorías de delito se esconden situaciones muy distintas, algunas merecedoras del uso de la oportunidad y otras no, y que sea capaz de recoger las particularidades que tiene el fenómeno criminal en el ámbito local en las distintas regiones del país. En este sentido me parece criticable el Instructivo n° 35⁸ de la fiscalía nacional, el que parece ser una descripción general y teórica de la facultad del artículo 170 y no un conjunto de directrices que establezcan una política criminal para el uso de la oportunidad en sentido estricto.

REFLEXIONES FINALES: HACIA UNA EVALUACIÓN PROVISIONAL DE SU FUNCIONAMIENTO

El Código Procesal Penal representa un avance significativo respecto al reconocimiento del carácter, esencialmente, selectivo que tienen los sistemas de justicia criminal en relación con lo que ocurre en el Código de Procedimiento Penal inquisitivo. Este reconocimiento permite, al ministerio público, ejercer facultades para seleccionar casos en etapas muy tempranas de la persecución penal y así ahorrar recursos escasos para poder investigar y sancionar los casos socialmente más relevantes. En este sentido, se puede afirmar que el Código nuevo le ha entregado al ministerio público la llave de ingreso de casos al sistema, permitiéndole, así, desarrollar una política de control de la carga de trabajo, única forma de generar condiciones para que la permanente presión de trabajo que tienen los sistemas de justicia criminal pueda controlarse y pueda permitir, a los operadores del mismo, funcionar dentro de parámetros razonables de eficiencia y calidad.

El problema principal, para que se pueda cumplir con los objetivos presupuestados, es que el sólo cambio legal no asegura que

⁸ Véase Instructivo n°35, que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad, en *"Reforma Procesal Penal: Instrucciones Generales"* n° 26 a 50. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2.001, pp. 179 a 190.

las facultades descritas se ejerzan intensa y adecuadamente. De hecho, uno de los problemas que pueden apreciarse en los primeros meses de funcionamiento de la reforma es una sub-utilización de los mecanismos analizados precedentemente. Las cifras de la cuenta pública del año 2001 indican que ellas se han utilizado en sólo cerca del 30% del total de ingresos del sistema. Cifras más recientes (hasta el día 16 de septiembre) indican que del total de casos ingresados (55.342) un 53,18% se encontraba terminado (29.431) incluyendo en dicho porcentaje todas las causales de término, es decir, que el porcentaje de casos en los que se utilizaron estas facultades es inferior al 50%. De hecho, sumadas las tres instituciones es posible notar que ellas sólo representan un 36,34% del total de término (Archivo provisional un 15,18%, facultad de no iniciar la investigación un 4,2% y oportunidad un 16,96%). En ambos casos, las cifras dan cuenta que las facultades se estarían utilizando muy por debajo de la cifra proyectada originalmente (cercana al 70%).

Existen varias razones que podrían justificar la situación descrita. La primera de ellas dice relación con la relativa limitación normativa de las facultades que hemos analizado. En efecto, según se ha podido apreciar, en materia de Derecho Comparado, existen muchas otras posibilidades de selección de casos por parte de los fiscales que no se recogieron en nuestro Código Procesal Penal. No obstante lo anterior, este argumento no permite explicar la escasa utilización de estos mecanismos ya que los cálculos iniciales se realizaron, precisamente, teniendo en mente las limitaciones legales chilenas.

Un segundo argumento que podría darse para explicar la poca utilización de estas facultades está en que, debido a que el sistema no ha llegado a un estado de régimen (estado de funcionamiento normal con plena carga de trabajo), la presión por el uso de estas herramientas ha sido más baja de lo que se debiera esperar en un futuro próximo, cuando el sistema opere con niveles de trabajo mayor. Me parece que este segundo argumento es acertado para explicar, en parte, el fenómeno descrito en un momento inicial de funcionamiento de la reforma; sin embargo, no permite explicar la magnitud de la situación actual, frente a la preocupación que las autoridades del ministerio

público han manifestado en relación con el excesivo trabajo que han enfrentado los fiscales.⁹ Así, el ministerio público planteó, a pocos meses de inicio de la reforma, que la carga laboral de los fiscales exigía un aumento de los mismos, logrando un aumento de la planta originalmente considerada en ambas regiones. Esto da cuenta de que los fiscales han estado sometidos a una presión laboral desde hace varios meses, que debiera haberse ya traducido en un ejercicio más intenso de las facultades en estudio, cosa que, como hemos visto, no ha ocurrido.

En definitiva, estos dos primeros argumentos permiten explicar, parcialmente, la sub-utilización de los mecanismos en estudio, pero no logran dar cuenta de la totalidad del fenómeno que, en mi opinión, obedece a causas adicionales.

En este contexto, me parece que el principal problema en la no utilización intensa de estas facultades por parte del ministerio público se encuentra en lo que podría denominarse como un problema de carácter cultural, es decir, un problema vinculado a la falta de comprensión acerca de los objetivos y del rol que cumplen los mecanismos de descongestión en el nuevo sistema. Un ejemplo claro de lo anterior está constituido por la orientación general de los instructivos del ministerio público en la materia. Así, de acuerdo al análisis que he realizado precedentemente, se puede apreciar que los instructivos recomiendan prácticas que no resultan completamente funcionales a un uso amplio y extensivo de estos mecanismos. Por el contrario, se trata de instrucciones que tienden a crear trámites o procesos de trabajo adicionales a los que un uso rápido de estas facultades aconsejan, todo ello, limitando las posibilidades reales de ser aplicadas.

A lo anterior, es necesario agregar un medio ambiente fuertemente jerarquizado y de mucho control al interior del propio ministerio público, lo que se traduce en una reducción del espacio del que disponen los fiscales para el ejercicio de estas facultades. Como apunté, ello no se produce debido a la regulación normativa de estas

⁹ Así, por ejemplo, véase las declaraciones de la fiscal regional de la IX región en, "*Críticas a la Reforma Procesal Penal son injustas*", Diario Austral de Temuco, 18 de marzo de 2001.

instituciones, sino por la idea cultural que hay detrás de su uso en las autoridades superiores de la institución. Esta situación puede ser muy problemática cuando la reforma entre en vigencia en regiones con mayores niveles de población e índices de criminalidad, ahí un inadecuado manejo de la carga de trabajo podría traducirse en un colapso del sistema.

Me parece que una de las ideas detrás de las políticas actuales del ministerio público, que perjudican un uso más amplio de las facultades de selección de casos, es una errada concepción acerca de las posibilidades reales que tiene la investigación criminal. Dicha concepción puede ser denominada “el mito de la investigación eficaz”, es decir, la creencia de que la investigación criminal puede ser eficiente en la investigación de delitos comunes y corrientes respecto de los cuales no existen datos en los momentos iniciales de la persecución penal. Dicho mito no corresponde a la realidad del funcionamiento del sistema y tiende a generar una comprensión burocrática del proceso de investigación criminal. Otra idea fuerte detrás de estas prácticas, es la de entender el proceso de investigación criminal como un conjunto burocrático de trámites que deben siempre ser cumplidos, antes de adoptar cualquier decisión. Esto tiende a alargar las investigaciones criminales, aún cuando de antemano se tiene claro que ello no llevará a ningún resultado productivo.

Estas lógicas deben cambiar fuertemente para lograr el objetivo de racionalizar la carga de trabajo del sistema. Para un uso extenso de los mecanismos en análisis se requiere, en primer lugar, una voluntad política de la institución. Esto, no sólo significa el promover a estos mecanismos, sino que dar respaldo a los fiscales frente a innumerables problemas que puedan tener en su utilización. Supone asumir los costos políticos que pueda tener una decisión errada en un caso específico, entendiendo que detrás de ella pueden haber cientos o miles de casos en los que las decisiones han sido correctas.

A partir de una voluntad política, es necesario construir un sistema orientado al uso amplio de las facultades. Un primer componente es contar con un sistema de evaluación de denuncias sofisticado, ya que la decisión oportuna y de calidad para el ejercicio de los mecanismos de selección de casos pasa por la construcción

de éste. La evaluación inicial de las denuncias constituye una fase clave en el nuevo sistema. Para lograr esto, es imprescindible que los fiscales no sólo tomen y se comprometan con decisiones de calidad sobre el caso, por ejemplo de archivar o no continuar la investigación, sino que, también, que esas decisiones sean adoptadas en forma rápida, evitando la prolongación excesiva de los procesos y el consiguiente desgaste de recursos humanos y materiales, siempre escasos, que ello provoca. En definitiva, el objetivo del sistema de evaluación de denuncias es evitar que los fiscales eludan la responsabilidad de tomar decisiones relevantes en forma rápida y, en cambio, sólo adopten medidas que signifiquen alargar injustificadamente el proceso, como, por ejemplo, lo que ocurre en muchas ocasiones en el sistema actual, cuando se solicitan órdenes de investigar en casos respecto de los cuales se sabe de antemano que no se obtendrán resultados positivos, o cuando se solicita que el denunciante comparezca a ratificar su denuncia como requisito para iniciar la investigación de los hechos. Situaciones de este tipo llevan a la burocratización de la etapa de investigación y a su extensión temporal injustificada, todo ello con un importante desgaste de los muy limitados recursos disponibles para la persecución penal y, además, con altos costos en la legitimidad del sistema, problemas que precisamente se intentan evitar en el nuevo esquema procesal.

Junto con lo anterior, es necesario dotar a los fiscales de todas las herramientas administrativas, de gestión, de organización del trabajo y de capacitación que les permitan actuar de conformidad a esos objetivos. Por ejemplo, la creación de programas computacionales de apoyo para la evaluación de los casos, sistemas administrativos orientados a prestar servicios de alta calidad en los primeros momentos en los que se reciben las denuncias por parte del ministerio público, una organización del trabajo de fiscales que intente lograr especialidades en las destrezas de evaluación, etc.

Me parece que en la medida que estas condiciones sean trabajadas por el ministerio público, el gran avance normativo del nuevo Código se puede reflejar en la práctica en un mejor sistema de administración de justicia penal.

NEGOCIACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Francisco Cox

Abogado, LL.M Columbia University.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el tema de la negociación en nuevo proceso penal y su importancia. Para ello analizo los distintos objetivos que cada actor busca al negociar en el contexto de una investigación criminal. Posteriormente reviso las distintas funciones que tanto el fiscal como el defensor pueden cumplir en una negociación. También presento las distintas estrategias por las cuales se puede optar, para finalmente dar algunas luces sobre cuál escoger.

INTRODUCCIÓN

El nuevo proceso penal ha introducido instituciones que dan pie para un grado de discrecionalidad para quien ejerce la acción penal que hasta ahora no estaba reconocida de manera explícita, ni como un elemento central para el efectivo funcionamiento del sistema. Estoy hablando principalmente de la suspensión condicional del procedimiento y de los acuerdos reparatorios. En efecto, estas instituciones dan pie para una etapa en el proceso que era relativamente desconocida a nivel nacional¹: la negociación con quien tiene el monopolio de la acción penal. A estas dos instituciones habría que agregar el principio de oportunidad, el archivo provisional y el procedimiento penal.

¹ Habría que relativizar esta afirmación ya que al menos en los procesos ante el Servicio de Impuestos Internos y tribunales aduaneros se daba pie para poder negociar la acción penal. Ver el artículo 7 letra f de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

Si bien es cierto que existía en el ejercicio profesional la negociación antes de la presentación de una querrela o una vez interpuesta para obtener un desistimiento, o con el Servicio de Impuestos Internos y la Dirección General de Aduanas a fin de que no ejercieran la acción penal; no es menos cierto que ello no constituía un elemento central del proceso ni cumplía una función racionalizadora de la respuesta penal, como se pretende con la incorporación expresa de estas instituciones.

En efecto, su introducción en el nuevo proceso penal abre la puerta y crea incentivos para que las partes: fiscal (víctima) y defensor, negocien el resultado de la investigación criminal.

Esta nueva situación pilla a los abogados nacionales relativamente mal parados, la mayoría de las escuelas de Derecho no cuentan con programas de negociación, y aquellas que los incluyen generalmente no desarrollan destrezas en el área penal. La importancia que la negociación tendrá en el futuro queda en evidencia al ver un sistema que la tiene incorporado desde al menos 100 años, aunque con una mayor aceptación a partir de los años 20 del siglo XX: Me refiero a los Estados Unidos.² A modo de ejemplo, en Brooklyn y Manhattan para 1926 el 90 % de las condenas eran producto de *plea bargaining*.³ De ahí que sea pertinente analizar el tema de la negociación en materia penal, para ello recurriré a la experiencia norteamericana. Cabe mencionar que no existe una completa identidad entre *plea bargaining* y la suspensión condicional y acuerdos reparatorios, ya que de conformidad con la institución anglosajona el imputado se declara culpable y justamente una de las ventajas de la suspensión condicional y de los acuerdos reparatorios es que ello no es así. Donde sí existe similitud es en el proceso de convencimiento que se intenta sobre el fiscal, para que "vea" que no tiene un caso.

² Sobre la Historia del Plea Bargaining ver Alschuler Albert, "Plea Bargaining and Its History" en *Columbia Law Review*, Vol. 79 January 1979 No. 1. Este artículo el autor desmitifica la supuesta inmemoriabilidad del plea bargaining, afirmando que en los Estados Unidos a partir de mediados del siglo XIX se comenzó a aceptar el plea bargaining.

³ Ibid. Página 18.

OBJETIVOS DE LA NEGOCIACIÓN EN MATERIA PENAL

Los objetivos que se buscan con la negociación dependerán de los distintos actores del proceso, por lo tanto intentaré analizarlos desde el punto de vista de éstos.

El objetivo de la negociación desde el punto de vista del sistema es ser capaz de procesar la mayor cantidad de casos con el menor costo posible, con respeto de las garantías y las condiciones de validez del sistema.

En tanto que desde la del fiscal, además de los del sistema, es hacer "justicia" en el caso que tiene ante sí.

Por último, se debe meter en la película al imputado y su defensor; que muchas veces irán en la misma dirección, pero en ocasiones ello no será cierto. A fin de simplificar un poco las cosas diremos que el objetivo es obtener el mejor arreglo posible para su cliente, por ejemplo, la menor alteración en la vida del imputado, pudiendo ser menos pena, evitar la exposición pública,⁴ menores consecuencias patrimoniales, evitar estigmatización, el tipo de delito por el cual es acusado, no conocer el interior de una cárcel, etc. Ya veremos que a veces los intereses del abogado puede ir en contra de los intereses del cliente.

Desde el punto de vista del sistema, ya hemos dicho, que lo que se busca es ahorrar tiempo y recursos y velar por el respeto de las garantías. El debilitamiento de este último objetivo podemos decir que es justamente una de las áreas más criticadas por la doctrina en los Estados Unidos. Las críticas dicen que los criterios de eficiencia económica están dominando el sistema criminal americano y con ello se ha producido un debilitamiento de las garantías del imputado, partiendo por la garantía de ser juzgado en un juicio público y por sus pares.

⁴ En los delitos de cuello blanco es muy posible que justamente lo que más le preocupe a la persona sea la exposición pública con el consiguiente daño a su imagen, lo que puede afectar su reputación y confiabilidad en el mercado, con lo cual el mayor incentivo puede ser evitar un juicio público. Para una aguda reflexión sobre la defensa de los delitos de cuello blanco ver Mann Kenneth, *Defending White Collar Crime*, Yale, 1985.

Junto con lo anterior, se afirma que muchas veces los inocentes aceptan una condena menor a aquella por la cual están siendo acusados justamente porque el fiscal al tener un caso débil estará dispuesto a dar mayores concesiones que en un caso fuerte, estas mayores concesiones constituyen incentivos difíciles de resistir puesto que es seguro, en tanto que el juicio siempre tiene una cuota de incertidumbre, sin importar que tan fuerte es el caso de la defensa².

Uno podría esperar que sea el juez quien sirva de resguardo para los inocentes, el problema es que en Estados Unidos los jueces son parte del problema. Ello ocurre porque el juez también “perderá” tiempo en el juicio, tendrá que estar sentado escuchando un juicio por cierto tiempo, lo que le resta tiempo para otros casos que considere más importantes, con lo cual él o ella también tiene incentivos para hacer “funcionar” rápido a la máquina.

En el sistema Chileno puede ser que el juez vea estos incentivos disminuidos por la distribución de funciones que existe entre los de garantía y los de juicio oral. Sin embargo, es probable que a medida que el sistema comience a funcionar y en cierta medida a saturarse, los jueces de garantía comenzarán a sentir la presión de sus pares, de la opinión pública y de los otros actores para no convertirse, en una “traba” para el funcionamiento eficiente del sistema.

Otro objetivo del sistema es comunicar su política criminal. En efecto, a través de la negociación y dado que en Chile las distintas salidas alternativas o lo que se puede negociar tiene techos en relación con la penalidad, la percepción será que aquello en lo cual se permiten suspensiones condicionales, acuerdos reparatorios, procedimientos abreviados o el ejercicio del principio de oportunidad, serán delitos de menor relevancia social. Esto, en mi opinión, debiera cambiar, puesto que la negociación y las salidas alternativas pueden ser un mecanismo eficiente para investigar delitos más graves. Es cierto que a través de la calificación que se haga de la participación del imputado se podría bajar en grados hasta llegar a los techos. Sin embargo, todavía está por verse que tanta flexibilidad darán los jueces de garantía los fiscales y abogados defensores o imputados en la presentación de los hechos para llegar al umbral necesario.

² Ver op.cit. supra nota 2, pág. 64.

Los objetivos para el fiscal son, por una parte, disminuir su recarga de trabajo, con lo cual despachar rápidamente el caso puede ser uno de los principales objetivos que busca el fiscal⁶. También puede buscar aumentar sus porcentajes de condenas. En muchas fiscalías será predecible que la reputación de un fiscal se basará sobre este elemento. Por otra parte, un fiscal con un alto porcentaje de condenas y confirmación de las penas solicitadas por ella, llegará con un gran poder relativo a la mesa de negociaciones.

Un elemento que se debe tener en cuenta, pues puede afectar los objetivos que se busque con la negociación, es lo que en teoría de juegos se llama los *jugadores repetidos*. Tanto el fiscal como los abogados defensores y los jueces, se verán una y otra vez litigando casos, con lo cual la reputación de cada uno frente a los otros es un activo que a todos interesa resguardar. De ahí que el fiscal, pero también el defensor, pueda buscar como objetivo el reafirmar (o cambiar) su reputación de duro, de blando, de justo, de excelente litigador, mal o buen negociador, etc.

Este aspecto no debe ser desestimado, por el contrario es un factor de suma importancia; pudiendo llegar a afectar el resultado de la negociación. En algunos casos será probable que una de las partes tenga un caso débil, pero el prestigio del abogado puede forzar una negociación.

Este factor, tanto respecto del fiscal como del defensor, presenta el siguiente dilema: ¿velar por los intereses del caso que tiene ante sí ahora o pensar en el impacto que el presente caso puede tener en casos futuros? Tanto el fiscal como el defensor deben hacerse esta pregunta cada vez que entran a conversar. El fiscal por una parte viene con una reputación, en virtud de esa reputación el defensor va a esperar un determinado resultado para su caso. El fiscal debe pensar si satisface las expectativas que ha generado su reputación, con lo cual se hace predecible su actuar, algo que para un negociador puede ser fatal, o por el contrario, hace algo impredecible. Sin embargo, es probable que en el caso concreto el resultado más acorde con la norma es

⁶ Tan importante es este objetivo que un abogado defensor que sepa exactamente la carga de trabajo de un fiscal y su agenda tendrá una ventaja sobre éste al momento de negociar.

justamente aquella que reafirmará su reputación. Si el fiscal opta por esta alternativa, puede afectar sus futuros casos y su reputación.

Lo que ocurre aquí es algo que también ha analizado la teoría de juegos, el uso de estrategias puras y mixtas. Estrategia es la "descripción completa de una forma determinada de jugar, independiente de lo que hacen los demás jugadores y de la duración del juego. Una estrategia debe prescribir las acciones a realizar detalladamente, que nunca haga falta tomar una decisión al seguirla."⁷

Si bien esta definición puede ser un poco rígida para el caso de la negociación en materia penal, toda vez que es posible ir adecuando la estrategia de acuerdo al comportamiento de los otros actores (por ejemplo nos hacen saber de manera bastante irrefutable lo fuerte que es su caso), lo cierto es que el fiscal, y para esos efectos el defensor también, deben decidir muchas veces sus jugadas sin tener muy claro que va a hacer la otra parte.

Es cierto que en un juego continuado, como es la negociación, existirán fórmulas para develar la estrategia de la contraparte. Una estrategia pura significa jugar siempre al mismo resultado, por ejemplo siempre pedir prisión preventiva, siempre acusar por el delito más grave o siempre pedir el máximo de la pena, o nunca dar suspensión condicional por ciertos delitos o sólo ofrecerla a partir de cierta etapa de la investigación, como se dijo anteriormente, el problema con esta estrategia es que se torna predecible, lo que permite al adversario anticiparse a la jugada.

Por el contrario, una estrategia mixta incorpora el elemento aleatorio. A primera vista pareciera ser que conviene adoptar una estrategia mixta al negociar en materia penal, de esta forma no se hacen predecible los resultados de la negociación, con lo cual la parte tiene todavía oculta su estrategia, su teoría del caso.

Resulta difícil obviar el efecto que tendrá la negociación de un caso en los venideros. La respuesta a la pregunta a qué debe darsele prioridad, al caso que se tiene ante sí o a los efectos que tendrá esta

⁷ Poundstone William, *El dilema del Prisionero*, Alianza Editorial, 1995, Madrid, España, página 78.

negociación en casos futuros, es una pregunta sumamente complicada de responder. Por una parte está el interés de la víctima o imputado actual y por otro está el deber de no debilitar nuestra postura en el futuro, nuestro deber a víctimas o imputados futuros. En otras palabras "el resultado de emplear la mejor estrategia para esa negociación en concreto, será por definición, el mejor resultado para ese caso. Sin embargo, el resultado agregado de una serie de negociaciones empleando la mejor estrategia para el caso particular puede no resultar en la solución agregada mejor después de una serie de negociaciones".⁸

Sobre los objetivos del defensor y el imputado ya hemos dicho algunas palabras, solo cabe agregar que el defensor, en especial si es uno del sistema público, tendrá el mismo incentivo de despachar casos con relativa rapidez.

EL FISCAL Y SU FUNCIÓN DENTRO DE LA NEGOCIACIÓN

Resulta evidente, que el fiscal es un actor fundamental dentro de la negociación, un defensor deberá influir sobre ella para lograr avanzar los intereses de su cliente logrando el mejor resultado para él o ella. Por consiguiente, resulta importante saber qué postura puede tomar un fiscal frente a un caso. Para ello seguiré a Alschuler en lo que ya constituye un clásico de la literatura sobre el Plea Bargaining: "The prosecutor's Role in Plea Bargaining"⁹.

De acuerdo con este autor, el fiscal puede asumir los siguientes roles:

- El fiscal como Administrador.
- El fiscal como Abogado.
- El fiscal como Juez .

⁸ Vanover Joseph, "Utilitarian analysis of the objectives of criminal plea negotiation and negotiation strategy choice." En *Journal of Dispute Resolution*, 1998, Curators of the University of Missouri, página 186, la traducción es mía.

⁹ Alschuler Albert, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining" en *The University of Chicago Law Review*. Vol. 36:50, 1968.

El fiscal como Legislador.

Para mostrar los distintos roles a nivel nacional recurriré a los instructivos, aún cuando no son el mejor ejemplo de roles asumidos en negociaciones puesto que no se dictan en ese contexto, pero al no contar con información empírica sobre el comportamiento de los fiscales en dicho marco sólo cabe recurrir a los instructivos que le señalan a los fiscales cómo comportarse.

El fiscal como *administrador* intenta maximizar sus recursos y los del sistema. Recuerde que el fiscal será evaluado no sólo por ser un gran jurista, sino por ser capaz de responder a las demandas sociales y en este sentido una de las demandas es que se hará uso racional de los recursos disponibles. De ahí que cuando el fiscal esté frente a un caso debe hacer un análisis costo beneficio del siguiente tenor: Cuanto le cuesta al sistema este caso y qué sacamos con este caso.

Esta función del fiscal está reconocida en diversos instructivos que ha emitido el fiscal nacional, especialmente en aquellos referentes a las salidas alternativas y ejercicio del principio de oportunidad. Así por ejemplo, el Fiscal Nacional cita el mensaje del Ejecutivo en el sentido que " el examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada, muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituyen el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus **siempre limitados recursos**."¹⁰ La prensa también espera que este factor sea tomado en cuenta, solo basta recordar las críticas porque el primer juicio oral fue por un robo de dos botellas de bebida. Críticas que no se hacen al sistema antiguo cuya transparencia es casi inexistente, con lo cual muchas personas son condenadas por robo con intimidación, por robar dos bebidas y nadie se cuestiona cuanto le cuesta eso al Estado.

¹⁰ Ver Ministerio Público Fiscalía Nacional, Reforma Procesal Pena, Instrucciones Generales No. 26 a 50, editorial jurídica de Chile, 2001, Instructivo No. 36, Página 192

Según mencionara anteriormente, este rol del fiscal es lo que ha llevado al apogeo del *plea bargaining* en los Estados Unidos, de acuerdo con la información contenida en www.attorneygeneral.org/pca.html, el 95% de los casos fue decididos de esta manera. A medida que se vaya implementando la reforma en todo el país la recarga de trabajo hará que los fiscales consideren con mucha seriedad este factor, de lo contrario, dirán algunos, el sistema va a colapsar.

El fiscal como *abogado*. Según la tipología de Alschuler, en este caso el fiscal busca aumentar el número de condenas y la gravedad de las penas impuesta. Aquí es donde el carácter adversarial del nuevo sistema cobra más fuerza. En cada juego los jugadores quieren ganar, en un sistema adversarial ganar significa satisfacer las expectativas puestas sobre el jugador. En materia criminal hoy en día parece ser que lograr condenas es lo que se espera de un fiscal. Con lo cual es probable que de considerar un fiscal solamente este rol, solo aceptará suspensiones condicionales, acuerdos reparatorios, procedimiento abreviado y ejercería el principio de oportunidad sólo cuando tiene un caso débil que difícilmente sobreviviría en juicio. En otras palabras, intentará sacar del caso lo más que pueda de él, como si fuera un limón. En este sentido es fundamental el record que el fiscal tenga de juicios ganados o perdidos para que el defensor y el imputado realmente le teman y estén dispuestos a tomar un acuerdo malo, pero seguro; antes que un juicio bueno, pero incierto.

Lo anterior puede incorporar distorsiones al sistema que afecten de manera negativa la percepción del mismo y generen injusticias al sancionar a inocentes que estén demasiado asustados como para arriesgarse a ir a la incertidumbre del juicio.

Por su parte, el fiscal actúa como *juez* cuando intenta hacer lo justo para el caso concreto. Aplica la norma de acuerdo con lo que su criterio de justicia le dicta o como si fuera un actor independiente y no una parte del conflicto. Al parecer este rol está detrás del principio de objetividad que se incorporó en el artículo 80 a de la Ley Orgánica del Ministerio Público y la exigencia establecida en el artículo 3 del nuevo código procesal penal (C.P.P.)

De igual forma, el Instructivo número 51 asume el rol de juez. En efecto, al referirse al amparo, indica "Sin embargo, nuestra tesis es distinta y consiste en que incluso aquellas detenciones contra las cuales es procedente el amparo especial del artículo 95, están y siguen estando amparadas por el reclamo constitucional del artículo 21 de la Constitución, por lo que es posible que el detenido en vez de reclamar al juez correspondiente conforme lo establecen los artículos 21 de la Constitución y el 63 del Código Orgánico de Tribunales (C.O.T.), de modo que no es correcto sostener que el juez de garantía tiene facultad exclusiva de conocer del amparo previsto en el artículo 95 del nuevo C.P.P."¹¹ El que el imputado cuente con más instrumentos procesales para reclamar de la legalidad de su detención, no favorece la labor de la fiscalía, al menos desde el punto de vista de su rol como abogado, por el contrario le hace más difícil su labor. Pero aún así el Fiscal Nacional estima que esa es la interpretación objetiva, correcta, justa y la defiende instruyendo a los fiscales cómo debe interpretar la ley.

Cuando el fiscal asume este rol puede mitigar los efectos negativos que veíamos de un exceso de preponderancia del rol fiscal abogado. En efecto, al adoptar esta función el fiscal buscará la solución justa con lo cual si considera que la persona es inocente no debe seguir adelante con la investigación, aun cuando pudiera obtener una suspensión condicional. Un aspecto al menos problemático es si, al asumir este rol, el fiscal puede satisfacer las expectativas que el Estado tiene de él o ella. El sistema parece estar diseñado de forma tal que cada parte tire para su lado y que sea un tercero el que decida quien ganó. Por lo tanto, si una de las partes tiene que estar siempre repensando su postura y velar por los intereses de la contraria se puede producir un desequilibrio favoreciendo a ésta.

Sin lugar a dudas que no se debiera estimar como un triunfo, para la fiscalía, el pedir la condena de un inocente, pero ocurre que en aquellos casos en que el fiscal tiene dudas y no certezas, ¿no es acaso función del abogado defensor mostrar las debilidades del caso y convencer al fiscal que si va a juicio va a hacer el ridículo?

¹¹ En www.fiscalianacional.cl/explorar/instructivos/instructivo51.htm, entrada el día 10 de octubre de 2001.

Por último, el fiscal a veces actúa como *legislador*. Esta función es la que asume en aquellos casos en que está en desacuerdo con la legislación que sanciona una determinada conducta, o desaprueba la penalidad de la misma, razón por la cual opta por ofrecer un arreglo imponiendo su visión de cómo debiera ser valorada la conducta en cuestión. Posiblemente esta función será ejercida por los fiscales sin que se reconozca en público, pero que esta función ejercerá alguna influencia sobre el resultado de algunos casos parece difícil de negar.

LA FUNCIÓN DEL DEFENSOR DENTRO DE LA NEGOCIACIÓN

Los roles que asume el defensor son más acotados que aquellos del fiscal. Esto se puede explicar por ser abogado de una persona y por consiguiente su función será velar por sus intereses de manera tal que le asegure el mejor resultado posible.¹² Dicho lo anterior, cabe mencionar algunas funciones que cumple el defensor en pos de lograr el objetivo de velar por los intereses de su cliente.

- El defensor como asesor técnico.
- El defensor como muralla.
- El defensor como saca muelas.
- El defensor como disipador.
- El defensor como colaborador.
- El defensor como administrador.

En primer lugar, el defensor debe ser el *asesor técnico* del cliente. Algo que parece sumamente evidente dada la relación que existe entre uno y otro. No obstante lo evidente que ello parece, esto toma carices interesantes cuando se produce una disociación entre el mejor arreglo para el cliente, en sentido técnico, y los intereses de éste. Un ejemplo nos permitirá graficar dicha situación. Existen ocasiones en las cuales el cliente no desea el mejor arreglo por

¹² Simplemente quiero volver a llamar su atención sobre el hecho que el abogado puede a veces traicionar al cliente actual por el bien de los futuros.

consideraciones supraleales, como fue el caso del Unabomber¹⁵. En este caso los abogados estimaban que la mejor estrategia para el caso era que se declarara loco o demente, sin embargo el cliente deseaba que se le presentara como un delincuente político. En casos como este se pone en jaque la relación abogado cliente. ¿Cuál es el rol del abogado, velar por los intereses de su cliente o hacer lo que el cliente quiere?

Otro rol que puede cumplir el abogado defensor es la de "muralla". En efecto, en cierto tipo de delitos la mayor cantidad de información la tendrá el imputado o personas que pueden ser dependientes de él o con quienes tiene relaciones de trabajo. El abogado en este tipo de delito cumple una función de tapón al acceso de la información por parte del fiscal.

Con la intervención del abogado se buscará evitar un contacto directo entre el fiscal y el imputado, mientras antes intervenga el abogado defensor mejor para el control de la información: un aspecto fundamental en cualquier negociación. Esta función, el abogado, la debe cumplir de manera vigorosa puesto que muy probablemente el fiscal buscará herramientas para llegar a esa información para estar en una mejor posición a la hora de negociar.

El abogado defensor como un "sacador de mielas". En esta función el abogado defensor participará en las negociaciones intentando obtener la mayor información posible del caso del fiscal. En este sentido, el defensor deberá diseñar una estrategia de negociación que pueda encaminarse al logro de ese objeto. Las garantías pueden ser un excelente instrumentos para ello. Así por ejemplo, una invocación general del derecho a la no autoincriminación puede no ser la mejor estrategia. En efecto, valiéndose de la oportunidad de invocar este derecho el abogado puede indicarle a su cliente que al momento de concurrir a la oficina del fiscal, invoque la garantía respecto de preguntas específicas de manera tal que se vaya observando hacia donde va el caso, qué tiene el fiscal, qué le falta, etc. Analizaré más adelante las distintas estrategias de negociación, ahora

¹⁵ Me refiero al hombre que enviaba cartas bombas por estar en contra de la sociedad tecnológica.

simplemente quiero llamar la atención sobre la importancia de esta función del abogado defensor.

En tanto que el defensor como un *disipador* de recursos es directamente opuesta a la función de administrador del fiscal. Como recordarán una de las preocupaciones del fiscal y del sistema es el gasto de recursos, pues bien, un buen abogado defensor (y con los recursos suficientes) puede convertirse en una verdadera pesadilla para el fiscal en este sentido. El ejercicio fuerte de las garantías, la solicitud de múltiples audiencias, la solicitud de diligencias investigativas (artículo 183 del Código de Procesal Penal), etc. son todos elementos que pueden crear incentivos para que el fiscal intente negociar una salida alternativa.

Obviamente el abogado defensor deberá cuidar de no hacer que el fiscal ya haya pagado el mayor de los costos al tener que asistir a distintas audiencias o practicar diligencias, de manera tal que el juicio ya no parezca tan costoso. A su vez, el defensor en muchas ocasiones tendrá que cumplir la función de *administrador* de recursos, puesto que también deberá considerar el factor costos, cantidad de casos, tiempo, etc.

Pero no todas las funciones del defensor son tan contradictorias como las que he estado enunciando, es posible prever que el defensor también puede cumplir una función de *colaborador* con el fiscal. Lo anterior estará dado por la estrategia de negociación que el defensor diseñe. Si su estrategia es proporcionar información a fin de demostrar que su cliente no está involucrado en los hechos la función será la de un colaborador y un canal de comunicación.

También el defensor podrá cumplir una función de colaboración en casos en que su cliente sea culpable, pero cuyo rol dentro del delito sea más bien menor, por lo cual la fiscalía puede tener incentivos para ofrecerle un acuerdo a cambio de información y la colaboración de esta persona. Por ejemplo, declarar en contra de otro acusado. A fin de hacer esta condición ejecutable la fiscalía debe ser capaz de incluirla dentro de las condiciones del artículo 238 del Código de Procesal Penal a fin de que sea aplicable el artículo 239 (revocación) del mismo cuerpo legal de forma tal que una vez logrado

el acuerdo de la suspensión se mantenga el incentivo del acusado de prestar su colaboración.

Un posible problema que se puede enfrentar en este caso es que se estime que de acuerdo con el artículo 5 del Código Procesal Penal, que prescribe que “No se puede citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”, estaría vedada la posibilidad de imponer como condición del artículo 238 del Código Procesal Penal al no estar expresamente prevista, la condición de colaboración. Sin embargo, un fiscal actuando como abogado podrá argumentar que la restricción del artículo 5 del Código Procesal Penal no es aplicable a la situación bajo análisis porque no existe restricción a la libertad personal y por lo tanto no tiene porque interpretarse que las condiciones previstas en el 238 del Código Procesal Penal sean exhaustiva y deban, por ende, estar previstas en la ley.

Cualquiera sea la postura que se defienda, creo que tarde o temprano esta discusión se va a dar y tendrá que ser decidida por los tribunales. Se necesita crear incentivos reales para que “los sopladores de pito” u “hombres de adentro” estén dispuestos a descolgarse de las organizaciones criminales, de lo contrario la mejor estrategia de defensa será mantenerse unidos bajo un código de silencio.

Finalmente, quisiera volver mencionar el conflicto real que se presentará para el defensor: caer bien o defender al máximo los intereses de sus clientes. La mayoría de los abogados defensores entrevistados por Alschuler dicen que “es mejor ser bueno que ser amable”.¹⁴ Sin embargo, no sé qué tan honesta es esta afirmación, porque el defensor tiene que tener buenas relaciones personales con la fiscalía si quiere permanecer efectivo en su trabajo, las buenas relaciones le pueden dar acceso a información, mejores acuerdos, etc.; sin embargo, también es necesario ser respetado. Básicamente es el eterno dilema de un abogado litigante: ser querido o ser temido. A la larga es probable que efectivamente sea mejor ser temido, puesto que el temor tiende a inspirar respeto y sin duda que el fiscal tendrá en mente la reputación de buen litigante del abogado defensor al

¹⁴ Op. cit. Alschuler, página 80.

momento de llegar a un acuerdo ya que el fiscal no quiere ser destruido en un juicio, vive o muere por tu reputación, reza un dicho entre los abogados norteamericanos.

ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN

El rol que cada uno de los actores de la negociación asuman dependerá de diversos factores que enunciaremos en seguida, pero probablemente el de mayor importancia sea el de las estrategias de negociación. Sin duda que éstas se llenarán de contenido en cada caso concreto con la teoría del caso que la parte tenga. Sin embargo, al menos un autor sugiere que existe una estrategia válida para todos los casos: moverse de una estrategia de confrontación a una de cooperación.¹⁵

En esta parte seguiré de muy cerca a Gifford, en su artículo recién citado, y las categorías que él toma de las distintas disciplinas que analizan las negociaciones. El citado autor distingue 3 tipos de estrategias de negociación, que según él están fuertemente determinadas por la relación que adopta una parte respecto de la otra. Estas estrategias son:

- La estrategia competitiva.
- La estrategia cooperativa y
- La estrategia integrativa.

Estrategia competitiva

La estrategia competitiva consiste en maximizar los beneficios de nuestra postura. Para ello se debe convencer a la otra parte que arregle por menos de los que hubiese estado dispuesta a aceptar originalmente. La premisa detrás de este tipo de estrategia es que existen intereses antagónicos entre las partes.

¹⁵ Ver Gifford Donald, "Context based theory of strategy selection in legal negotiation", en 46 Ohio State Law Journal 41, 1985, p. 82.

Las tácticas que generalmente se utilizan en este tipo de estrategia son comenzar con una demanda bastante más alta que lo que realmente se espera, mostrar la menor cantidad posible de información en cuanto a los hechos y de las preferencias de la parte, efectuar unas pocas concesiones, presentar argumentos y amenazas y defensa férrea de la postura.

La táctica de demandar más de lo que se quiere es sumamente conocida y ya casi constituye un cliché de los consejos del buen negociador. Sin embargo, los clichés algo de fundamento tienen por algo se convirtieron en clichés.

Lo que ocurre es que al presentar una propuesta muy alta, esto le permitirá por una parte ocultar su verdadera pretensión y aparecer como otorgando concesiones, lo que tiende a generar concesiones de la parte contraria. Por otra parte, si la contraria sabe cuál es su verdadera pretensión entonces no tiene incentivos para hacer más concesiones que dicha pretensión y usted ha entregado en bandeja a su cliente sin obtener nada a cambio.

El problema está en que como ya todos conocen esta táctica, ella se ha tornado poco efectiva y lleva a que se pierda tiempo en supuestas muestras de fuerza entre el fiscal y el defensor. Hoy en día probablemente nadie se toma en serio la primera oferta de la parte contraria, salvo que exista una relación profesional más asentada en el tiempo. Un aspecto problemático de esta estrategia en Chile es que la suspensión condicional tiene que ser aprobada por el juez de garantía, por lo tanto si en la acusación, -primera instancia donde tiene que mostrar fuerza el fiscal- acusa en exceso, será difícil después venderle al juez el acuerdo. Ello particularmente teniendo en cuenta el instructivo número 36 del Fiscal Nacional que plantea que "resultará prematuro y arriesgado plantearse la posibilidad de sugerir y proponer el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formalización."¹⁶ Con lo cual los fiscales generalmente propondrán dicho acuerdo después de haber formalizado. Esto, por otra parte, puede ser un incentivo para el imputado para negociar. En efecto, en los Estados Unidos la práctica del "*overcharging*" es sumamente extendida.

¹⁶ Fiscalía Nacional, op. cit. Página 204.

En cuanto a la necesidad de no develar mayor información, pues bien, eso es evidente. Mientras más tenga que "bailar en la oscuridad" la contraria mejor para uno. Sin embargo, algunos aconsejan revelar cierto tipo de información: aquella que favorece a su cliente o parte. Pero hay que cuidarse de esto también, si uno comienza a mostrar su mano, entonces nuevamente ha debilitado su posición. Efectivamente, si el fiscal o el defensor, son advertidos de los puntos débiles de nuestro caso, entonces puede intentar reforzar esos puntos débiles; siempre que ello sea posible, en caso contrario obviamente que puede tener el efecto de debilitar a la otra parte y crearle una terrible sensación de angustia. Y la gente tiende a precipitarse en situaciones de angustia. Por eso si al escucharlo la otra parte toma un largo trago de agua quizás ha dado en el blanco; pero nuevamente cuidado, lo pueden estar engañando.

Como he dicho anteriormente, en los procesos de negociación siempre se espera que se hagan concesiones. Alguien que opta por la estrategia competitiva hará las menos concesiones posibles y cuando las haga intentará hacerlo respecto de puntos que realmente no le interesan. Para que esa concesión surta el efecto de lograr algo a cambio entonces debe haber sido defendida con convicción anteriormente. La otra forma de hacer concesiones si se opta por esta estrategia es que parezca como que se concede algo, pero en realidad no se hace.

Ahora bien, si bien uno no quiere hacer concesiones la otra tampoco va a querer. ¿Cómo lograr, entonces, que se hagan? Aquí es donde hay que argumentar y amenazar, pero sin producir el efecto de alertar sobre una debilidad salvable o provocar un endurecimiento de las posiciones sin que ello sea necesario. El lograr esto puede ser sumamente difícil y puede afectar las relaciones personales. Aquí se hace aplicable lo dicho sobre que entre jugadores que se volverán a encontrar, como son el defensor y el fiscal, esto puede afectar sus negociaciones futuras.

Por último, el negociador debe ignorar tanto los argumentos como las amenazas de la contraria. Para ello debe tener mucha confianza en su caso y en sus destrezas como litigante. También ayudará tener una cierta reputación en el medio, pero no hay que

olvidarse del síndrome del pistolero del lejano oeste: para llegar a ser el mejor hay que matar a la leyenda, con lo cual un joven fiscal, o joven defensor, puede ver su gran oportunidad de lanzarse a la fama al ganarle un juicio a una leyenda.

Esta estrategia puede ser muy efectiva en ciertos casos y para ciertas personas. Nuevamente si el caso es muy fuerte entonces puede surtir el efecto de lograr un muy buen acuerdo y ahorrar recursos, tanto al sistema como al imputado. Pero en otros casos puede alegar posturas y dar la apariencia de imposibilidad de llegar a acuerdo cuando en realidad las posiciones no estaban tan lejos. Por otra parte, este tipo de negociación puede tener efectos muy negativos de relación entre los actores del sistema y -como he dicho anteriormente- las buenas relaciones, al menos para el defensor, pueden ser muy importantes para futuros casos.

Estrategias no competitivas

Las estrategias no competitivas se dividen en dos, la cooperativa y la integrativa.

La *cooperativa* intenta lograr un acuerdo que sea justo para ambas partes, para ello éstas buscan crear un ambiente de confianza mutua. Se considera que un arreglo es justo para ambos cuando se llega a, lo que en teoría de juegos se llama, *jugar de forma racional*. Ello ocurre cuando ninguna de las partes cambiaría su postura una vez que la ha revisado y toda la información está disponible.

En el contexto del proceso penal el ambiente de confianza se puede haber construido a lo largo de una relación de trabajo entre el fiscal y el defensor o incluso por ciertas características de las partes. Por ejemplo, en los Estados Unidos los fiscales tienden a confiar más en abogados defensores que fueron fiscales¹⁷. Pero para aquellos que no han tenido esa suerte, la técnica que se emplea es la de otorgar concesiones bajo la expectativa que ellas sean correspondida por la parte contraria. Si el defensor o el fiscal considera que no es probable

¹⁷ Ver Mamu op. cit.

que vuelva a encontrarse con ese abogado, entonces podrá tomar esos gestos y utilizarlos en contra de la otra parte adoptando una estrategia competitiva. Claro está que ese defensor o fiscal no volverá a ser confiable en futuras negociaciones, pero quizás haya un cliente que valga la pena ese daño.

Una debilidad de esta estrategia es que abre un flanco al hacer una concesión si el abogado del frente ha decidido adoptar una estrategia competitiva, recuerden que hace caso omiso a las concesiones, amenazas y argumentos, y más aún puede interpretar dicha concesión como un signo de debilidad. La pregunta es qué hacer en ese caso. Bueno, obviamente dejar de hacer concesiones hasta que exista reciprocidad, pero para evitar un daño muy grande hay que comenzar con una propuesta que, sin ser el óptimo que se busca, sea más aceptable y suene razonable para la contraria, de tal forma que no exista una pérdida tan grande si la otra se aprovecha. También lo que hay que lograr es que quien no ejerce reciprocidad pague un costo alto de forma tal que no tenga incentivos para hacerlo.

Esta estrategia tiende a producir buenos resultados en aquellas situaciones como la del proceso penal, pero siempre dependerá del poder relativo que cada parte tenga. Por último, los abogados defensores y las fiscales se pueden sentir más cómodos utilizando esta estrategia, antes que la competitiva mal que mal son "colegas".

En tanto que la estrategia integrativa busca una solución que tome en cuenta los intereses de las partes involucradas. Este modelo perfeccionado, según Gifford, por los profesores Fisher y Ury¹⁸ intenta evitar centrarse en las posturas. De manera tal que se pueda adoptar una actitud de resolución de problemas, logrando que ambas partes queden satisfechas con el resultado y que no quede la sensación que uno ganó y el otro perdió.

¹⁸ Ver Gifford op. cit. Página 54.

De acuerdo a los profesores Fisher y Ury, existen cuatro puntos centrales en esta estrategia de negociación:

" Personas: separar las personas de los problemas.

Intereses: centrarse en los intereses, no en las posturas.

Opciones: generar distintas opciones para decidir qué hacer.

Criterio: insistir en que los resultados estén basados en algún estándar objetivo"¹⁹

Respecto del primer punto, recordarán que un factor común de la estrategia competitiva y la cooperativa era que la relación con la persona era determinante para el resultado.

En efecto, la primera se basa en relaciones de poder con el otro: someterlo a nuestras demandas. Por el contrario, la segunda se construye sobre la base de crear un ambiente de confianza. Pues bien, la integrativa dice que no hay que convertir a la negociación en algo personal. Sin perjuicio, de ser un consejo útil al momento de elegir una estrategia, me parece poco realista. La gente se toma de manera muy personal su trabajo, es cierto que hay ciertas personas que podrán distinguirlo, puede ser que si uno no busca humillar o derrotar a la contraria sea más factible no convertir la negociación en algo personal. Ya he insistido en la importancia que se le da a los intereses en esta estrategia, a veces la negociación se traba porque las partes se obsesionan con sus posturas o posiciones, olvidando que lo importante es lograr satisfacer los intereses de cada uno. Una técnica útil y muy funcional a los fines de esta estrategia son las sesiones de *brainstorming*, el reunirse con la otra parte a buscar soluciones a los problemas comunes permite ver la labor como una tarea conjunta, pero en estas sesiones se puede dar información que la otra eventualmente podría utilizar en su contra. Dicho riesgo no se salva con la prohibición del 335 del Código de Procesal Penal, puesto que el riesgo es más bien de estrategia. Es probable que el fiscal y el defensor se pongan a trazar posibles planes de solución, sin embargo para ello debe existir una cierta relación entre las partes, con lo cual se

¹⁹ Idem.

vuelve al tema de las relaciones personales. De ahí que tenga sentido lo que propone Gifford de seguir una estrategia escalonada en materia penal. A saber, empezar con una estrategia competitiva y luego pasar a una integrativa.

Por último resulta importante recordar que es necesario establecer criterios objetivos de resultado, supuestamente las personas debieran actuar de manera racional, estos criterios objetivos debieran servir de motivadores del acuerdo.

¿Qué estrategia usar?

Como se podrán imaginar esta respuesta depende de múltiples factores. Aunque estos factores se pueden repetir, cada parte tiene que entender que las particularidades de cada caso darán la pauta de qué estrategia escoger y en qué factores poner mayor énfasis.

El primer factor a considerar son las fortalezas y debilidades del caso de cada parte. En la medida que el caso de uno sea más fuerte, tendrá menos incentivos para negociar.

Entiendo que un caso es fuerte para la fiscalía cuando tiene a la persona que cometió el delito y tiene suficientes pruebas como para convencer a los jueces.

Por el contrario, el caso de la defensa es fuerte cuando el de la fiscalía es débil ya sea porque no tienen a la persona correcta, o teniendo a la persona correcta no tienen cómo probarlo; o teniendo prueba, ella fue obtenida con violación a garantías constitucionales y por lo tanto no pueden ser usadas en juicio.

Si el caso de uno es lo suficientemente fuerte, quizás sea más apropiado adoptar una estrategia competitiva. O incluso en este caso es posible que sea mejor negociar para obtener información del caso de la contraria, pero pensando en ir a juicio. Si se tienen los recursos y tiempo suficiente, puede ser una buena oportunidad para comenzar a construir una reputación de buen litigante. Esto será especialmente cierto para los fiscales. Por ejemplo, en los Estados Unidos gran parte

de su poder negociador está dado por sus altos porcentajes de condenas en juicio, esto podrá ser, y es duramente criticado, pero lo que no se puede negar es que fortalece su posición al negociar, esta fortaleza puede ser usada de buena o mala manera, pero parece raro que en un sistema adversarial y contradictorio, una de las partes desee voluntariamente ceder este terreno.

El problema con la estrategia sugerida es que habrá arruinado su reputación como un negociador que actúa de buena fe. Para evitar ese costo de imagen se puede hacer que aparezca la contraria como rompiendo la negociación.

Otro factor relevante es cuánto se conoce el caso, aún cuando un abogado siempre debe conocer bien la información de su caso, por sobrecarga de trabajo puede ser que ello no haya sido posible. Sin lugar a dudas que uno está en una pésima posición para hacer cualquier cosa. Esta falta de información no siempre será imputable a la negligencia del abogado, sino puede ser que la fiscalía y la policía hayan investigado de forma tan eficiente que el abogado defensor se integre en el proceso cuando la fiscalía tenga mucha información perjudicial contra su cliente y éste ni se haya enterado, presentándose hace pocos minutos ante un abogado. Con lo cual en las primeras reuniones de negociación quizás no cuente con mucha información.

La fiscalía también se puede encontrar en esta situación, particularmente en casos de delitos de cuello blanco donde el imputado ha contratado tempranamente a un abogado que se ha encargado que la fiscalía no pueda acceder a la información necesaria. Estos son elementos que influirán en la decisión de qué estrategia seguir en una negociación, si una competitiva de no colaboración o una de cooperación. Ambas tienen costos, probablemente el fiscal sospeche que hay algo mal si el imputado no quiere colaborar. Por el contrario, el fiscal puede interpretar como una debilidad que el defensor quiera colaborar, aun cuando él sabe que no tiene mucha información sobre el sujeto de la investigación.

Lo anterior nos lleva a otros dos factores de suma importancia, esto es el poder relativo que tiene cada parte y la estrategia de negociación de la contraria.

En cuanto al poder, obviamente quien se sienta más poderoso tendrá menos incentivos para colaborar, es importante señalar que no se trata de poder real, sino más bien de qué cree la contraria. Si ésta cree que la otra tiene mucho poder entonces estará más abierta a negociar y a hacer concesiones. El poder no necesariamente tendrá que ver con las fortalezas del caso, hay distintos factores que pueden influir en esa percepción.

Frente a lo recién manifestado, es importante destacar que es fundamental conocer la estrategia de negociación que la contraria usa o está usando. De lo contrario las señales que se envíen pueden ser interpretadas de manera equivocada y puede distanciar la negociación. Por ejemplo, pueden ser que un fiscal o un defensor no obstante ser percibido como muy poderoso por personalidad, normas internas o prácticas, utiliza una estrategia de cooperación por lo tanto puede estar esperando una concesión, sin embargo el defensor cree, porque el fiscal es poderoso, que está en un escenario de estrategia competitiva, por lo tanto recuerda que no debe ceder a las presiones, amenazas o concesiones. Esto en definitiva se convierte en un diálogo entre personas que hablan distintos idiomas. La forma de saber la estrategia que la persona está usando o usa será muy útil considerar qué haría yo en su postura, cómo se han comportado sus colegas en situaciones similares, qué dicen las normas o prácticas internas, el historial de la persona que tengo al frente.

También se deben considerar los jueces que deberán refrendar estos acuerdos, de lo contrario todo el tiempo dedicado a un acuerdo puede irse al tarro de la basura si no se satisface con las exigencias del juez.

El fiscal también debiera preocuparse de cómo será visto el acuerdo por la policía. En Chile de acuerdo con los artículos 79 y siguientes del Código Procesal Penal, el fiscal tiene facultades de dirigir a la policía, de ahí alguien podría decir, entonces qué le importa qué opina la policía. Pues bien, me parece que si la policía no aprueba de los acuerdos a que está llegando el fiscal, ello puede llevar a que la policía esté menos dispuesta a colaborar con la policía y, si bien están obligados, es distinto hacer el trabajo investigativo obligados que sintiendo que todos reman para el mismo lado. Esto no quiere decir

que se les tenga que consultar formalmente de los acuerdos, simplemente que el fiscal debiera tener cierta deferencia hacia la policía para mantener buenas relaciones laborales.

A los factores ya mencionados, Gifford agrega: la presión que existe para llegar a un acuerdo desde el sistema, los criterios de justicia del fiscal y la actitud del cliente, futuras relaciones con la parte contraria, el estado en que se encuentra la investigación criminal y las normas de negociación.

Si desde el propio sistema existen presiones para llegar a un acuerdo, sea de donde sea que vengan, las partes tendrán fuertes incentivos para adoptar una estrategia de colaboración, ya sea la integrativa o cooperativa, serán muy grandes puesto que las dos partes tendrán que llegar a un acuerdo y dado que ambas partes velarán por sus intereses deberán buscar una solución racional y justa.

La personalidad en general, tanto del defensor como del fiscal, son vitales al momento de considerar qué estrategia adoptar. Uno debe conocer su personalidad: la actuación tiene sus límites. Resulta difícil que alguien pueda transformarse completamente para negociar. Quizás en ciertas ocasiones será mejor ceder el caso a algún colega si la estrategia apropiada es incompatible con la personalidad del abogado; de ahí, entre otras, la importancia de trabajar en equipos, de esta forma nadie es imprescindible y hay otros colegas que están al tanto del caso. Dentro de la personalidad, el sentido de justicia que tenga el fiscal es fundamental. Muchos fiscales ven que su rol es hacer justicia en el caso concreto; aludiendo a ese sentido parece ser más apropiada una estrategia integrativa o cooperativa, salvo que dentro de la estrategia competitiva la forma de debilitar al oponente sea la invocación a la falta de justicia del caso.

En tanto que el defensor deberá considerar los intereses de su cliente para determinar qué estrategia es más adecuada, a veces podrá ser la competitiva y otras las no competitivas, ello dependerá de qué es lo que el cliente no está dispuesto a transar. Existe disparidad de criterios entre Gifford y Uphoff sobre cuán involucrado debe estar el

cliente en la elección de la estrategia²⁰. Según Gifford que el cliente debe autorizar la estrategia. En tanto que Uphoff disiente y plantea que esa es una decisión estratégica y técnica, por lo tanto, recae en el ámbito de competencia del abogado. Sí, debe considerar el interés del cliente, pero el cliente no debe decidir ni estar informado de cada paso, mucho menos estar presente en las negociaciones. Uphoff recomienda fuertemente no llevar al cliente a las negociaciones puesto que puede delatar la estrategia o darle pistas al fiscal sobre las debilidades y fortalezas de su caso.

Sobre el tema de las futuras relaciones que puedan existir entre las partes negociadoras es, ya he hablado bastante. Simplemente volvería a recordar el dilema al cual se encuentra, más fuertemente el defensor, de velar fuertemente por los intereses de su cliente actual vis à vis los intereses de sus clientes futuros. Eso sin duda que es uno de los temas complejos de la relación del abogado defensor con el sistema criminal en general. Esperemos que si se comienza a adoptar una estrategia integrativa, los fiscales puedan acostumbrarse a diferenciar entre el abogado que ejerce firmemente los derechos de sus clientes y aquellos que simplemente intentan dilatar los procesos de negociación. Los primeros no debieran ser sancionados por el sistema, más bien el sistema debiera reconocerles que cumplen un rol de primer orden en la legitimidad del mismo.

También me referí al estado en el cual está la investigación, generalmente será mejor para el abogado defensor entrar en los inicios de la investigación, salvo que con dicha entrada despierte la curiosidad del fiscal. Para ello se puede utilizar a otros intermediarios para responder solicitudes de información, por ejemplo en solicitudes de información tributaria si responde un conocido abogado penalista las sirenas de la fiscalía explotarán, si responde un contador es más normal. Ahora, ello no quiere decir que el cliente no se ponga en contacto tempranamente con el abogado, el tema es cuándo se hace presente ante el fiscal.

Por último, es necesario conocer las normas de negociación tanto formales como informales. En este sentido los instructivos que

²⁰ Ver Uphoff Rodney, "The criminal defense lawyer as effective negotiator: A systemic approach," en *Clinical Law Review*, Fall 1995, p.p. 119

ha emitido el Fiscal Nacional deben ser conocidos por el abogado defensor antes de ir a negociar. En tanto, que el fiscal debe conocer las normas que se consideran en la plaza como aceptables, agresivas, cooperativas, integrativas, etc. De lo contrario ella puede estar pensando que está comunicando algo distinto a lo que percibe el defensor.

CONCLUSIÓN

El nuevo Código Procesal Penal ha abierto la puerta para que los actores del sistema se sienten a negociar de manera clara y transparente. Los abogados no estamos todo lo preparados que debiéramos estar para enfrentar este desafío, de ahí que sea necesario conocer las distintas estrategias que existen. Parece ser que cada vez más se pone de moda las estrategias no cooperativas frente a las competitivas. Esto no debe llevar a los abogados y fiscales a desechar esta estrategia, más bien parece razonable lo que propone Gifford de empezar con la estrategia competitiva, porque de esta forma se puede tantear el terreno que se pisa. Ahora bien, esa no es la única forma de tantearlo, probablemente a medida que el sistema madure y los abogados defensores y fiscales se conozcan no sea necesario empezar con este método, sino que bastará con conocer el historial de cada uno para saber qué esperar de la primera ronda de negociaciones.

Sin perjuicio, este tema nunca estará completamente zanjado. No hay que desechar a priori ninguna estrategia de negociación, sin considerar las particularidades del caso y cuáles factores de los mencionados más arriba tienen mayor preponderancia en el caso particular.

Finalmente me parece útil transcribir una *checklist* de Uphoff que permiten determinar qué hice bien y qué hice mal en la negociación.²¹ Cuan buena fue su:

1. Preparación para la negociación, conocimiento del Derecho y los hechos del caso.
2. Conocimiento de las características personales del imputado.

²¹ Uphoff op. Cit. Páginas 133 y 134.

3. ¿Elegió una estrategia en particular, por qué?
4. ¿Elegieron usted y su cliente un objetivo determinado?
5. ¿Lo cumplió? ¿habrá sido lo suficientemente alto?
6. ¿Descubrió que alguna de sus apreciaciones previas a la negociación estaban equivocadas?
7. ¿Obtuvo durante el proceso de negociación información relevante? ¿pudo hacer más para conocer los objetivos y meritos del caso del fiscal y viceversa?
8. ¿Reveló usted o la contraria información de manera involuntaria? ¿de ser así qué lo provocó?
9. ¿Quién hizo la primera oferta qué la provocó?
10. ¿Quién reaccionó primero a la oferta y de qué manera?
11. ¿Quién hizo la primera concesión y cómo se maneja?
12. ¿Se produjo reciprocidad hacia la concesión, por qué sí o por qué no?
13. ¿Comenzó la negociación de manera competitiva para moverse a cooperativa o integrativa?
14. ¿Blufió? de ser así, ¿cómo?
15. ¿Cómo terminó la negociación?
16. ¿Alguien se arrepintió de la resolución definitiva? ¿Por qué?

LOS ACUERDOS REPARATORIOS: ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE LAS NOCIONES DE REPARACIÓN Y NEGOCIACIÓN.¹

Manuel Zárate

Master © Derecho Penal y Ciencias Penales

Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra

INTRODUCCIÓN

La comprensión de las denominadas salidas alternativas constituye un imperativo esencial para entender de manera cabal el nuevo proceso penal, de implementación gradual en nuestro país durante los próximos años, toda vez que se trata de un sistema de justicia criminal dotado de un abanico amplio de mecanismos y herramientas orientadas a dar respuestas más pertinentes a los objetivos propuestos: el ejercicio regulado del ius puniendi del Estado, asegurando el respeto de las garantías esenciales de todos los involucrados, otorgando, en definitiva, soluciones de calidad a los conflictos sociales de relevancia que el sistema asume y se hace cargo.

En general, estas salidas “alternativas” al desarrollo normal de un juicio penal con la expectativa de una sentencia condenatoria, representan una repuesta estatal de alta calidad pero de menor contenido represivo, que por ejemplo, cualquier pena privativa o restrictiva de libertad, siendo a su vez más pertinentes e idóneas para

¹ Los argumentos y comentarios presentes en esta ponencia son de exclusiva responsabilidad de su autor, y forman parte de su tesina presentada en el Diplomado sobre “Reforma Procesal Penal: Aspectos Dogmáticos, Legales y de Litigación en Juicio Oral”, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Septiembre del 2001.

determinados casos, particularmente considerando en buena medida el carácter resocializador al que debe aspirar también un sistema penal.

Con todo, en este punto es necesario aclarar que si bien la expresión genérica de “salidas alternativas” representan en su conjunto un cambio de perspectiva en la tradición jurídico procesal penal chilena, asociada ésta última a un apego irrestricto al principio de la legalidad procesal, en dicha expresión se incluye la existencia de mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución a conflictos sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de aquélla.

Manifestación de la búsqueda del primero de estos objetivos, o sea de la aplicación de criterios racionales y transparentes de selección de casos, y que algunos autores han denominado como mecanismos de descongestión del sistema pues permiten asegurar que un número manejable de casos que ingresan a él, lleguen finalmente a la instancia del juicio oral, son por ejemplo el archivo provisional (artículo 167 Código Procesal Penal); la facultad del ministerio público para no iniciar una investigación (artículo 168 C.P.P.); y el denominado principio de oportunidad (artículo 170 C.P.P.). En todas estas situaciones, vemos enfrentado el tradicional principio de legalidad procesal, el cual imperativamente prescribe que “cuando el ministerio público tomaré conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”², con criterios de discrecionalidad reglada o restringida³, cuyo objetivo fundamental es la implementación de

² Artículo 166 inciso segundo Código Procesal Penal.

³ El carácter reglado o restringido de la aplicación de estas medidas de descongestión del sistema, se encuentra dado por las limitaciones que tienen los fiscales del Ministerio Público para la aplicación de aquellas, limitaciones que van desde controles que ejerce la propia víctima del delito sea por la vía del reclamo ante el superior del fiscal a cargo del caso o bien por medio de la interposición de una querrela particular con el objeto de forzar la labor de investigación: por los controles internos que se adoptan al interior del Ministerio Público; y por los controles específicos de cada medida como son la autorización del juez de garantía tratándose del ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación por el fiscal a cargo del caso, o la autorización del Fiscal Regional para archivar provisionalmente un caso que en abstracto merezca pena aflictiva.

criterios de racionalidad de la persecución penal y mayor transparencia en la selectividad de los casos que finalmente son investigados por las agencias públicas y policiales legalmente facultadas para ello.

Tratándose del objetivo de simplificar los procedimientos, el nuevo proceso penal considera la necesidad de hacerse cargo de manera intensa de todos los casos que cruzan el umbral de la disyuntiva de si ameritan y es razonablemente posible el que sean investigados y posteriormente llevados a juicio, contemplando alternativas al curso normal representado por el juicio oral en lo penal ante tres magistrados. Estos mecanismos de simplificación procesal corresponden al juicio inmediato teniendo como antecedente un delito con características de flagrancia (artículo 235 C.P.P.); el procedimiento abreviado validado por el previo acuerdo entre fiscal e imputado, tratándose de delitos de hasta cierta penalidad (artículo 406 C.P.P.); el procedimiento simplificado, para el caso de la investigación de faltas o de delitos para los cuales el fiscal solicite una penalidad de hasta presidio menor en su grado mínimo (artículo 388 C.P.P.); o el procedimiento monitorio, como mecanismo procesal de aplicación de multas (artículo 392 C.P.P.).

Característica común a la, por cierto diferente regulación de requisitos y circunstancias que hacen procedente la aplicación de alguno de estos mecanismos, destaca el hecho que en todos ellos el juez encargado de dictar sentencia corresponde al denominado juez de garantía competente, quien con ello pasa a quedar habilitado legalmente para ejercer funciones jurisdiccionales, alternativas a las contempladas naturalmente para este tipo de jueces en el artículo 70 del Código Procesal Penal.⁴

Finalmente el nuevo proceso penal contempla la existencia de mecanismos de solución a los conflictos sociales consistentes en el delito y sus efectos, distintos a la respuesta tradicional de la

⁴ Artículo 70 inciso primero Código Procesal Penal: "El juez de garantía llamado por ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitaré el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución".

persecución penal seguida de la consecuencia aplicación de una pena, en la mayoría de los casos privativa o restrictiva de libertad. Estos mecanismos de solución, cuya adopción – bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos – los convierte en muchos casos en mejores y más idóneos “sucedáneos” de la imposición de una sanción penal tradicional, corresponden a las denominadas salidas alternativas propiamente tales contempladas por el nuevo proceso penal, básicamente la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 C.P.P.) y los acuerdos reparatorios (artículo 241 C.P.P.). A este respecto, para el profesor Duce ambas instituciones “comparten la característica de representar respuestas alternativas del sistema frente a cierta categoría de casos y eso hace que tengan una dinámica diferente a otros mecanismos de simplificación procesal o de selección de casos. Es por ello también que ambas pueden ser descritas como salidas alternativas. La alternatividad viene dada por el hecho que ambas instituciones representan respuestas diferentes del sistema frente a los casos que abarcan en comparación a la resolución normal de los mismos (juicio y eventual condena o absolución)”⁵

Formulada ésta que entendemos necesaria aclaración, el objetivo de esta exposición es formular algunos comentarios acerca de los acuerdos reparatorios, entendidos como una de las salidas alternativas propiamente tales al juicio oral contempladas por el nuevo Proceso Penal chileno, desde la perspectiva de su regulación legal, de lo planteado por la incipiente doctrina en el tema y de la también limitada (hasta la fecha) constatación empírica de sus efectos. Pero por sobre todo, estos comentarios pretenden ser formulados desde lo que a nuestro juicio constituyen dos ejes novedosos, interrelacionados y hasta ahora no explícitamente recorridos por nuestra justicia penal en la solución de los conflictos sociales derivados de los delitos: la reparación y la negociación.

Para el logro del objetivo propuesto, la exposición se encuentra organizada de la siguiente manera: En primer lugar una aproximación al concepto de acuerdo reparatorio, contextualizando las condiciones

⁵ DUCE, Mauricio, “La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal”, en *El Nuevo Proceso Penal*, varios autores, Cuadernos de Trabajo n.º 2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, marzo 2000, P. 4-10.

de su creación e implementación. A continuación, se abordaran los fundamentos más inmediatos esgrimidos a favor de esta salida alternativa al proceso penal. Luego y de manera breve, nos ocupamos de consideraciones generales de la institución tales como los requisitos de procedencia, efectos, oportunidad y procedimiento de implementación, y por último del rol que le cabe al ministerio público en esta última.

A continuación y siempre en el contexto de los acuerdos reparatorios, abordamos la noción de la *reparación* como especie de sanción autónoma – o tercera vía independiente de penas y medidas de seguridad – y el imperativo de adoptar iniciativas de *negociación* en el ámbito penal, lo anterior consecuente con la tendencia de cierta doctrina inspiradora de sistemas penales como el alemán y el español, que plantea la conveniencia que aquellos se configuren no sólo como *un sistema penal mínimo, sino también como un sistema penal de alternativas*.

Finalmente, entendemos que aunque de manera limitada por la también relativamente baja incidencia que hasta la fecha han tenido la aplicación de salidas alternativas en general y de acuerdos reparatorios en particular, en el contexto de la implementación de la Reforma Procesal Penal en la cuarta región, útil resulta revisar someramente algunas estadísticas existentes y ciertos aspectos emanados de la práctica forense derivada de dicha aplicación, concretamente en tres casos seleccionados.

CONCEPTO DE ACUERDOS REPARATORIOS. CONTEXTO DE SU CREACIÓN E IMPLEMENTACIÓN

Un primer y útil acercamiento a la noción de los acuerdos reparatorios es el que plantea el profesor Mauricio Duce, quien afirma que se trata de “una salida alternativa al proceso penal en virtud del cual se puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos, cuando exista entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo sea

aprobado por el juez de control de la instrucción (actual juez de garantía) a cargo del respectivo caso”.⁶

Nos encontramos en presencia de una salida alternativa procesal que como tal se encuentra incorporada dentro del proceso penal, constituyendo una absoluta novedad en lo que respecta al sistema penal inquisitivo actualmente vigente aún en buena parte de nuestro país y también respecto de la mayoría de los otros proyectos de reforma procesal penal implementados en los últimos años en Latinoamérica.⁷

Los primeros antecedentes de esta institución en el Proyecto de Reforma Procesal Penal es posible encontrarlos ya en un documento del año 1994 titulado “Pautas para la Redacción de un Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal”, en el cual se hacía expresa referencia a la necesidad de incorporar mecanismos que permitieran

⁶ DUCÉ, Mauricio, “Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Chilena”, en *La Reforma a la Justicia Penal. Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 38, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Octubre 1998, p. 197.

⁷ Consideramos relevante destacar por ejemplo el caso de la legislación procesal penal de Costa Rica, la cual contempla como causales de extinción de la acción penal, entre otras a la reparación del daño causado a la víctima y a la Conciliación, las cuales presentan algunas similitudes con la institución de los Acuerdos Reparatorios. El Código Procesal Penal de 1996 al enumerar estas causales en el artículo 30 letras j) y k) respectivamente, pareciera efectuar una categórica distinción entre la “reparación integral del daño particular o social causado” y la “conciliación”, pues los coloca en apartados distintos. Sin embargo, podemos afirmar que sin ser lo mismo, la conciliación abarca aspectos de la reparación, si por tal entendemos que “es básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra” (MAIER, Julio, *La Víctima y el Sistema Penal*, en *De los Delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 212).

A manera de ejemplo y obviamente sin la pretensión de agotar las posibilidades, es posible señalar algunos convenios de reparación a los que es posible llegar tras un proceso de negociación, en el contexto de la conciliación contemplada por la legislación procesal penal costarricense, y que creemos pueden constituir también en nuestro país el contenido de determinados Acuerdos Reparatorios: Reparación en natura o ideal; Restitución; Pago del valor de la cosa; Indemnización; Prestaciones, sean o no relacionadas con el daño específicamente causado; Publicación de la retractación tratándose de delitos contra el honor; Formulación pública de disculpas o explicaciones; Promesa de no reincidencia.

racionalizar la actividad jurisdiccional. Entre ellos se mencionaba la posibilidad de no continuar una persecución penal ya iniciada, cuando se tratará de delitos que involucraren bienes jurídicos disponibles y se produjera un acuerdo de reparación entre los involucrados en el conflicto.

Con todo, el reconocimiento legal definitivo de los acuerdos reparatorios no estuvo exento de discusión y dudas, al tratarse de instituciones nuevas que provocaban un radical cambio de perspectiva en el ejercicio de la justicia penal en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, lentamente fue siendo aceptado su establecimiento por parte de los poderes ejecutivo⁸, legislativo y de la comunidad jurídica⁹, bajo la condición que fueran reguladas de forma estricta a fin de evitar indeseables abusos, asumiendo a su vez que por medio de éstas y otras salidas alternativas al juicio oral, era innegable la real posibilidad de lograr ciertos objetivos deseados, como por ejemplo la agilidad en la tramitación de los procesos y la real satisfacción de los intereses de los sujetos involucrados en el conflicto.

En el actual proceso penal de características inquisitorias (en adelante, proceso penal inquisitorio), la reparación de la víctima por parte del autor del hecho ilícito es considerada tan sólo como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de éste último en el caso que despliegue de manera suficiente a criterio del juzgador, la conducta de procurar “con celo reparar el mal causado o impedir sus

⁸ “En primer lugar, se propone avanzar hacia la creación de un sistema de justicia criminal que otorgue diversas posibilidades de solución a los conflictos que conoce, abriéndose, todavía limitadamente, a la posibilidad de soluciones distintas a las tradicionales en aquellos casos en los que los diversos actores del sistema – jueces, fiscales y demás partes –, estén de acuerdo en su conveniencia”. Mensaje n° 110-331 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, 9 de junio 1995, p. 23.

⁹ Un informe elaborado por el profesor Carlos Künsemüller, destaca que con la incorporación de los acuerdos reparatorios se hace posible la reaparición de la víctima en el proceso penal, la cual entra a jugar un rol preponderante en el mismo. KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Informe sobre las salidas alternativas y procedimientos especiales en el borrador de Anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal”. Santiago, octubre 1994. Inédito.

ulteriores perniciosas consecuencias”¹⁰, careciendo de un mayor nivel de incidencia normativa.

No obstante esto, existen algunas figuras legales y prácticas forenses en las cuales la *reparación* plantea efectos similares a los previstos tratándose de los acuerdos reparatorios, conllevando la extinción de la responsabilidad penal del infractor. Tales son los casos por ejemplo en el delito de giro doloso de cheques, en donde el pago total durante el proceso de lo adeudado por el inculpado –reparación económica del perjuicio causado –, constituye una especial causa de extinción de la responsabilidad penal que conlleva el sobreseimiento definitivo de la causa.¹¹ Otra institución legal en donde tiene lugar un efecto extintivo similar al anterior, es el que se produce con la denominada compra de la acción penal en el ámbito de la Ordenanza de Aduanas, donde básicamente se trata que los denunciados por determinadas infracciones a la normativa aduanera, pueden solicitar al Director Nacional del Servicio, que autorice en casos calificados al administrador respectivo para que no ejercite la acción penal correspondiente cuando dichos denunciados – igualmente calificados de manera positiva en atención a su bajo compromiso delictual y de reincidencia en la materia – enteren en arcas fiscales una multa no inferior al doble de la mercancía internada de manera irregular.¹² Por

¹⁰ Artículo 11 número 7 Código Penal.

¹¹ Decreto con Fuerza de Ley n° 707, Ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques, Artículo 22, inciso 8°: “En cualquier momento en que el procesado o condenado pague el cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, el juez sobreseerá definitivamente, a menos que de los antecedentes del proceso aparezca en forma clara que el procesado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar. El trámite de la consulta, en los casos en que proceda, no obstará a la libertad del procesado, la que deberá ser decretada de inmediato y sin fianza”.

¹² Decreto con Fuerza de Ley n° 30, Ministerio de Hacienda, 1983, artículo 222: “A petición de los denunciados el Director Nacional de Aduanas, podrá autorizar en casos calificados al Administrador para no ejercitar la acción penal si los denunciados enterasen en arcas fiscales una multa no inferior al doble del valor de la mercancía. La autorización a que se refiere el inciso anterior será calificada de acuerdo con los antecedentes personales del denunciado y con la naturaleza, modalidades y móviles determinante del delito, en cuanto permitan presumir que no volverá a delinquir.”

último, tratándose de una práctica forense bastante usual como ha sido la materialización de avenimientos en el contexto de delitos de acción privada, especialmente injurias y calumnias, como efecto bastante extendido en la realidad tras la presentación de la respectiva querrela, el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal de 1906, le otorga a dicho encuentro de entendimiento y diálogo entre los involucrados, el efecto de poner término al proceso.¹³

Con todo, hay autores como el profesor Duce, que plantean que estas instituciones y prácticas – pago total de lo adeudado en el contexto del cheque, compra de la acción penal por infracción a la normativa aduanera y los avenimientos en los delitos de injuria y calumnia – no constituyen propiamente antecedentes válidos de los acuerdos reparatorios contemplados por el nuevo proceso penal. Para este autor, resulta más relevante considerar como tales a la “práctica informal que se daba en el contexto de nuestro sistema inquisitivo, según la cual en un número significativo de casos (normalmente delitos patrimoniales no violentos) el acuerdo entre querellante y querrellado se traducía en un escrito de desistimiento del querellante, el que finalmente llevaba al juez del crimen a decretar el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa”.¹⁴

FUNDAMENTOS DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Coincidiendo con el profesor Duce, los fundamentos principales que nos permiten entender la regulación normativa de los acuerdos reparatorios, en general deben buscarse por un lado en la tendencia

No obstante, no podrán acogerse al beneficio establecido en este artículo, las personas que se encuentren procesadas por delitos de fraude y contrabando, las que hayan sido condenadas anteriormente, sin que haya transcurrido un plazo de cinco años desde que cumplieron la sanción impuesta por los delitos expresados, aquéllas en cuyo favor haya sido acordada la renuncia de la acción penal dentro de los tres años anteriores a la nueva denuncia, y las personas responsables de esos mismos delitos cometidos con ocasión de la internación ilegal de mercancías desde las zonas liberadas al resto del país.”

¹³ Artículo 574 Código de Procedimiento Penal: “Si se trata de delitos de calumnia o injuria, el juez proveerá la querrela citando al querellante y querrellado a un comparendo para un día determinado, dentro del quinto.

El comparendo sólo tendrá por objeto procurar un avenimiento que ponga término al juicio”.

¹⁴ Duce. *Ibidem*, p. 159.

contemporánea de potenciar y promover en el contexto del proceso penal los intereses de la víctima, la cual adquiere con fuerza el carácter de sujeto procesal titular de derechos que el ordenamiento jurídico penal no puede desatender, y por el otro la necesidad de contar con mecanismos transparentes y públicos de selección de casos, que a su vez permitan ofrecer respuestas diferenciadas, de alta calidad y anteriores al juicio oral.

Sin perjuicio de la opinión anterior, también es posible incorporar y esgrimir otros posibles argumentos en favor de esta salida alternativa, accesorias al sistema procesal penal. A continuación señalaremos aquellos que creemos más relevantes tratándose particularmente de la institución de los acuerdos reparatorios, formulando breves comentarios acerca de los mismos.

Concreción en el Derecho Procesal Penal de algunas tendencias modernas presentes en el Derecho Penal Comparado

En una sociedad compleja y globalizada como en la que participamos, frente a un aumento de la criminalidad en general, las tendencias modernas en el derecho comparado se inclinan por priorizar el denominado derecho penal mínimo y de alternativas, en donde deben existir amplios espacios de libertad, debiendo la reacción penal sólo ser considerada como *última ratio*, de manera que se torne necesario establecer diversas alternativas de solución a los conflictos, dejando al juicio oral y público como la herramienta última para la protección de los intereses y para la solución de conflictos más relevantes.

Por último, al derecho penal y procesal penal, no sólo le corresponde una labor sancionatoria, siendo imperativo el agregarle una labor garantizadora de los derechos fundamentales de los intervinientes en la vida comunitaria, procurando de manera decisiva la reinserción social del imputado además de la plena y real satisfacción de los intereses de la víctima.

Uso adecuado y racional del Principio de Legalidad imperante

La implementación de las salidas alternativas en el proceso penal, se encuentra íntimamente vinculada a la observancia del principio de legalidad procesal, el cual prescribe que frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro de la esfera de atribuciones del tribunal, aquél debe ser conocido, juzgado y eventualmente castigado por éste.

Frente a esto, la noción de salidas alternativas constituye una especie de relativización o moderación de dicho principio, pues en el mundo de los hechos, en la realidad diaria, no ocurre lo prescrito por dicho principio, sino por el contrario operan de manera permanente criterios de selectividad procesal, formales e informales, que determinan cuales casos en definitiva serán conocidos y juzgados. Es por ello que las salidas alternativas, por ejemplo los acuerdos reparatorios, surgen como una posibilidad de regular y consagrar la aplicación práctica de criterios de selección de casos, definidos de manera pública y transparente, en concordancia con los criterios de política criminal igualmente determinados por los diferentes operadores del ordenamiento jurídico.

Beneficio social e individual de la aplicación priorizada de salidas alternativas

El establecimiento y aplicación de las salidas alternativas se justifica a partir de un triple beneficio que ellas normalmente acarrearán. Un beneficio podríamos decir social o general, en el entendido que aquellas posibilitan que un miembro suyo, el imputado, se reincorpore como ciudadano útil no quedando marginado de la dinámica social. Un segundo beneficio, ahora en directo favor del propio imputado, corresponde a la posibilidad que con estas salidas alternativas se haga efectiva su responsabilidad penal de una manera distinta a la tradicional sanción penal, pero de forma más provechosa. Por último, un tercer beneficiado con estas medidas lo constituye el grupo social y familiar más cercano al imputado, quienes con aquella evitarán el trauma social y económico que irremediablemente los alcanzaría en caso de serle aplicada a aquél una respuesta punitiva

tradicional de privación o restricción de libertad.

Mayor pertinencia de la solución vía salidas alternativas a determinados problemas sociales, tradicionalmente considerados penales

Frente al fenómeno del delito y al conflicto social que él genera, tradicionalmente el Derecho y concretamente el derecho penal ha respondido con penas tradicional que afectan la libertad ambulatoria e incluso la integridad física-psíquica y la propia vida del delincuente, surgiendo la legítima interrogante de si dicha respuesta constituye realmente una solución.

Actualmente incluso frente al conflicto, las soluciones que finalmente son adoptadas no consideran de manera preponderante el interés de la víctima, ni siquiera cuando éste es el prioritario y no el muchas veces abstracto interés de la sociedad que debe orientar la respuesta y solución a los conflictos derivados del delito.

Por ello, la incorporación de las salidas alternativas otorgan una mayor gama de posibilidades de solución real a los conflictos, de manera pertinente y coherente con el tipo de interés preponderante en dicha solución.

Mayor agilidad del Proceso Penal, manifestado en la posibilidad de soluciones prácticas y eficaces

El nuevo proceso penal se estructura esencialmente sobre la base de una investigación para continuar con un posterior juicio oral y público. Sin embargo, dicha estructura esencial no sería lo todo eficiente y práctica tratándose de cierta cantidad de casos que le toca conocer y juzgar.

Es aquí y desde una perspectiva principalmente práctica, donde las salidas alternativas “procesales”, entiéndase suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios, constituyen un accesorio necesario para la eficacia del sistema, al permitir proveer soluciones diversas a aquellos asuntos que ya hayan puesto en

marcha el proceso penal a lo menos en su etapa de investigación, evitando finalmente que todas ellos lleguen a juicio oral.

Efecto económico de las salidas alternativas

Con la incorporación creciente y racional de salidas alternativas al juicio oral, tales como los acuerdos reparatorios, será posible focalizar en mejor medida la utilización de recursos humanos y materiales, dada la conclusión de que cualquier investigación de un delito compromete un elevado costo económico.

Una adecuada selección en el ingreso de causas a la instancia de investigación, incidirá en un ahorro económico considerable, evitando con el ello el malgasto de importantes recursos en el inicio de investigaciones por supuestos delitos de escasa gravedad y relevancia social, o bien tratándose de hechos que dado los antecedentes existentes, ofrecen mínimas posibilidades de ser esclarecidos.

CONSIDERACIONES GENERALES

Tal como fue señalado al inicio de esta exposición, los acuerdos reparatorios corresponden a una de las salidas alternativas consideradas en el nuevo proceso penal, cuyo objetivo es *"realzar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado"*¹⁵. A su vez, con el empleo racional e inteligente de este mecanismo *"el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos"*¹⁶, de modo tal que se vuelve un imperativo el que el nuevo sistema procesal penal permita un conjunto de actividades y habilidades distintas a las tradicionalmente demandadas para la persecución y el juicio penal.

Finalmente un objetivo secundario o tal vez una externalidad positiva, no por ello menos relevante, que produce la aplicación pertinente de los acuerdos reparatorios es la descarga que provocan en

¹⁵ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que estableció el nuevo Código Procesal Penal. P. 104

¹⁶ Idem.

el sistema global, contribuyendo junto a los mecanismos de descongestión y a los de simplificación procesal, al cumplimiento del objetivo de que sólo un reducido número de causas arriben finalmente al juicio oral.

Requisitos de procedencia

Para que sea legalmente procedente la adopción de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado, es necesaria la concurrencia copulativa de dos elementos básicos, a saber la existencia del acuerdo voluntario de reparación entre estos involucrados, y la necesidad que dicha convención recaiga sobre determinada categoría de delitos, predeterminada por el legislador.

Acuerdo entre la víctima y el imputado

La existencia de un acuerdo de voluntades entre el imputado y la víctima, acerca de la disposición del primero a reparar o encontrarse dispuesto a reparar los daños experimentados por la víctima como consecuencia del delito cometido en su contra, constituye el primer requisito para la procedencia de estos acuerdos reparatorios. Es a su vez necesario que la víctima acepte o esté dispuesta a aceptar el ofrecimiento de reparación del imputado, calificándolo como suficiente para darse legalmente como satisfecha.

Al igual de lo que ocurre con la suspensión condicional del procedimiento - la otra salida alternativa contemplada por el nuevo proceso penal -, para la validez del acuerdo se requiere la plena voluntariedad de los llamados a otorgarlos, que en este caso corresponden a la víctima y al imputado, quienes requieren prestar su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos, tal como lo señala la parte final del inciso segundo del artículo 241 del CPP.

Interesante resulta en este punto precisar que la concurrencia proactiva del imputado con relación al acuerdo reparatorio, no significa por parte de él reconocimiento alguno de culpabilidad o de aceptación de los hechos que motivan la persecución penal,

sino simplemente su voluntad de acceder a esta salida alternativa del proceso. Manifestación explícita en el texto legal de lo anterior es el artículo 335 del C.P.P., el cual a propósito del desarrollo del juicio oral prescribe de manera categórica y vinculante para las partes el que *"no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado"*.

Finalmente, tema interesante que no obstante será tratado con mayor detalle a propósito de la reparación como especie de sanción penal autónoma, es la latitud del contenido de ésta, incluyendo no sólo la restitución al status quo anterior a la comisión del delito, sino también desde una perspectiva más amplia puede llegar a incluir otras formas sustitutivas de compensación de la víctima, tales como la prestación económica en su favor, la disposición personal de un servicio también en su favor o en beneficio de la comunidad, o simplemente la formulación de una disculpa exteriorizada y formalizada de algún modo. En este punto vuelve a quedar en evidencia la idea de potenciar el interés preponderante de la víctima, quien de manera personal o asistida por un Abogado particular podrá, en el contexto de un proceso de negociación, demandar el contenido mínimo de la reparación con el cual se declara satisfecha y dispuesta a concurrir con su voluntad a la celebración de un acuerdo reparatorio.

Categoría de delitos

Junto al acuerdo de voluntad entre la víctima y el imputado respecto de concurrir a un acuerdo de reparación, la procedencia de éstos se encuentra de igual modo íntimamente ligada al tipo de delito de que se trata, quedando claro desde el propio texto legal que aquellos no proceden de manera genérica respecto de todos los delitos de acción pública, sino por el contrario y tal como lo prescribe el inciso del artículo 241 del C.P.P., *"sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter*

patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”.

Respecto de los hechos que afecten estos *bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial*, lo primero que creemos necesario señalar es que nos enfrentamos a un tema no pacífico en la doctrina, en donde si bien los extremos de la discusión en cuanto determinar cuales son los bienes jurídicos claramente disponibles e indisponibles se encuentran bastante más claros, una extensa zona intermedia o “gris” aún es objeto de debate acerca de si el titular de un bien jurídico puede disponer de él, incluso eximiendo de responsabilidad al tercero que atenta contra el mismo.

En este punto, un avance del Código Procesal Penal respecto del proyecto de ley, fue complementar la expresión “bien jurídico disponible”, con la noción de “carácter patrimonial o susceptible de apreciación pecuniaria”, modificación que se explicaría a partir de la necesidad de dotar a los jueces de garantía de una mayor latitud en la apreciación e interpretación progresista de la institución por la vía jurisprudencial.

Con todo, podemos formular una aproximación a la noción de bien jurídico disponible, diciendo que es aquél cuya afección puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible es el bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la ejecución del hecho o que puede perdonarse por ella con posterioridad al mismo.

Paralelamente, la procedencia de los acuerdos reparatorios para el caso del delito de lesiones menos graves contempladas de manera global y contextualizada entre los artículos 397 y siguientes del Código Penal, a juicio de parte de la doctrina debe ser observada y evaluada con criterios de mayor flexibilidad que la rigidez establecida por el legislador penal sobre la base de los efectos que dichas lesiones provocan en la capacidad laboral de la víctima, análisis que permitiría hacer procedente los acuerdos de reparación atendiendo no sólo a los perjuicios físicos causados en la víctima, sino también considerando de manera relevante la evaluación de la gravedad que aquella haga de

dichas lesiones.

Finalmente, tratándose de los delitos culposos, la norma es amplia en su redacción permitiendo la procedencia y empleo de los acuerdos reparatorios como mecanismos útiles y efectivos en la solución de conflictos penales recurriendo a vías de mayor eficiencia y eficacia que la respuesta penal tradicional.¹⁷

Aprobación judicial

Cumplidos los requisitos de procedencia ya descritos, corresponde al juez de garantía competente aprobar el respectivo acuerdo reparatorio para que él produzca sus efectos legales. Con todo, previa a esta aprobación judicial, el juez de garantía deberá cerciorarse en la audiencia respectiva que quien concurre al acuerdo haya prestado su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de los derechos de que son titulares. Hay que ser claro a este respecto en cuanto que las facultades del juez de garantía dicen relación exclusivamente con un control de legalidad acerca de la observancia y concurrencia de los requisitos de procedencia del acuerdo y no respecto al mérito o conveniencia de la respectiva salida alternativa.

El inciso final del artículo 241 del C.P.P. sistematiza las facultades para que de oficio o a petición de parte, el juez de garantía competente acoja o rechace una solicitud de acuerdo reparatorio, básicamente en tres hipótesis:

- Cuando el acuerdo recaiga en hechos diversos a las categorías de delitos en que legalmente son procedente los acuerdos reparatorios.
- Cuando concluya que el consentimiento de alguna de las partes involucradas no ha sido prestado de manera libre e informada acerca de los derechos de que es titular.

¹⁷ Ducc. Op cit. p. 163.

- Cuando entienda que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

En esta última hipótesis, a juicio de Duce la parte final del inciso tercero del artículo 241 del C.P.P., constituye una suerte de orientación a la labor de los jueces al ejemplificar un caso en el que especialmente debe entenderse que existe este denominado *interés público prevalente* o preponderante, al señalar que *"Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular"*.

El mismo autor señala que "el Juez debe moverse muy cuidadosamente en esta materia ya que las evaluaciones de este tipo, por regla general, son de potestad del ministerio público, quien es la institución encargada de velar por la protección del interés público en el sistema de justicia penal"¹⁸. Más adelante el mismo autor afirma que "con el objeto de evitar confusión entre las funciones jurisdiccionales y persecutorias, me parece que los jueces debieran actuar reactivamente tratándose de esta causal, es decir, básicamente sólo cuando hubiere una oposición bien fundada del ministerio público a la procedencia de un acuerdo y nunca en forma autónoma o sin reclamo de éste"¹⁹.

Efectos

En materia de efectos o consecuencias que conlleva la celebración y posterior aprobación judicial de un acuerdo reparatorio, el Código Procesal Penal distingue entre efectos penales, civiles y subjetivos.

1. Consecuencias penales

El artículo 242 del CPP prescribe que una vez aprobado el acuerdo reparatorio, el juez respectivo deberá decretar el

¹⁸ Duce. Op cit, p. 165.

¹⁹ Duce. Op cit, p. 166.

sobreseimiento definitivo, total o parcial según el número de imputados y concurrentes al acuerdo en la causa, con lo cual sobrevendrá la extinción de la acción penal en contra del imputado que haya consentido en el acuerdo, poniéndose término a la causa incoada en su contra.

2. Consecuencias civiles

En materia de consecuencias civiles derivadas del acuerdo reparatorio celebrado y aprobado, el artículo 243 del CPP señala que una vez ejecutoriada la resolución judicial de aprobación de aquél, (la víctima) podrá solicitar su cumplimiento ante el juez de garantía conforme al procedimiento establecido en los artículo 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, correspondiendo en la especie al procedimiento de cumplimiento incidental del fallo, el cual en lo sustancial permite solicitar la ejecución de una sentencia (en este caso de una resolución con valor homologable al de una sentencia definitiva al poner fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio) ante el tribunal que la dictó, dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, ordenando su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide.

A su vez, el inciso segundo del artículo 243 señala que el acuerdo reparatorio aprobado judicialmente no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

3. Consecuencias subjetivas

Por último, en lo relativo a los efectos subjetivos o personales de los acuerdos reparatorios, el artículo 244 del CPP señala que si en la causa existiere una pluralidad de imputados o de víctimas, el acuerdo sólo producirá los efectos penales y civiles antes descritos respecto de quienes hayan prestado su consentimiento para su aprobación, por lo que el procedimiento penal continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

Oportunidad y Procedimiento

Respecto a la oportunidad procesal en donde procede la materialización de los acuerdos reparatorios como alternativa a un juicio oral, está existe desde la formalización de la investigación contra el imputado, contemplada en el artículo 229 del C.P.P.²⁰, hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, prescrita en el artículo 260 del C.P.P.²¹

A este respecto, es importante señalar que para el logro de los objetivos de una mínima intervención represiva del sistema penal cuando el caso concreto lo amerite, seguido de una priorización de los intereses de la víctima, es importante que el acuerdo reparatorio a satisfacción suficiente de los interesados, pueda ser materializado en las etapas iniciales de la persecución penal. Esta recomendable opción permitirá por un lado racionalizar la persecución penal, como de igual modo lograr el objetivo de reinserción social perseguido también por esta salida alternativa. Conclusión de lo anterior es la necesidad que tanto fiscales, abogados particulares de la víctima y defensores, busquen tempranamente espacios de negociación que hagan viable la posibilidad de lograr un acuerdo de reparación.

Las partes intervinientes e interesadas en lograr un acuerdo reparatorio, deben solicitar al juez de garantía respectivo que apruebe el acuerdo al que han llegado, para lo cual éste deberá citar a una audiencia pública a la cual fuera de dichos intervinientes deberán ser también citados a comparecer todos aquellos a quienes pudiera afectar el contenido de dicho acuerdo.

²⁰ Artículo 229 Código Procesal Penal: "La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados"

²¹ Artículo 260 Código Procesal Penal: "Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le entregará copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación".

Por último, a este respecto interesante resulta conocer la opinión del ministerio público y en particular de su Fiscal Nacional, el cual en ejercicio de la facultad de fijar los criterios de actuación del servicio, contenida en el artículo 17 letra a) de la Ley n° 19.640, "*dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos*", que a propósito de la oportunidad procesal para la aprobación de los acuerdos reparatorios, el instructivo n° 34 de fecha 14 de diciembre del 2000²², estableció que aquellos podrán aprobarse en audiencia de formalización de la investigación, audiencia especial al efecto en aquellos casos en que no se solicite en la audiencia señalada precedentemente, o en la audiencia de preparación del juicio oral, si se encuentra cerrada la investigación. En todo caso es necesaria como condición esencial que se haya formalizado la investigación en contra del imputado.

Registro

El artículo 246 del C.P.P. establece la necesidad que el ministerio público lleve un Registro en el cual conste los casos en que iniciada una investigación penal, está ha concluido con el establecimiento de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado.

La finalidad de este registro que no es esencialmente público sino más bien reservado en cuanto al acceso a la información en él contenida, dice relación con la necesidad de revisar si el imputado cumple o no con los requisitos necesarios para acogerse a un acuerdo reparatorio que le beneficie, y en general para el cumplimiento de

²² Instructivo n° 34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, oficio n° 242, diciembre 14, 2000, en MINISTERIO PÚBLICO – FISCALÍA NACIONAL, Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales, n° 26-50, Editorial Jurídica de Chile, noviembre 2000-febrero 2001, Santiago, 2001. pp. 177-178

objetivos propios de esta salida alternativa y al trabajo del ministerio público en la materia.²³

No obstante lo señalado precedentemente en el sentido que el registro carece de un carácter esencialmente público en cuanto al acceso de la información en el contenida, esta reserva no es absoluta pues la víctima según el inciso final del artículo 246 establece el “*derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado*”.

Participación del ministerio público en los acuerdos reparatorios

A propósito del rol que le corresponde al ministerio público y a sus fiscales en la adopción de los acuerdos reparatorios, algunos autores sostienen que aquél a diferencia de lo que ocurre tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, sólo tiene una intervención marginal, al carecer la opinión del fiscal de valor vinculante tanto para el juez de garantía como para las partes que intervienen en el mismo, pues éste podría incluso ser aprobado contra la voluntad expresa del fiscal, medida que estaría justificada por la existencia de un interés preponderante de la víctima, cuya satisfacción concreta es elevada por la ley a la categoría de una de las finalidades principales a las que debe aspirar el proceso penal.²⁴

Sin embargo esta opinión no es compartida por el ministerio público, cuya parecer en la materia se encuentra sistematizada en el instructivo n° 34 de diciembre del 2000, estableciendo parámetros de procedimiento para los fiscales enfrentados a la posibilidad de poner término a una causa en actual investigación por medio de la adopción de un acuerdo reparatorio, quedando claro que para la institución su participación no es residual sino relevante en el tema. En dicho instructivo, se establece atendida la naturaleza del hecho punible materia de la investigación, tres posibles cursos de acción: a) favorecer la celebración del acuerdo; b) Estudiar con detención la procedencia y

²³ “El registro tendrá por objeto verificar que el imputado (...) reúna los requisitos necesarios para acogerse, en su caso, (...) a un nuevo acuerdo reparatorio”. Artículo 246 inciso segundo C.P.P.

²⁴ Duce. Op cit, p. 168.

conveniencia de los mismos; y c) Oponerse a la aprobación en la audiencia correspondiente.

Los fiscales favorecerán la celebración de un acuerdo reparatorio entre los intervinientes tratándose de la generalidad de los hurtos, las usurpaciones no violentas, algunas figuras penales de fraude y falsificación, como también algunos delitos contemplados en leyes especiales. De igual modo, favorecerán dichas convenciones en los casos de lesiones menos graves y delitos culposos, incluido el homicidio y lesiones por imprudencia temeraria o por imprudencia simple del facultativo o dueño de animales.

En otros casos tales como los robo con fuerza en lugar no habitado o de cosas calificadas de bienes nacionales de uso público, las violaciones no violentas de domicilio, la usura o los delitos contra la propiedad intelectual, entre otros, los fiscales evaluarán con detención la procedencia y conveniencia de estos acuerdos víctima-imputado.

Finalmente, los fiscales se opondrán a la aprobación de acuerdos reparatorios respecto de delitos que fuera del patrimonio en algunos casos, afecten otros bienes jurídicos o exista un interés público prevalente, correspondiendo por ejemplo a los delitos de robo calificado, en lugar habitado, usurpación violenta, daños e incendio calificados, entre otros.

Tratándose del denominado interés público prevalente, según el inciso tercero del artículo 241 del C.P.P., éste concurre cuando “*el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular*”, constituyendo a juicio de la Fiscalía Nacional un caso de reincidencia específica, esto es haber sido el imputado condenado anteriormente por delitos de la misma especie que aquél que es objeto del acuerdo reparatorio, debiendo considerarse por ellos a los que afecten a un mismo bien jurídico tal como lo prescribe el inciso cuarto del artículo 351 del C.P.P.

Lo anterior constituye un criterio legal y obligatorio de no aprobación del acuerdo reparatorio, de modo tal que el fiscal a cargo del caso deberá alegar en tal sentido cuando corresponda,

pues implica estimar que el conflicto provocado por un delito de mediana gravedad, conviene enfrentarlo por medio de la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos específicamente afectados en sus intereses particulares.

En consecuencia, los fiscales podrán estimar que concurre un interés público prevalente que recomienda la investigación, acusación y sanción penal de un delito, a juicio de la Fiscalía Nacional, en los siguientes casos:

- La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto del acuerdo reparatorio.

La constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos en dos veces anteriores al último proceso penal seguido en contra del imputado.

La concurrencia de agravantes objetivas.

LA REPARACIÓN COMO ESPECIE DE SANCIÓN PENAL AUTÓNOMA

Con la incorporación de la institución de los acuerdos reparatorios a la nueva legislación procesal penal nacional, el legislador creemos, ha pretendido ofrecer una alternativa de solución rápida y eficaz a un conflicto, prescindiendo del desarrollo de un juicio muchas veces largo, costoso e innecesario, sobre la base de la obtención del resultado deseado por medio del diálogo directo entre los involucrados, y donde la pena privativa o restrictiva de libertad dado el caso concreto, no constituye la mejor alternativa de solución.

En general, la reparación ha pasado a constituir en el contexto de una tendencia que adquiere mayor preponderancia²⁵, una institución autónoma en el Derecho Penal, independiente al ejercicio de la acción civil – reparatoria y/o indemnizatoria – que puede

²⁵ A este respecto podemos decir que la reparación comienza a ser estudiada con intensidad en el marco del proceso penal, a partir del desarrollo de la perspectiva victimológica, como reparación a la víctima y como revalorización del valor de ésta y de su interés preponderante en el proceso penal.

derivarse de la comisión de un ilícito penal. Incluso algunos autores han llegado a asociar la reparación con una “tercera vía”, intermedia entre la tradicional distinción entre penas y medidas de seguridad. Así por ejemplo el profesor roxin señala que *“es recomendable construir la reparación al lado de la pena y de la medida como un “tercer carril” del Derecho Penal. Así como la medida sustituye o complementa la pena, en aquellos casos en los cuales esta última, en razón del principio de culpabilidad, no se puede justificar o sólo se puede justificar limitadamente, la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga, tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna. Ella es un instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, evitándola o atenuándola.”*²⁶

Compartiendo lo propuesto por Elena LARRAURI²⁷, en el derecho comparado existen básicamente dos modelos de reparación, uno el modelo anglosajón en donde aquella opera como sanción impuesta por el juez (sistema de justicia penal), y otro vinculado al modelo noruego también implementado en algunas legislaciones continentales como la española a propósito de medidas alternativa de sanción a delitos juveniles (sistema de justicia reparadora).

En el modelo anglosajón como señalamos, la reparación opera principalmente por medio de las denominadas *“compensation orders”*, las cuales implican una condena del juez a una reparación, la cual puede consistir en dinero, siendo la más características, pero además el contenido de la reparación puede también aludir a la realización de trabajos en beneficio de la víctima, comunidad u organización determinada, atendiendo a las competencias laborales y de experticia específica del imputado.

²⁶ ROXIN, Claus, “Fines de la pena y reparación del daño”, en “De los Delitos y de las Víctimas”, Editorial Ad Hoc, 1992, en LIBEDINSKY VENTURA, Sofía, “Los Acuerdos Reparatorios”, en Gaceta Jurídica n° 211, enero 1998, p. 14.

²⁷ LARRAURI, Elena, “La Reparación”, en “Penas alternativas a la prisión”, Editorial Bosch, Barcelona 1997, p. 181 y ss., en LIBEDINSKY VENTURA, Sofía, “Los Acuerdos Reparatorios”, en Gaceta Jurídica n° 211, enero 1998, p. 15

El segundo modelo vinculado a la noción de mediación-reparación²⁸, es propuesto como un medio propiamente alternativo al sistema penal, en los casos con posibles penas de hasta un año son derivados por el fiscal a cargo del caso a centro de mediación independientes de las instancias de persecución penal. En ello a instancias de un mediador, se pretende lograr un acuerdo de reparación, que no obstante logrado le permite a las partes por un breve plazo posterior, ejercer un derecho a retractación. Por el contrario, en el supuesto de no llegar a un acuerdo en el plazo fijado por la ley o bien que celebrado, sea incumplido por alguna de las partes, cabría la posibilidad de “activar” la persecución y el proceso penal correspondiente.

A nuestro juicio, la idea de *reparación* en el contexto de un proceso de conciliación autor-víctima, adquiere un significado y un contenido diferente al concepto de reparación civil del daño. En un sentido amplio, reparar el mal causado por el delito comprendería la pena y la responsabilidad civil, adquiriendo la primera el significado de una reparación simbólica ante la víctima y la sociedad, mientras que la segunda se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídico obligado derivado del delito.

Por lo anterior, la reparación que opera en el marco de un proceso penal y particularmente como consecuencia de la adopción de un acuerdo reparatorio entre los involucrados, entendemos se configura como una institución limítrofe entre la pena y la responsabilidad civil, que va a afectar a la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas en especial. La filosofía político-criminal que inspira básicamente esta reparación parte del reconocimiento positivo de la disposición del autor en

²⁸ Es posible vincular este modelo alternativo al sistema penal con el imperativo planteado por la corriente abolicionista consistente en la necesidad de devolver el conflicto y las posibles vías de solución del conflicto a las partes involucradas en el mismo, en el entendido que muchas veces la víctima no tendrá interés real en la imposición de una sanción penal en contra de su victimario, sino más bien se declarará satisfecha con la reparación efectiva e integral del daño que ha experimentado o demandará de aquél excusas suficientes por el daño o agresión cometida en su contra.

aceptar su responsabilidad ante la víctima y en su caso, también ante la sociedad.

Esta noción de reparación nos permite abarcar tanto las prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima. La reparación simbólica que tiene como destinataria a la sociedad – por ejemplo, por medio de prestaciones materiales a instituciones de utilidad común o trabajos de esa misma naturaleza – representan un terreno de contacto sólo tangencial con las penas en atención a su contenido, a consecuencia del distanciamiento de la referencia al daño efectivo producido a un sujeto concreto.

Finalmente, interesante resulta conocer algunos aspectos de experiencias de mediación-reparación-conciliación en la región de Cataluña, España, aplicables en el ámbito de la delincuencia de menores de edad para efectos de la responsabilidad penal (menores de dieciséis años). Los resultados de estas experiencias prácticas pueden proporcionar informaciones de gran utilidad, que permitan plantear una ampliación de las mismas a infractores mayores de edad, en el contexto de la necesidad de contar con respuestas frente al delito que no tengan necesariamente un contenido punitivo.

El concepto de reparación empleado en estos programas es amplio, pues no sólo abarca las prestaciones a favor de una víctima individualizada, sino también en beneficio de la comunidad, integrando con ello una orientación de carácter marcadamente educativo, aún cuando no responda a un proyecto educativo global, sino tan sólo a una intervención coyuntural consistente en la solución del conflicto creado por el infractor como consecuencia del hecho delictivo, con la participación de éste y de la víctima. Es así como la reparación es definida como una intervención educativa a instancia judicial que implica la confrontación del sujeto infractor con la propia conducta y sus consecuencias, la responsabilización de las propias acciones y la compensación posterior a la víctima, sea ésta un individuo, una entidad o la comunidad en general, mediante la realización de una actividad en beneficio suyo.

En realidad la reparación representa un proceso en el que

la confrontación y responsabilización constituyen los dos ejes claves, pues mientras la primera comporta situar al sujeto infractor ante el acto delictivo cometido, con tal de hacerle comprender que se trata de un hecho que atenta contra la norma social, que altera la convivencia estable dentro de la comunidad y la consecuencia del cual es un perjuicio para la víctima, el reconocimiento de los hechos que conlleva la responsabilización implica la aceptación de las consecuencias de su actuar y la posterior voluntad de reparar y de compensar a la víctima.

Por lo anterior, la reparación en sentido amplio abarca a la conciliación autor-víctima, situación que permite incorporar el proceso dinámico de confrontación, tratamiento y resolución del conflicto, pero también permite a la vez integrar los instrumentos o prestaciones específicas por medio de los cuales se materializa la solución pacificadora, es decir la reparación en sentido estricto, la reparación real y concreta, sumada a los servicios en beneficio de la comunidad como modalidad de reparación de carácter simbólico.

LOS DESAFÍOS DE UNA NEGOCIACIÓN PENAL

En materia penal propiamente tal, en 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó dos reglas de relevancia para la reparación de la víctima, abriéndose a alternativas distintas al juicio en el imperativo de cumplir cabal y oportunamente a la garantía del acceso a la justicia.

La Declaración sobre Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder adoptada por la Asamblea General prescribe que, “4º: *Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional*”, y “7º: *Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas*

*de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.*²⁹

En este contexto y utilizándolo de manera genérica para incluir buena parte de los mecanismos de entendimiento directo entre los involucrados en un conflicto en una dinámica de negociación, la conciliación significa según el diccionario de la lengua, “*componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. Esta circunstancia puede ser intentada por espontánea voluntad de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las diferencias, no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes que accionen busquen la coincidencia*”.³⁰

También se la ha caracterizado como “*el acuerdo entre partes que resuelven desistir de su actitud litigiosa, por renunciaciones recíprocas. Como acto, representa el cambio de puntos de vista, de pretensiones y propuestas, de composición entre partes que discrepan. Como procedimiento, la conciliación se integra por los trámites y procedimientos de carácter convencional o de imposición legal, para posibilitar un acuerdo entre quienes tienen planteado un problema jurídico o un conflicto económico. Como acuerdo, representa la fórmula de arreglo concertado por las partes*”.³¹

En el nuevo proceso penal chileno, si aceptamos la idea de “*consenso*” básicamente como el acuerdo entre las partes, podemos identificar en aquél una serie de instituciones en las que el acuerdo

²⁹ Declaración sobre Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán agosto-septiembre de 1985, adoptada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, en CHAVES RAMÍREZ, Alfonso, *La Conciliación*. Varios Autores, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Asociación de Ciencias Penales Costa Rica. San José de Costa Rica, Noviembre 1996. P.171.

³⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo III, Buenos Aires Driskill S.A., 1985, p. 592

³¹ TREJO, Miguel A.: y otros, en Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994, p. 130, citado en CHAVES, Op cit, p.173

entre algunos de los intervinientes en el proceso puede producir su paralización (suspensión condicional, acuerdos reparatorios) o su abreviación evitando el juicio oral (procedimiento abreviado).

La búsqueda de mecanismos o soluciones negociadas al conflicto derivado del delito parece encuadrarse, al menos tratándose de nuestra realidad, en la tensión entre objetivos valorados todos como necesarios: reducir a niveles racionales el uso de la prisión, dar plena satisfacción a las víctimas del delito, respetar las garantías individuales pero aumentando los resguardos que igualmente aseguren la seguridad ciudadana, y por último reducir los costos respetando eso sí la voluntad de las mismas víctimas de instar por la obtención de una sentencia condenatoria del imputado obtenida en juicio.

Tal como se dijo precedentemente, en el Código Procesal Penal se establecen algunas posibilidades de evitar el juicio oral, una condena o la persecución penal, mediante la obtención de un consenso entre los intervinientes del proceso penal. Con todo y constituyendo hasta ahora una debilidad del nuevo sistema de justicia criminal, él no contempla ningún mecanismo institucional o formalizado que haga posible de manera prioritaria la opción por dichos consensos.

Sin embargo, hay autores que sostienen que si bien la Ley Orgánica Constitucional que estableció al ministerio público, Ley n° 19.640, no establece base alguna que explícitamente dé lugar a mecanismos que tengan este objetivo, al establecer las unidades administrativas con que han de dotarse la Fiscalía Nacional y las Regionales, aquella prescribe en sus artículos 20 letra f) y 34 letra e) respectivamente, una Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, la cual en general tendrá por función esencial *"velar por el cumplimiento que a este propósito le encomiende al ministerio público la ley procesal"*.

A partir de este mandato legal, para el profesor Matus resulta claro que *"dichas disposiciones no llevan explícitamente a concluir que en dicha unidad de Atención de Víctimas y Testigos se deba establecer un programa de mediación como mecanismo para obtener los consensos posibles dentro del sistema procesal proyectado, pues en ninguna parte del Proyecto siquiera se menciona la palabra*

mediación”.³²

Sin embargo, continúa más adelante el mismo autor, “es perfectamente posible y se encuentra legalmente respaldado, que el Fiscal Nacional, en uso de su atribución de fijar “los criterios de actuación del ministerio público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes”, y dictar “las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”, determine que dicha Unidad organice y diseñe mecanismos que faciliten la obtención de los adecuados consensos que sean necesarios para recurrir con éxito al procedimiento abreviado, la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios, evitando el gasto de la realización de los juicios orales correspondientes.”^{33 34}

Dichos mecanismos genéricamente con características de mediación, orientados a facilitar el consenso entre los involucrados directamente en el conflicto, a partir de la experiencia acumulada deberían a lo menos reunir los siguientes requisitos: a) voluntariedad de los participantes; b) reconocimiento de los hechos – no así creemos participación o imputación –; y c) inmediatez o pertinencia de la adopción de la medida con respecto al inicio de la persecución penal.

Con todo, entendemos como esencial para el éxito del procedimiento negocial entre los involucrados, la existencia de una instancia distinta a la encargada de la persecución penal propiamente tal, evitando con ello que en la dinámica de gestación y materialización de una salida alternativa al juicio oral obtenida sobre

³² MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Op cit, p. 140.

³³ MATUS. Op cit, p. 141

³⁴ Interesante resulta conocer los criterios fijados por el Fiscal Nacional en esta materia, incluidos en el Instructivo n° 34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, pp. 176-177

las base de un acuerdo entre víctima e imputado, intervenga el fiscal a cargo del respectivo caso.

En la experiencia comparada, los profesionales involucrados en la puesta en marcha y desarrollo de proyectos de conciliación, consideran que ésta puede desplegar consecuencias positivas desde varias perspectivas (del autor; de la víctima; del procedimiento; social), lo que justifica su implantación y la necesidad de evaluar su efectiva viabilidad y alcance de aplicación en el ámbito del sistema de justicia penal.

Por último, los procedimientos de conciliación se inician con una adecuada selección de casos, debiéndose entonces previamente determinar los criterios generales de idoneidad que permiten delimitar los alcances que puede adquirir la aplicación de esta institución. A este respecto, es posible señalar tres condiciones básicas generalizables a todos los procedimientos en cuanto a la selección de casos idóneos para ser sometidos a conciliación: 1) existencia de una víctima personal, individualizable, lo cual no obsta a que sean varias e incluso tratarse de personas jurídicas; 2) una cierta entidad de la infracción penal, excluyéndose supuestos de bagatela; y 3) Reconocimiento del hecho o estar esclarecido dicho hecho.

Finalmente, en lo relativo a las actividades propiamente encaminadas a facilitar la conciliación, el principio básico que ha de estar presente en todo momento es el de la *participación voluntaria* tanto del infractor como de la víctima.

ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE LA REALIDAD

Finalmente, entendemos que aunque de manera limitada por la también relativamente baja incidencia que hasta la fecha han tenido la aplicación de salidas alternativas en general y de acuerdos reparatorios en particular, en el contexto de la implementación de la Reforma Procesal Penal en la cuarta región, útil resulta revisar someramente las estadísticas existentes y algunos aspectos emanados de la práctica forense derivada de dicha aplicación.

En primer término, se acompaña un cuadro con estadísticas que cruzan factores tales como tipo de delito, número total de causas

Manuel Zárate

***Los Acuerdos Reparatorios: algunos comentarios a partir de las
naciones de reparación y negociación***

ingresadas, número total de acuerdos reparatorios celebrados, teniendo como territorio jurisdiccional las comunas de Ovalle, Río Hurtado, Punitaqui y Monte Patria. La decisión de priorizar esta agrupación de comunas se debió exclusivamente a que hasta la fecha constituían aquellas con mayor número de acuerdos reparatorios celebrados en la cuarta región.

Importante es señalar como fuente de estas cifras a la Defensoría Penal Pública cuarta región, correspondiendo a estadísticas actualizadas sólo hasta el 23 de agosto del 2001.

Número de acuerdos reparatorios celebrados	Tipo de Delito	Total de número de causas ingresadas
0	Homicidio	6
0	Violación	1
0	Tráfico de drogas	15
1	Manejo en estado de ebriedad	12
3	Robo	60
6	Lesiones	43
2	Hurto	10
11	Otros	67
23	Total	214

Manifestación concreta de estas cifras la constituye tres acuerdos reparatorios celebrados en la región. El primer acuerdo elegido tuvo lugar ante el Juzgado de Garantía de La Serena, causa rol único 0000000443-K, de fecha 26 de abril del 2001, en el cual en la audiencia de formalización de la investigación por el delito de hurto por sorpresa, finalmente en grado de frustrado, a instancias

de la víctima y la imputada se procede a celebrar un acuerdo reparatorio, donde el contenido de la reparación corresponde al compromiso de la imputada de *“realizar tareas de reparación de cinco ventanas y un portón de un inmueble ocupado por una entidad destinada al tratamiento de personas que presentan discapacidad física y/o mental”*. Asimismo, la imputada se comprometió a *“adquirir los materiales necesarios y ejecutar las tareas, de lijar las estructuras, cubrirlas con un producto antioxidante y pintarlas de color gris perla”*. Finalmente, el acuerdo de reparación comprende el compromiso de la imputada a *“pedir perdón a la víctima ante el juez de garantía”*. Como podemos apreciar en este caso de la realidad, el contenido de la reparación prescindió de la reparación pecuniaria.

Un segundo caso es el ocurrido ante el Juez de Garantía de Ovalle con fecha 9 de mayo del 2001, causa rol único 0100014606-0, en el contexto de la audiencia por procedimiento simplificado, y formulado el requerimiento por el fiscal a cargo del caso por delito de falta de lesiones leves contemplado en el artículo 494 n° 5 del Código Penal, el Juez de Garantía de acuerdo a lo prescrito en el artículo 394 del C.P.P. instó a los intervinientes acerca de la posibilidad de dar término al procedimiento mediante un acuerdo reparatorio. Acordada las condiciones del acuerdo éste se verifica, siendo el contenido del mismo una disposición patrimonial indemnizatoria del imputado en beneficio de la víctima, además del compromiso de *“no molestar, agredir o alternar con la víctima de estos hechos”*. Aquí podríamos afirmar que junto a la reparación material a favor de la víctima se establece una especie de medida de seguridad o de resguardo futuro de su integridad física, con características de obligación para el imputado.

Por último, con fecha 29 de mayo del 2001, en la causa rol único 0100015202-8, en audiencia de procedimiento simplificado ante el Juez de Garantía de Ovalle, formulado el requerimiento por el fiscal a cargo del caso por delito de falta de lesiones leves contemplado en el artículo 496 n° 17 del Código Penal, esto es *“el dueño de animales dañinos que los dejare sueltos o en disposición de causar mal en las poblaciones”*, e igualmente a instancia del magistrado de acuerdo a lo prescrito en el artículo 394 del C.P.P. de consultar a los intervinientes acerca de la posibilidad de dar término al procedimiento mediante un

acuerdo reparatorio, el acuerdo consiste junto con la reparación en dinero, en el compromiso de *“mantener al animal que ocasionó las lesiones, amarrado en el interior de su domicilio impidiéndole salir a la vía pública”*, definiendo una obligación de cuidado, la cual nos hace recordar las presunciones simplemente legales y de derecho contempladas en los artículos 2326 y 2327 del Código Civil respectivamente, a propósito de la responsabilidad de los dueños de animales.

CONCLUSIONES

1. Estimamos como altamente conveniente la posibilidad de generar una apertura del Derecho Penal y Procesal Penal a nuevas alternativas que signifiquen mayor agilidad en la administración de la justicia, evitando juicios pero sin dejar de solucionar los conflictos sociales de mayor relevancia que demandan respuestas pertinentes.
2. En este contexto, los denominados acuerdos reparatorios surgen como una alternativa de respuesta, ágil y moderna, tratándose de determinada clase de delitos.
3. Lo anterior implica tal como lo señala el profesor BUSTOS, que *“el sistema penal se configure no sólo como un sistema penal mínimo, sino como un sistema penal de alternativas. Esto es que el propio sistema penal esté capacitado para tolerar y propiciar que el conflicto social (criminal) se resuelva más allá de su propio sistema, con lo cual además se llega a hacer desaparecer los conceptos de ofensor y víctima, pues sólo se tratará de partes que llegan a un acuerdo sobre su conflicto”*.³⁵
4. En suma los Acuerdos Reparatorios, entendidos como una verdadera negociación directa entre los involucrados con características similares a la conciliación, constituye a nuestro juicio una de las mejores soluciones a determinados conflictos

³⁵ BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena, “Victimología: presente y futuro”, Editorial PPU, 1993, p. 74, citado en LIBEDINSY, Sofia, “Los Acuerdos Reparatorios”, en Gaceta Jurídica, n° 211, enero 1998, p. 20.

derivados del hecho delictivo, toda vez que por su intermedio se potencia y actualiza la participación que corresponde a los verdaderos protagonistas de dicho conflicto, víctima e imputado, en la búsqueda de los términos de reparación declarados como suficientes por ellos mismos para ponerle término, pero sin que con ello se margine al Estado, principal interesado en el mantenimiento y restauración de la armonía social, sino por el contrario se valida su participación mediante la actuación preponderante de los Juzgados de Garantía llamados a prestar su aprobación, previo control de legalidad -- y no de mérito -- acerca del cumplimiento de los requisitos legales y de voluntariedad de los partícipes del acuerdo, los cuales hacen procedente la aplicación de esta salida alternativa.

EL CHEQUE COMO DELITO DE ACCIÓN PRIVADA EN EL NUEVO Y ANTIGUO PROCESO PENAL

Jean Pierre Matus

Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

En un artículo publicado junto a mi ayudante, don Patricio Aravena López, a principios del año 2001 (Semana Jurídica, Año 1 n° 13), abordamos los problemas que previsiblemente se producirían por la aparente “desadaptación” de las normas procesales contenidas en el D.F.L. 707 (Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques) respecto de las disposiciones del Código Procesal Penal de 2000. Como explicamos en esa oportunidad, dichas normas, que presentaban características especiales respecto del “antiguo” sistema de enjuiciamiento, aparecían, en muchos aspectos, carentes de aplicabilidad o de una forma racional de compatibilizarlas con el nuevo sistema. Particulares problemas de desadaptación presentaban las normas relativas al titular del ejercicio de la acción penal pública (exclusión como querellante del “endosatario en cobro”), las normas relativas al procesamiento y el decreto de prisión preventiva derivado de ese procesamiento (inexistente en el nuevo proceso penal), el problema de la cuantía de la caución para recuperar la libertad provisional (en el nuevo proceso penal no existe, salvo para casos excepcionales, la libertad “bajo fianza”), los viejos problemas del cheque a fecha y en garantía, y la posibilidad o no de dar eficacia a acuerdos reparatorios en una materia donde la doctrina y jurisprudencia dominante afirmaban que se afectaban bienes supraindividuales (fe pública y orden social económico).

Sin embargo, con la dictación de las Normas Adecuatorias, el tema del cheque en el nuevo proceso penal, fue resuelto de manera radical, alterándose sustancialmente la naturaleza de la figura penal, pasando de ser un delito de acción pública a uno de acción privada (artículo 42 D.F.L. 707).

En el Informe de la Comisión de Constitución;

Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 16 de octubre de 2001, se señala que tal decisión se habría tomado “sobre la base de consideraciones de política criminal sustantiva”, según las cuales “entendido el cheque como un instrumento de pago ... salvo ciertas conductas muy próximas a la estafa, y en la medida que se extingue la acción penal con el pago de la deuda, no es razonable que el ministerio público haga las veces de cobrador a favor del tenedor del documento”. Veamos las consecuencias de este cambio legislativo:

1. El problema del momento de la comisión del delito de giro doloso de cheques

El primer problema que se plantea es, atendida la vigencia temporal y no retroactiva del Código Procesal Penal (Artículos 483 y 484 del C.P.P.), precisar desde cuándo los casos de giro fraudulento de cheque quedarán sujetos al nuevo proceso penal.

De considerar que el delito en comento se consuma al producirse “la omisión del pago”, constituyendo aquella omisión propia el “núcleo” de esta figura penal¹, debe concluirse que quedan sujetos a las nuevas normas procesales sólo aquellos casos en que el vencimiento del plazo de tres días que establece el artículo 22 para consignar el “pago del cheque, de los intereses corrientes y las costas judiciales”, ocurra (o haya ocurrido) con posterioridad a la entrada en vigencia del C.P.P., puesto que sólo desde entonces podrá considerarse realizada una omisión que no admite tentativa, ya que hasta el último momento del plazo le es posible al girador consignar esas cantidades sin ser sujeto de responsabilidad penal, por mucho que hubiese antes deseado no hacerlo.²

De este modo, no es posible afirmar que la fecha de giro determinaría el procedimiento aplicable, pues ello implica negar que el delito es de “doble acción”; ni tampoco que sería posible supeditar el procedimiento a hechos posteriores al cumplimiento del plazo para

¹ VÁSQUEZ, Guillermo. “*Tratado sobre el cheque*”. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 348.

² POLITOFF, Sergio. “*Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*”. Santiago, 1999, pp. 200 - 202.

el pago (ajenos al tipo), como sería el de la certificación por el secretario acerca de la falta de consignación de fondos. Una posición intermedia sería concederle un efecto sustantivo a la disposición del artículo 34 del D.F.L. 707, que hace prescribir la acción penal en un año, “contado desde la fecha del protesto”.

2. Delitos de acción penal pública y privada, según las Normas Adecuatorias

Conforme a la Ley N° 19.806, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, los delitos de giro doloso de cheques consistentes en librar un documento no contando de antemano con fondos o créditos suficientes, retirar los fondos después de expedido el cheque, o girar con cuenta corriente cerrada, “conferirán acción penal privada al tenedor del cheque protestado”.

Sólo restan como delitos de acción pública (artículo 22 inciso segundo del D.F.L. 707) revocar el cheque por causales distintas a las contempladas en su artículo 26, y el delito del artículo 43 de dicho cuerpo legal (tachar de falsa una firma auténtica en el momento del protesto).

En una situación *sui generis* queda el caso (inexistente en la práctica jurídica) del giro doloso de acción privada, en que “aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar”, artículo 22 inciso 8° del citado cuerpo legal. Pero sobre este problema volveremos más adelante.

Las normas adecuatorias asumen de este modo el hecho, impuesto por la práctica, de que, tal como sucede hoy en día en los Juzgados del Crimen, es inimaginable la actuación de oficio de los fiscales del ministerio público en esta materia, entendiendo que siempre contarán con la iniciativa del querellante, puesto que, no obstante tratarse actualmente de un delito de acción pública, el delito presupone la ejecución de gestiones que son resorte del interesado ante el juez en lo civil.

Es más, para los escasos casos que restan de acción

pública luego de la ley sobre normas adecuatorias, en realidad esta acción se transforma en acción penal pública previa instancia particular -en la nomenclatura del Código Procesal Penal- pues se prevé que los fiscales del ministerio público “sólo iniciarán la investigación cuando se les presente el cheque protestado y la constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado en el mismo artículo 22”.

En cambio, las normas adecuatorias no ofrecen solución al problema referido al titular de la acción penal en esta clase de delitos, con relación a lo dispuesto en el artículo 111 inciso primero del C.P.P., que limita la calidad de las personas que pueden querellarse, facultando para ello únicamente a la víctima, su representante legal o sus herederos testamentarios, no contándose entre ellos al endosatario “en cobro”, quien no cuenta con otro mandato que el endoso en cobro al dorso del cheque que da origen a su acción, lo cual le impide, legalmente, comparecer como querellante en el nuevo sistema procesal.

3. El problema del procesamiento, la orden de detención y la prisión preventiva

El artículo 42 de la ley de cheques disponía: “El juez del crimen que corresponda procederá a encarar reo al librador de los cheques a que se refiere el artículo 22 de esta ley, con el sólo mérito del cheque protestado y de la constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado en el mismo precepto...”

Esta disposición -que constituía en relación con el “antiguo” procedimiento penal, una alteración de las reglas generales³- implicaba, respecto del imputado, su prácticamente automático “sometimiento a proceso” y el despacho inmediato de una orden de detención en su contra, cuyo cumplimiento en calidad de “prisión preventiva” llevaba, consecuentemente, a los problemas de la

³ VÁSQUEZ, Guillermo. Op.cit., p.449.

excrcelación existentes en esta materia-, quedó derogada por la ley sobre normas adecuatorias.

En consecuencia, el régimen excepcional de la protección penal del cheque, queda derogado. Lo mismo ocurre con la caución obligatoria, de un monto no inferior al importe del cheque, más los intereses y las costas fijadas prudencial y provisionalmente por el tribunal, que se establecía como requisito para obtener la libertad provisional en estos casos. A falta de regla especial, debe estarse a las generales del Código Procesal Penal para los delitos de acción privada (los más relevantes de la práctica), donde la prisión preventiva es improcedente, conforme dispone el artículo 141 letra b del C.P.P.; y, para los dos casos extraordinarios de delitos de acción pública, las condiciones para que se decrete la prisión preventiva son las generales, contenidas fundamentalmente en los artículos 139, 140 y 141 del C.P.P., y, por lo tanto, la cuestión se traslada, en el caso concreto, a la discusión sobre el cumplimiento de los requisitos que tales disposiciones establecen, en especial, cómo considerar que en esta clase de delitos, aquella es “indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”.

Conforme a estas reglas, tratándose de cheques cuyo monto no sea superior a las 4 Unidades Tributarias Mensuales, sólo será procedente la citación judicial, ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 del C.P.P. que excluye medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, para delitos con penalidad como la establecida para aquellos casos, artículo 467 del Código Penal.

Además, debe tenerse en cuenta que la sistemática del C.P.P., fundada en la libertad del imputado como regla general, se desentiende de la reglamentación de la libertad provisional y de la caución en relación con ella, en los términos contenidos en el “antiguo” código. La única norma que se refiere a caución y libertad provisional es la del artículo 146 del C.P.P., que trata de la “caución sustitutiva” de la prisión preventiva y se refiere sólo a los casos en que la prisión preventiva ha sido o debiera ser impuesta “para garantizar la comparecencia al juicio y a la eventual ejecución de la pena”,

pero en ningún caso tiene relación con cantidades debidas u otros fines diversos a los señalados en esa disposición. Es decir, salvo en los casos del artículo 141 inciso tercero (garantía de comparecencia), no correspondería sustituir la prisión preventiva por una caución y, aún cuando el imputado por el delito de giro doloso de cheques se encuentre en tal situación, dicha caución no debiera encontrarse condicionada en caso alguno al valor del cheque origen de la causa.

4. El cheque “en garantía” y el cheque “a fecha”

Presentada una querrela por delito de acción privada de giro fraudulento de cheque ante el juez de garantía, recaerá en este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 letra e del C.P.P., el examen – en lo relativo a la “naturaleza del cheque”, a efecto de determinar si éste, es efectivamente un cheque susceptible de dar origen al delito del artículo 22, dicho en otros términos, si los hechos expuestos en la querrela son o no constitutivos de delito.

Sin el “trauma inicial” de la prisión preventiva, que acompaña al procesamiento por giro doloso en la actualidad, conforme al régimen antiguo, es probable, aunque no recomendable jurídicamente, que la jurisprudencia tienda a ser más propensa a no discutir acerca de la naturaleza del instrumento protestado al momento de declarar la admisibilidad o no de una querrela en esta clase de delitos, dejando al arreglo privado de las partes, dentro del procedimiento por acción privada, su discusión. Sin embargo, hay que destacar en este punto la instrucción impartida por el Sr. Fiscal Nacional a principios del año 2001 (Instructivo N° 39, N° 3 i), en la que, refiriéndose al cheque en garantía y siguiendo a la jurisprudencia “mayoritaria” y “que se ciñe a la legislación”, ha señalado que el cheque “sólo puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de confianza y no en garantía o para caucionar obligaciones futuras, que existirán con posterioridad al giro del cheque, de lo que se sigue que no se configura el delito de giro doloso cuando son protestados por falta de fondos.”

Por otra parte, tratándose del denominado “cheque a fecha”, en contra de la opinión del señor Fiscal Nacional (que atendiendo a la entonces regulación del delito como de acción pública, instruyó la

persecución penal de aquellos librados con esta característica y que se encuentren sin fondos al ser cobrados por caja, aduciendo que, de conformidad con el artículo 10 inciso 2º de la ley de cheques, “el cheque es siempre pagadero a la vista” y, por lo tanto, “en nuestra legislación no existe el cheque a fecha”), creemos que si la fecha es requisito esencial del cheque (artículo 13 D.F.L. 707), al punto que determina la fecha de su caducidad, un cheque “a fecha” parece tan desnaturalizado como un cheque “en garantía”; y, en segundo término, un “cheque a fecha” es, en la práctica comercial, un instrumento de crédito y no de pago, y, en tales condiciones, no sujeto a la protección penal que se brinda para esta última clase de instrumentos, siendo, además, contradictorio con las garantías a la libertad personal que establece el nuevo ordenamiento procesal, concluir que tales instrumentos de crédito se encuentran garantizados personalmente, esto es, con la libertad del girador (aunque sea sólo en el momento de la sentencia definitiva). Es más, parece que el castigo penal del cheque a fecha, instrumento de crédito, contradice prístinamente lo dispuesto por el artículo 7.7 de la Convención de San José de Costa Rica que prohíbe la detención por deudas que, tratándose de las provenientes de cheques a fecha, en algunas ocasiones encubren mutuos cuyas tasas de interés podrían considerarse rayanas a la usura.

5. El sobreseimiento y los acuerdos reparatorios

El sobreseimiento total y definitivo a que se refería el antiguo inciso 8º del artículo 22 del D.F.L. 707, y que era decretado por el juez en cualquier momento en que el procesado o condenado pagase el cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales..., fue reemplazado por una “casual de sobreseimiento definitivo”, que se dictara, previa solicitud de parte, “a menos que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar”. Se agrega “el sobreseimiento definitivo que se decrete en estos casos no dará lugar a la condena en costas prevista en el artículo 48 del Código Procesal Penal”, lo que, según el Informe de la Comisión del Senado, fue agregado para impedir que el ministerio público fuese condenado en costas, “no obstante la existencia de un claro hecho delictivo”.

Sin embargo, tanta preocupación por los efectos del sobreseimiento (y por la eventual persecución penal de esta "estafa por medio de cheques" que nunca se ha perseguido en Chile), resulta, para la práctica, innecesaria y sólo aplicable a los escasos dos supuestos en que el ministerio público puede intervenir en esta clase de delitos (orden de no pago ilegal y tacha de firma verdadera).

Lo mismo sucede con los acuerdos reparatorios, que no tienen cabida en los delitos de acción privada, donde el sólo desistimiento y su aceptación producen similar efecto, sin quedar sujeto a ninguna clase de control adicional. Afortunadamente, esta mayor disponibilidad del proceso por acción privada fomenta un mayor ámbito para la negociación de las partes involucradas. Sin embargo, sin contar con el "aliciente" de la pérdida de la libertad personal, que fue el mecanismo de cobro anteriormente, es de esperar que los querellados por esta clase de delitos -que por regla general, no se encuentran especialmente dispuestos a pagar sus deudas, reales o presuntas-, prefieran una condena remitida o, en el peor de los casos, con libertad vigilada, a solucionar voluntariamente esas reales o presuntas obligaciones.

6. Los efectos de las modificaciones propuestas en las causas seguidas conforme al Código de Procedimiento Penal de 1906.

Según dispone el artículo transitorio de la ley sobre normas adecuatorias, sus normas "entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial", con excepción de "aquellas normas relativas al ejercicio de la acción pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos, a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente" conforme al calendario establecido para la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en el artículo 4° transitorio de la ley N° 19.640.

La pregunta que surge inmediatamente es si las normas que modifican el D.F.L. 707 son de aquéllas que entran a regir inmediatamente y para todo el país, o están sujetas a gradualidad.

Revisemos una por una las modificaciones propuestas.

Caben dentro de la regla de la gradualidad: las que se refieren a las facultades del ministerio público (artículo 1º), por ser atinentes al “ejercicio de la acción penal pública”; las modificaciones de los incisos 7º y 9º del art. 22 del D.F.L. 707, al fijar reglas de “competencia en materia penal”; también, parece más o menos claro, la norma contenida en la frase final del proyectado inciso 8º del artículo 22 (que excluye la aplicación del artículo 48 del Código Procesal Penal); lo mismo sucede con la regla relativa a la exigencia de presentación ante el ministerio público del cheque protestado y la certificación correspondiente, en los escasos casos en que las normas adecuatorias conceden acción pública en estos delitos; finalmente, un sentido puramente procesal parece haberle dado la Comisión a la modificación contenida en la primera parte del actual inciso 8º del artículo 22 D.F.L. 707. (la expresión “causal” alude a la imposibilidad del juez de garantía para actuar de oficio, p. 136 Informe de la Comisión del Senado, por lo que habría que conceder, se encuentra también sujeta a gradualidad.

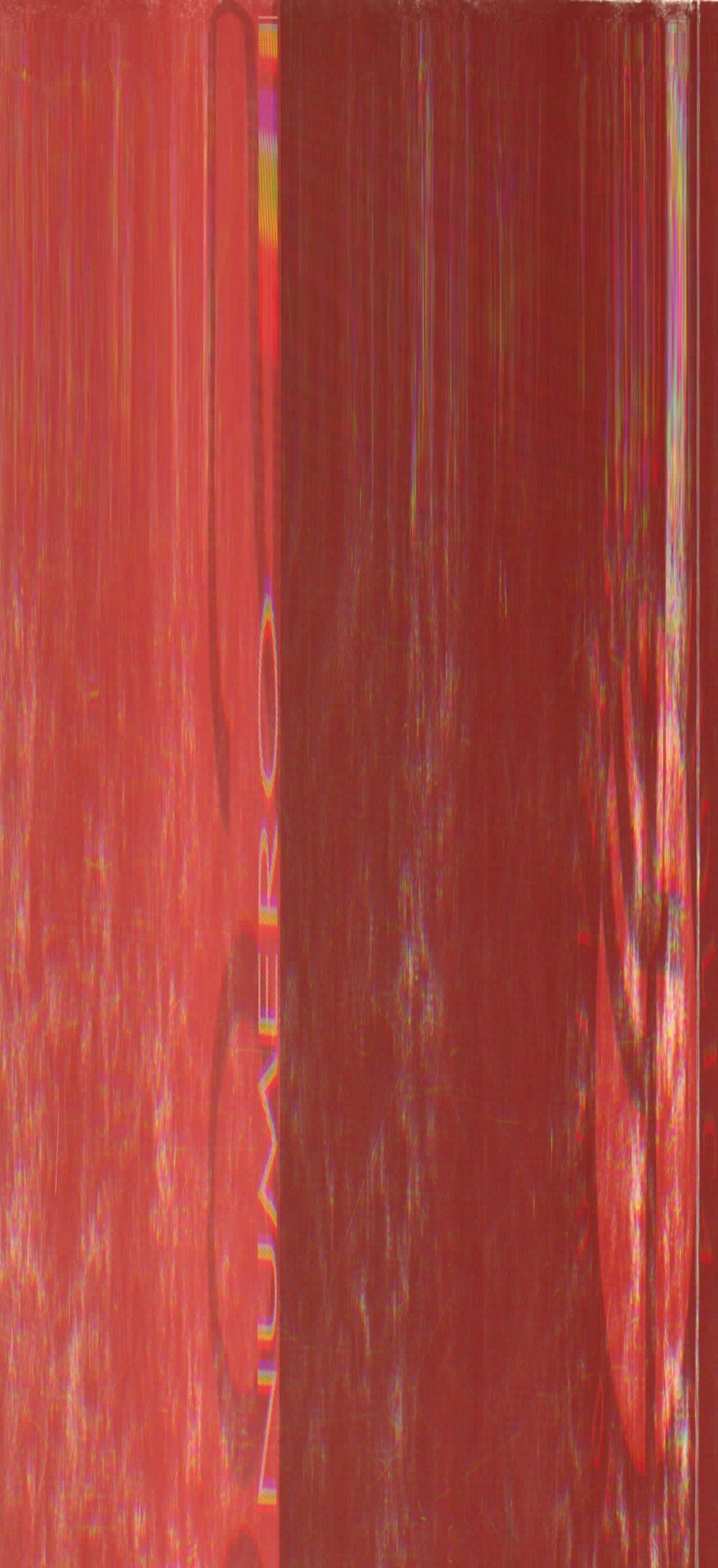
Sin embargo, no parecen correr la misma suerte las declaradas “consideraciones de política criminal sustantiva”, que habría tenido en cuenta la Comisión para degradar a delitos de acción privada los supuestos más comunes de giro doloso de cheques, que *mutatis mutandi* podrían parafrasearse diciendo que “entendido el cheque como un instrumento de pago ... salvo ciertas conductas muy próximas a la estafa, y en la medida que se extingue la acción penal con el pago de la deuda, no es razonable que los juzgados del crimen (el ministerio público) hagan las veces de cobrador a favor del tenedor del documento”.

En efecto, la calificación de delitos de acción pública o privada de los casos más importantes del artículo 22 del D.F.L. 707 (giro sin fondos o contra cuenta cerrada), no es una regla “relativa al ejercicio de la acción penal pública”, sino a la atribución del carácter público o privado de la acción emanada de ciertos delitos, esto es, una decisión de política criminal sustantiva, anterior a la regulación de la forma de ejercer la acción penal, pública o privada. Tampoco dice relación con “la dirección de la investigación y la protección de víctimas y testigos”, no altera las reglas de “competencia en materia penal”, ni la “ley

procesal aplicable”, pues tanto en el régimen del Código de 1906 como en el de 2000, existen normas (no alteradas) que regulan el ejercicio de la acción penal privada.

Si esto es así, quedan también sin efecto, aun para los procedimientos seguidos conforme al C.P.P. de 1906, las especiales reglas de procesamiento y prisión preventivas del antiguo artículo 42 del D.F.L. 707 y deben trasladarse, además, las cuestiones debatidas acerca de la compatibilidad del régimen general establecido para los delitos de acción privada en el Título II del Libro III del C.P.P. de 1906 con la persecución criminal del giro doloso de cheques.







Universidad Católica de Temuco
Escuela de Derecho
Manuel Montt N° 56 · Campus San Francisco
Fono-Fax (56 · 45) 205497
Temuco · Chile

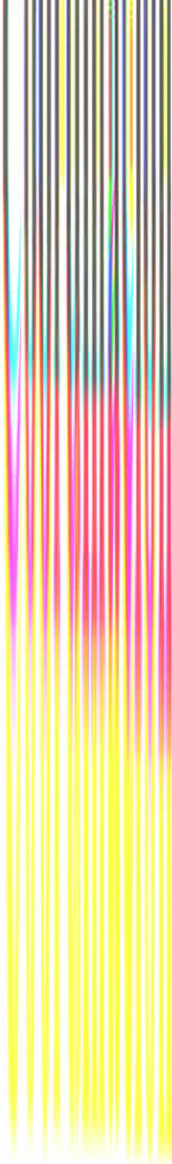
Dirección

Rodrigo Coloma Correa

Comité Editorial

Rodrigo Coloma Correa
Jesús Escandón Alomar
Gonzalo Navarrete Villegas

Coordinación



Universidad Católica de Temuco**Escuela de Derecho**

Manuel Montt N° 56 · Campus San Francisco

Fono-Fax (56 · 45) 205497

Temuco · Chile

Dirección

Rodrigo Coloma Correa

Comité Editorial

Rodrigo Coloma Correa

Jesús Escandón Alomar

Gonzalo Navarrete Villegas

Coordinación

Mario Vargas Cociña

Email de contacto: mvargas@uct.cl

Colaboradores

Sofía Libedinsky Ventura

José Martínez Ríos

Claudio Pavlic Véliz

Patricia Toledo Zúñiga

Mario Vargas Cociña

Impreso en

Kolping Impresores Ltda.

Villa Alegre 896 B · Padre Las Casas

Temuco · Chile

Fono-Fax: (56-45) 317272 - 317271

E-mail: kolimpreso@telsur.cl