

## REFLEXIONES SOBRE SIETE MESES DE APLICACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

*Guillermo Piedrabuena Richard*

Fiscal Nacional

Profesor de Derecho Procesal

### SUMARIO:

1. Transparencia, publicidad y celeridad del nuevo proceso y comparación con el sistema procesal anterior.
2. *Protección de víctimas y testigos.*
3. Relación entre fiscales y policías.
4. Relación entre fiscales y jueces.
5. Algunas dificultades y diferencias entre fiscales y jueces de *garantía.*
6. Los fiscales y los defensores penales públicos.
7. La seguridad ciudadana y la reforma procesal penal.
8. La autonomía del Ministerio Público.
9. El aplazamiento de la reforma en la Región Metropolitana.
10. La reforma implica un proceso gradual y perfectible.
11. Despenalización de infracciones a la Ley de Alcoholes y modificaciones a la legislación penal.
12. Adecuación entre las normas constitucionales y el nuevo sistema procesal penal.

13. La igualdad ante la ley y la vigencia gradual del nuevo sistema.
14. Los problemas de la eliminación del procesamiento y las referencias al procesamiento en la Constitución y en otras leyes.
15. Necesidad de corregir una distorsión en la competencia de los tribunales penales del juicio oral.

\*\*\*\*\*

Después de siete meses de iniciada la reforma en la IV y IX regiones, es de suma conveniencia detenerse en el camino y hacer una reflexión que comprenda destacar aspectos positivos, algunos negativos y sugerir algunas modificaciones necesarias antes de que el sistema empiece a operar en otras regiones, en especial en Santiago, Valparaíso y Concepción.

Estas reflexiones son preliminares porque están pendientes diversas evaluaciones por parte del M.P., incluyendo estadísticas globales y parciales del movimiento de causa, de las salidas alternativas y de las sentencias que se han dictado.

Pero aún sin estas estadísticas, podemos ya señalar algunas reflexiones y conclusiones.

\*\*\*\*\*

### **La transparencia y publicidad del nuevo sistema.**

Las audiencias se han efectuado casi siempre con presencia de público y medios de comunicación. La prensa ha informado ampliamente y no ha habido restricciones al respecto de la Fiscalía o de los propios tribunales.

*Por su parte, las fiscalías a través de sus voceros también han dado su explicación de las distintas alternativas y en algunos casos también lo ha hecho la defensoría penal.*

Es decir, hay interés del público, lo que no sucedía en el antiguo sistema.

### **La celeridad del nuevo proceso.**

Ya se han conocido casos de procesos terminados en pocos meses por sentencia condenatoria o absolutoria. También en corto tiempo se han solucionado conflictos mediante la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

Cierto es que existe un buen número de causas que están pendientes a la espera del cierre de la investigación y de otras circunstancias, cuyo destino sería preciso indagar y controlar para evitar la concentración de causas paralizadas.

*No es lo mismo fallar un proceso al cabo de varios o muchos años que resolverlos en algunos meses, independiente del resultado a que se llegue. En el antiguo sistema, una sentencia condenatoria dictada después de muchos años daba la sensación de no haberse hecho justicia y de falta de reparación oportuna.*

### **La protección de las víctimas y testigos.**

Se ha hecho un trabajo gigantesco en las Unidades de Víctimas en la Fiscalía Nacional y en las regionales. Las víctimas son derivadas a esta unidad y son atendidas no sólo desde el punto de vista de su participación en el proceso sino que también en lo referido a su *rehabilitación en el establecimiento que corresponda.*

Hay unidades especializadas que han trabajado intensamente en este tipo de protección que no se conocía en Chile, juntando su esfuerzo a las pequeñas unidades que tienen las policías para preocuparse de este tema.

La sociedad chilena reclamaba desde hace tiempo la presencia de fiscales que recibieran oportunamente las denuncias y se preocuparan de la protección de las víctimas y testigos. Faltaba el órgano adecuado para ello y eso explica la creación de oficinas de *fiscalización del delito que han surgido en las grandes ciudades en combinación con las municipalidades.*

En el futuro, si los fiscales cumplen adecuadamente con su función de proteger a las víctimas, no tendrían razón de ser las oficinas fiscalizadoras del delito que han surgido últimamente, a lo menos verían reducida su acción a la de entidades privadas asociadas voluntariamente para proteger a las víctimas.

*En lo que se refiere a los testigos, el trabajo ha sido más lento porque no se han obtenido los recursos necesarios para su atención y traslado. Además, se encuentra pendiente una reforma legal para asegurar el cambio de identidad de un testigo o para proteger la declaración de los testigos cuya identidad debe mantenerse en reserva, en el marco del proyecto de leyes adecuatorias.*

Lo que sí debe perfeccionarse es como lograr vencer el temor de las víctimas antes de declarar en el juicio oral, sea por la publicidad o a veces por amedrentamientos de terceros.

Estimamos que los fiscales deberán ser más estrictos para denunciar cualquier maniobra de amedrentamiento de las víctimas y de los testigos.

### **Relaciones entre los fiscales y las policías.**

Salvo excepciones, se ha dado una buena relación entre fiscales y policías y existe coordinación de la Fiscalía Nacional y de los fiscales regionales con los mandos policiales.

Los problemas o diferencias que se han planteado son solucionados mediante el tratamiento directo de ellos, entre el Fiscal Nacional y los fiscales regionales con los mandos policiales respectivos.

Es efectivo que los fiscales son personas jóvenes, los abogados de mediana edad no se han interesado en ser fiscales, que pueden ser algo inexpertos en un comienzo, pero tienen una dedicación que les permitirá adquirir experiencia en la investigación y en el ejercicio de la acción penal en forma paulatina y segura en los próximos años.

Existe alguna preocupación en algunos policías por las limitantes que introduce el nuevo Código Procesal Penal respecto de sus actuaciones investigativas, en especial en el tema de la detención por sospecha que se transforma en control de la identidad.

Por una parte, las policías deben comprender que ha habido una evolución legislativa para regular los procedimientos policiales, pero

por otra también es justo destacar sus preocupaciones para que sean consideradas en el marco de las futuras leyes que perfeccionen la *reforma procesal penal*.

Podemos asegurar que la inmensa mayoría de las policías comprende y acepta las modificaciones procesales y está dispuesta a cumplirlas.

### **Una necesaria buena relación entre fiscales y jueces.**

Esta relación ha pasado por algunos momentos críticos ya superados, en especial con los jueces de garantía.

Al inicio de la reforma se advirtió una clara tendencia de los jueces de garantía de desconfianza en los fiscales, sea por razones históricas de que los antiguos fiscales judiciales dependían del Poder Judicial y los nuevos eran independientes de la autoridad judicial, sea porque los jueces estimaban que ellos lo habrían hecho mejor como investigadores que los nuevos fiscales o por la razón que fuere...

### **Algunas dificultades en las relaciones de trabajo con jueces de garantía.**

*En el marco de la puesta en marcha de la reforma procesal penal y a fin de abrir diálogo sobre algunas materias en busca de alternativas de solución, queremos reseñar algunas de las principales dificultades que, desde el Ministerio Público, encontramos en las relaciones de trabajo entre fiscales y jueces de garantía.*

1. Incumplimiento del inciso final del artículo 231, en cuanto no se cita a las víctimas a las audiencias de formalización de investigación. Por lo demás, en alguna oportunidad y ante el reclamo del fiscal, se le ha manifestado que es innecesario porque el fiscal es el abogado de la víctima lo que constituye un error. Esta misma omisión se ha verificado en audiencia de preparación de juicio oral.
2. *Utilización del Art. 234 del CPP en forma generalizada y no excepcional.*

En todas las formalizaciones de investigación se fija plazo judicial para investigar, llegándose a la exageración de fijar plazos de 8, 10 y 15 días. Por lo demás, algunos jueces de garantía rechazaban la solicitud de prórroga presentada por los fiscales, señalando que era improrrogable. La Corte de Apelaciones de La Serena fue la primera en rectificar este error indicando que aquellos, siendo plazos judiciales, son esencialmente prorrogables. Señaló además esta Corte la necesidad de fundamentar la afectación de la cautela de garantía para otorgar la reducción del plazo legal de dos años.

3. *Uso indiscriminado de la facultad de cautelar garantías, de oficio*, del artículo 10 del Código Procesal Penal. Algunos jueces quieren mantener un control sobre las actividades de investigación del fiscal que a veces pugna con el mandato constitucional de entregar a éste la dirección exclusiva de la investigación.
4. *Algunos jueces de garantía, especialmente de la IX región fijaban plazos para el cumplimiento de las órdenes de detención*, ordenando que, vencido este plazo, debía eliminarse cualquier registro que de ella conservare la policía. Es necesario tener presente que el legislador, cada vez que quiso establecer plazos para la vigencia de una autorización judicial, lo dijo expresamente. Así es el caso de las órdenes de registro establecido en el artículo 208 del Código Procesal Penal.
5. *Ritualización excesiva de los procedimientos simplificados*.

Algunos jueces de garantía desarrollan este juicio exigiendo la aplicación de normas propias de juicio oral tales como alegato de apertura y de cierre. Con esto se otorga una extensión no prevista por el legislador para estas audiencias que redundan en una recarga de tiempo de trabajo tanto para los jueces como defensores y fiscales. En el caso de estos últimos, esto va en directo desmedro del tiempo que los fiscales deben dedicar a las actividades de investigación.

6. *Fijación de audiencia para cada una de las peticiones del fiscal*.

En opinión de esta Fiscalía Nacional, la solicitud de los fiscales no siempre da lugar a una audiencia. De ser así se origina una excesiva demora en la resolución de materias y diligencias que por su propia naturaleza requieren de rapidez para ser eficaz.

7. *Falta de cumplimiento por los juzgados de garantía respecto de las instrucciones de la Corte Suprema en orden a que son estos juzgados los que deben custodiar las incautaciones o evidencias en materia de alcoholes.*
8. *Exigencia de algunos juzgados de garantía del original de la investigación al momento de presentar la acusación.*
9. *Algunos jueces de garantía no se conforman con la exhibición de los antecedentes en que se funda la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva sino que exigen copia de los mismos agregándola al registro lo que contraría el espíritu de la norma.*
10. Esta misma exigencia la hacen para autorizar determinadas diligencias en el marco del artículo 236 del CPP. (Ej.: interceptaciones telefónicas, en que se ha debido acompañar copia de los informes policiales. Otro ejemplo: La exigencia de acompañar copia de declaraciones de testigos para otorgar orden de entrada y registro).
11. *Trato inadecuado a los fiscales por parte de algunos jueces de garantía, pasando por sobre la prerrogativa constitucional de estos últimos que no son auxiliares de la administración de justicia del C.O.T. Conocido es el caso del juez de garantía que sancionó disciplinariamente a un fiscal, lo que debió ser corregido por la respectiva Corte de Apelaciones.*
12. Vale también mencionar una dificultad administrativa como es *la lentitud en la entrega material de las actas de las audiencias.*

\*\*\*\*\*

Podemos decir con cierta seguridad que muchos de estos problemas se han ido superando a través de contactos directos entre el Fiscal Nacional y los fiscales regionales con los Tribunales Superiores de Justicia o con los directivos de los jueces, de modo que a siete meses de iniciada la reforma la relación entre jueces y fiscales es más que satisfactoria, aún cuando siempre hay que estar pendientes de los problemas puntuales que se dan curiosamente en las grandes ciudades y no en las ciudades chicas o pueblos de la IV y IX regiones.

Por cierto, debe existir una actitud correlativa de los fiscales respetuosa y deferente con los jueces. Para colaborar en un clima de armonía con la reforma entre fiscales y jueces, hemos celebrado varios encuentros de reflexión entre ambos estamentos, se han tenido diversas reuniones con la Asociación de Magistrados y con el Instituto de Estudios Judiciales. Próximamente tendremos encuentros en Antofagasta y en Talca, entre los nuevos fiscales y jueces, tanto de garantía como orales, que empezarán a funcionar en la II, III y VII regiones.

### **Actuación de los defensores penales públicos en representación de los imputados que no tienen defensa.**

Esta labor ha sido importantísima porque en esta materia había una clara falencia en el sistema antiguo.

La contratación de los primeros defensores públicos por el Ministerio de Justicia y luego la promulgación de la ley de defensoría que permitirá designar en propiedad a los primeros defensores regionales y locales, ha funcionado satisfactoriamente y ningún imputado ha quedado sin defensa en estos primeros meses.

Las relaciones entre defensores y fiscales se han dado en un clima de colaboración jurídica, por regla general, aún cuando el papel o rol de cada uno es claramente distinto.

Es posible que exista una dificultad hacia futuro cuando entre a regir el sistema en todo el país porque los defensores oficiales no pueden atender las defensas de todo el sistema y se necesita el concurso de los profesionales e instituciones privadas que se dedicarán a las defensas. La ley establece un sistema de licitación de las defensas entre los privados y será pieza esencial de la defensoría que este sistema funcione seria y eficazmente con el apoyo económico del Estado, porque es imposible que los defensores oficiales puedan asumir toda la carga de trabajo de las defensas en el país. La incorporación de los profesionales privados a estas tareas de la defensa penal y también a la atención de las víctimas, querellantes, etc. ha sido lenta hasta ahora, pero ello se activará cuando se abran concursos por la defensoría nacional y entre a regir el sistema en las grandes ciudades del país.

Los defensores suelen reclamar de la lentitud en el cierre de la investigación y urgen con plazos, pero luego reclaman que los

fiscales no han hecho su investigación como corresponde y no han preparado la acusación. Hay que buscar un justo equilibrio ente la celeridad y la seriedad de la investigación.

Los fiscales tienen la más grande carga de trabajo en el nuevo sistema, mucho más que los defensores y jueces, de modo que es injusto exigirles un trabajo más rápido que se ve retardado muchas veces por la acción de los propios defensores.

### **La seguridad ciudadana y la reforma procesal penal.**

Sobre esta materia se han vertido públicamente algunas opiniones muy importantes en el sentido de que con la reforma se habría producido un aumento de la delincuencia, en especial en la IV y IX regiones del país. En primer término y ello es casi obvio, estimamos que el fenómeno social del aumento de la delincuencia no puede ser producto de una reforma legal o de la forma como se está aplicando cualquiera que sean sus defectos.

La delincuencia y el aumento de la inseguridad ciudadana están relacionados con factores sociales muy profundos que deben ser atacados, como lo son la inestabilidad familiar, la cesantía, la falta de conciencia valórica sobre algunos bienes jurídicos como la propiedad y la libertad de las personas, la falta de eficiencia de las policías y por qué no decirlo, la falta de atención expedita a las víctimas por los órganos de la justicia criminal.

Por lo anterior, no debiera la reforma procesal penal producir un aumento de la delincuencia o de la inseguridad ciudadana. Si las víctimas son mejor atendidas, si la policía actúa prontamente a instancias de los fiscales, si los procesos son más rápidos y transparentes y si la sociedad le entrega mayores recursos a la justicia penal, estaríamos en presencia claramente de una mejoría del cuadro de la seguridad ciudadana.

Sin embargo, como la reforma que es de naturaleza garantista de los derechos de los intervinientes, en especial del imputado, pueden producirse algunas situaciones de crisis y de intensa discusión en los organismos vivos de la sociedad que se preocupan de estos temas.

Por ejemplo, una conducta excesivamente garantista de algunos tribunales que no conceden medidas cautelares o que limitan la acción de los fiscales para investigar adecuadamente los hechos, pueden producir una cierta frustración en algunos sectores sociales al

extremo de atribuir a la reforma el carácter de favorecer a la impunidad.

Ciertamente, este no es el cuadro general y en todo caso aún así, el nuevo sistema es sensiblemente mejor que el antiguo que sí traía falta de protección e impunidad de los delitos.

Los fiscales tenemos muy en claro que debemos actuar enérgicamente a través de los medios que nos da la ley para instar por la neutralización del excesivo garantismo de algunos jueces que sólo atienden el interés del imputado y no el de las víctimas de los delitos. En esta línea nos movemos y es política general del Ministerio Público y creo además que es compartida por los Tribunales Superiores y por la inmensa mayoría de los jueces.

Lo anterior no significa que la prisión preventiva deba ser la receta general para aquellos imputados de un delito porque la presunción de inocencia está fuertemente protegida en el nuevo sistema, mientras no exista sentencia condenatoria.

La prisión preventiva sólo debe darse excepcionalmente en aquellos casos en que claramente esté afectada la seguridad de la sociedad o de las víctimas y su familia, siempre que se trate de delitos de naturaleza grave y que la privación de libertad sea estrictamente indispensable para los fines del proceso.

Existen otras medidas cautelares como el arraigo, la prohibición de residir en un lugar, la prohibición de acercarse a la víctima o a su familia o el control de la libertad por la autoridad, que pueden ser muy eficaces y suplir la prisión preventiva, evitando los problemas de la congestión carcelaria y la falta de rehabilitación real de los presos.

Es esencial que estas medidas cautelares que sustituyen a la prisión preventiva funcionen debidamente, mediante los controles del caso a cargo de la policía, del Ministerio Público o de Gendarmería.

Estos controles deben perfeccionarse en el futuro porque no existe una tradición al respecto y podrían faltar los recursos económicos adecuados destinados a financiar estos controles.

De otra parte, no es justo atribuirle a la reforma los problemas de la delincuencia en regiones en que no está operando la reforma. Por ejemplo, la circunstancia de que existan delincuentes habituales que han obtenido su libertad provisional o condicional en el sistema antiguo, viajen a delinquir a la IV y IX regiones, no es achacable a la reforma y a sus mecanismos. Ciertamente, hay defectos que corregir

como mejorar las comunicaciones entre la justicia del crimen antigua y la nueva para producir un intercambio de información y evitar la acción de antisociales que se mueven de una región a otra.

Finalmente, en este tema, es indispensable la colaboración de la ciudadanía con los fiscales y la comprensión de que un nuevo sistema tan distinto al anterior requiere de algunos años, yo diría a lo menos cinco años, otros estiman que diez años, antes de sacar conclusiones precipitadas por algunas situaciones ocasionales y puntuales en que los hechores obtienen su libertad provisional en la IV y IX regiones y luego continúan posteriormente su actividad delictiva.

\*\*\*\*\*

### **La autonomía real del Ministerio Público como órgano constitucional encargado de la dirección exclusiva de las investigaciones.**

Esta autonomía está consagrada en la ley fundamental que es la Constitución política y además en la ley orgánica del Ministerio Público, de modo que no deberían producirse inconvenientes como por ejemplo una dependencia del Poder Judicial o una instrumentalización por parte del Poder Ejecutivo o una intromisión del Poder Legislativo.

Sin embargo, esta autonomía tiene que reforzarse y defenderse en los hechos de cada día para impedir prácticas de algunos que siguen pensando como si el Ministerio Público fuera un órgano más de la administración.

El peligro que encierra para un estado de derecho que los fiscales persigan fines distintos para los que fueron concebidos, siempre es real y latente.

Por nuestra parte, estimamos que la autonomía no debe ser solamente formal sino que real en todos sus aspectos, incluso en el aspecto financiero aunque en esta materia debemos presentar nuestro proyecto de presupuesto anual al Ministerio de Hacienda en que debemos exponer cuales son nuestras necesidades para el año siguiente.

Al respecto, si bien en el año 2000 tuvimos un año bastante estrecho desde el punto de vista presupuestario, en el 2001 hemos realizado una tarea con menos sobresaltos económicos y tenemos fundadas esperanzas que en el año 2002 las cosas se seguirán desarrollando en el mismo terreno de positiva colaboración con el Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, la circunstancia anterior conduce a que año a año se decida la autonomía del Ministerio Público desde el punto de vista presupuestario y financiero.

Por otro lado, estamos preocupados de mejorar nuestra gestión que es clave para el buen desarrollo de la labor de los fiscales y estamos corrigiendo una serie de defectos que han ocurrido en estos primeros siete meses. Actualmente se desarrolla una evaluación interna de la gestión de los fiscales y de los administradores de las fiscalías que culminará en una jornada nacional de evaluación a la cual se invitarán a otros actores de la reforma procesal penal.

Por consiguiente, podemos afirmar que aunque con algunos pequeños sobresaltos, está garantizada la autonomía del Ministerio Público conforme lo establece la Constitución Política, pero siempre estamos alertas frente a cualquier desviación que pueda atentar contra esta autonomía.

### **El aplazamiento de la reforma en la Región Metropolitana.**

Es un hecho, aunque el proyecto de ley no se haya enviado al Congreso a esta fecha, que el Ejecutivo ha resuelto proponer la postergación de la reforma en la Región Metropolitana para el mes de diciembre del año 2004, adelantando para fines del 2002 las regiones I, XI y XII.

Abona esta iniciativa no sólo el tema de los recursos y de la infraestructura, sino que además lo relativo a la capacitación y preparación de numerosos jueces y fiscales y defensores, junto a las policías y los servicios auxiliares.

Pero además, confluye la necesidad de terminar con todas las adecuaciones del sistema legal chileno, incluyendo la Constitución Política, al nuevo proceso penal.

Existe una tarea legal inconclusa del legislador y actualmente hay consenso en ella porque una ley común de carácter general como es

el Código Procesal Penal no puede derogar legislaciones especiales, máxime si son normas constitucionales o leyes orgánicas constitucionales.

\*\*\*\*\*

### **Paciencia y comprensión de las dificultades de un proceso gradual.**

Puede ser que sea errónea la imagen que algunos han dado de la reforma procesal como si fuera una obra perfecta que se impondría por el sólo hecho de tener una vigencia legal.

Por el contrario, la experiencia está demostrando que la reforma es un proceso gradual con muchas etapas y en que las experiencias en las regiones piloto van marcando un sendero de correcciones y adecuaciones que son absolutamente necesarias.

Este sentir está reflejado en un proyecto de ley que se tramita en el Congreso, actualmente en la Comisión de Legislación del Senado, en que se adecuan una serie de leyes, en total alrededor de 50, al nuevo proceso penal. Cabe mencionar por ejemplo las modificaciones que están proyectadas a la ley de alcoholes, al Código Tributario, a la ordenanza de Aduanas, a la ley de menores, a la ley del Consejo de Defensa del Estado, a la ley de control de armas, de conductas terroristas, de seguridad del Estado, etc. Es decir, no era suficiente un nuevo Código Procesal Penal sino que también era necesario para que el sistema funcione que se hagan modificaciones misceláneas al sistema legal chileno.

Esta misma tendencia a evaluar y corregir el proceso se manifiesta en el proyecto de ley que se presentará al Congreso durante este año para aplazar la vigencia de la reforma en la Región Metropolitana, ya que sin este aplazamiento habría que empezar el sistema en el mes de octubre del 2002 con un gasto fiscal enorme que el país no está en condiciones de afrontar.

De otra parte, es responsable difundir a la ciudadanía que el proceso de reforma necesita ser explicado debidamente a todos los sectores y con cierta oportunidad y que siempre caben las correcciones y rectificaciones que las experiencias van demostrando de manera

inequívoca, todo esto considerando además que el nuevo proceso es sustancialmente distinto al antiguo.

Todo ello demanda paciencia y comprensión de la ciudadanía que no debe esperar frutos espectaculares e inmediatos en el corto tiempo. Chile debe tener confianza de una futura justicia en lo penal más moderna y más perfeccionada después de algunos años.

\*\*\*\*\*

### **Despenalización de numerosas infracciones de la ley de alcoholes.**

La Ley 19.708 de enero de este año agregó a la competencia de los jueces de garantía el conocimiento de las infracciones de la Ley de Alcoholes, las que deben conocerse en un procedimiento simplificado que se inicia por requerimiento fiscal.

Este aumento de competencia, no obstante que se han utilizado las salidas alternativas, importa una congestión del nuevo sistema con miles de causas relacionadas con ebriedades simples, expendio de alcoholes en clandestinos y otras varias que nada tienen que ver con la función constitucional de los fiscales para dirigir una investigación penal. Dichas infracciones tienen un fuerte componente administrativo y municipal que debe canalizarse a través de otros órganos y procedimientos administrativos.

La Comisión de Legislación del Senado en decisión que hemos apoyado, ha acordado una despenalización de las simples ebriedades y varias correcciones al procedimiento simplificado para descongestionar el sistema, por lo que si se convierte en ley el proyecto podremos dedicarnos más preferentemente a la investigación de delitos graves.

**Análisis de algunas adecuaciones legales que deben efectuarse para armonizar la Constitución Política y el nuevo Código Procesal Penal.**

Al respecto, se realizó un interesante seminario en la Universidad de Chile en que intervino junto con los profesores Pfeffer y Maturana sobre la adecuación de la Constitución Política al nuevo Código Procesal Penal. Entre los temas tratados en dicho Seminario se encuentran, por ejemplo la regulación al desafuero en el nuevo Código Procesal Penal, los procedimientos de amparo, los plazos de detención, la consulta obligatoria de las libertades en los procesos por conductas terroristas, la superintendencia directiva y correccional del Fiscal Nacional sobre los funcionarios del M.P., las prerrogativas constitucionales de los fiscales, la relevancia constitucional de la omisión de la revisión dada por el Tribunal Constitucional, etc.

\*\*\*\*\*

**La adecuación entre las normas constitucionales y el nuevo sistema procesal penal.**

Nuestra actual Constitución Política de 1980 descansa, en sus referencias en el proceso penal vigente desde hace muchos años y es de carácter inquisitivo y no acusatorio. No hay otro Código que se haya tenido a la vista sino que el Código de Procedimiento Penal vigente desde 1906, con las modificaciones que había tenido hasta 1980.

\*\*\*\*\*

En cambio, el nuevo Código Procesal Penal establece un sistema que es radicalmente distinto al anterior, cualquiera que sea la denominación jurídica, *lo que provoca un natural desfase o inadecuación de las normas constitucionales de carácter procesal penal.*

Estamos en presencia de un fenómeno jurídico del más alto interés que consiste en un desajuste o en una falta de adecuación de la Constitución Política con las normas del nuevo sistema procesal penal, como por ejemplo las referencias al procesamiento de una persona, actuación fundamental que no está considerada en el nuevo sistema, o a la consulta de la libertad provisional de los procesados por conductas terroristas, ya que la consulta ha sido derogada en el nuevo sistema.

Este desajuste, ¿importa una inconstitucionalidad? Nos parece que no es necesariamente un problema de inconstitucionalidad, sino que más bien un problema de ajuste o armonización de normas de distinta naturaleza que bien pudo haberse zanjado en una norma constitucional de carácter transitorio y que desgraciadamente no se reguló en la reforma constitucional de la ley 19.519. Este desajuste puede ser suplido a veces por una interpretación finalista de las normas, pero habrá casos en que la oposición entre normas constitucionales y legales tendrá que ser resuelta por la aplicación preferente de las primeras por su rango superior en virtud del principio de la supremacía constitucional.

Como bien se sabe, el nuevo Código Procesal Penal no fue sometido a la revisión del Tribunal Constitucional por estimar el legislador de manera errada, en nuestro concepto, que ninguna de las normas del Código constituían materias de una ley orgánica constitucional, en circunstancia de que tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado se escuchó la opinión de la Corte Suprema respecto del nuevo Código, invocándose el artículo 74 de la Constitución Política y opinando esta Corte como si se tratara de una materia en que obligatoriamente debía ser consultada como lo dispone la Constitución.

Al respecto, se hace presente que en el nuevo código procesal penal hay numerosas disposiciones que modifican la competencia de los tribunales ordinarios, incluyendo la de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en materia de recursos procesales. También hay normas que se refieren a las atribuciones del Ministerio Público y de los jueces de garantía, en relación a las policías, que son también de naturaleza orgánica constitucional.

A nuestro juicio, sin embargo, no es relevante la omisión del control del Tribunal Constitucional, porque tales disposiciones se encuentran confirmadas de un modo u otro por la reforma constitucional de la ley 19.519, por la ley orgánica del Ministerio Público N° 19.640, por las leyes 19.665 y 19.708 que modificaron el Código Orgánico y por la ley orgánica de la Defensoría Penal Pública, todas estas últimas que por

su calidad de leyes orgánicas fueron revisadas por el Tribunal Constitucional.

En conclusión, la omisión de la revisión del Código Procesal Penal por el mencionado Tribunal, no tiene la relevancia como para invalidar el nuevo código por sí sola, no obstante lo cual la doctrina y la jurisprudencia deberán realizar una esforzada interpretación de sus normas y en su caso instar por la aplicación preferente de las normas constitucionales.

Es decir, la cuestión relevante que deberán resolver tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia de los tribunales, consiste en si los tribunales pueden prescindir de alguna de las nuevas normas procesales penales y preferir la aplicación de una norma constitucional que difiere absolutamente de las normas del nuevo sistema, aún sin declaración de inaplicabilidad, o si aplicarán las normas del nuevo sistema aunque aparentemente se contrapongan con las normas constitucionales. O si puede salvarse la discrepancia mediante una interpretación finalista o extensiva de las normas constitucionales.

Aparentemente, la Corte Suprema estaría en la primera posición porque en varios de sus instructivos sobre aplicación de la reforma procesal penal en la IV y IX regiones, aunque sin analizar el tema en profundidad, ha instruido a las Cortes para aplicar normas tales como la consulta en los procesos por conductas terroristas y a los jueces para ampliar los plazos de detención a cinco o diez días, por resolución fundada, conforme lo permite la actual Constitución, alternativa que no se acepta en el nuevo Código Procesal Penal.

Si bien estamos en total acuerdo con los constitucionalistas en el sentido de que toda interpretación de una norma legal debe empezar y terminar a la luz de los preceptos constitucionales, también es cierto que a falta de una regulación transitoria de los posibles conflictos entre normas constitucionales y legales, se deberá hacer un esfuerzo muy decidido para evitar inconstitucionalidades que son meramente formales o que se dan más bien por falta de ajustes en la actual Constitución para adaptarla a un sistema procesal penal reformado que no estaba previsto en el actual ordenamiento constitucional. **Para ello, deberá tenerse presente que el Código Procesal Penal fue aprobado por casi la unanimidad de los parlamentarios y que el quórum de aprobación superó largamente al que se exige para una ley común o para una ley orgánica e incluso para una reforma constitucional.** Lo mismo sucedió con las modificaciones al C.O.T. de las leyes 19.665 y 19.708 y con la ley de la Defensoría Penal Pública. **Es decir, hay una clara y mayoritaria voluntad**

**política de que el nuevo proceso vaya gradualmente implantándose en el país y que paulatinamente desaparezca el antiguo.**

Empero, hay que ser más riguroso en el tema de la constitucionalidad cuando se trata de una oposición de las normas del Código Procesal Penal a la reforma constitucional de 1997 de la ley 19.519 que también fue aprobada por unanimidad y que es principal fuente inspiradora de la reforma.

Hechas estas consideraciones generales y por la brevedad del tiempo sólo, nos referiremos a algunas pocas materias en que se advierten desajustes entre el nuevo Código Procesal Penal y las modificaciones al Código Orgánico y la Constitución Política del Estado, que nos han parecido más relevantes.

***I. La igualdad ante la ley y la vigencia gradual del nuevo sistema (arts. 19 N° 2 y art. 36 transitorio de la Constitución y arts. 4° transitorio de la ley 19.640 y 7° transitorio de la ley 19.665).***

Varias opiniones han surgido en estos días para sostener que existe una inconstitucionalidad en el sistema de vigencia gradual del nuevo sistema procesal frente a la igualdad ante la ley y al respecto se han citado como ejemplos de esta situación a las salidas alternativas que contempla el nuevo sistema y que no se permiten en los casos que aún continúan regidos por el antiguo Código de Procedimiento Penal.

En nuestro concepto, no existe esta inconstitucionalidad porque el propio constituyente en la disposición Trigesimasexta transitoria autorizó al legislador para determinar una aplicación gradual de la reforma en las diversas materias y regiones del país, autorización que se concretó en los Arts. 4° transitorio de la ley 19.640 y 7° transitorio de la ley 19.665 y en los Arts. 483 y 484 del Nuevo Código Procesal Penal. Es decir, desde un punto de vista formal no existe inconstitucionalidad cuando la propia Constitución permite una transición gradual de un sistema procesal a otro y las normas del Art. 9 y la del Art. 36 transitorio de la Constitución son de igual jerarquía.

Desde un punto de vista sustancial, tampoco existe una arbitrariedad en la aplicación gradual de la reforma que pueda infringir la igualdad ante la ley, en atención a que tanto el constituyente como el legislador consideraron que era imposible

crear un nuevo sistema que reemplazara radicalmente el antiguo, derogando las jurisdicciones anteriores y traspasando todas las causas al nuevo sistema con los problemas de congestión, de confusión en los operadores y de una inversión fiscal cuantiosísima que el país no podía soportar. Otras experiencias latinoamericanas de cambio de sistema han sido desastrosas y han desprestigiado el nuevo sistema. **Es decir, si la solución es sensata y es la más viable al medio chileno, mal puede sostenerse que es arbitraria. No toda desigualdad establecida en la ley es inconstitucional sino que cuando ésta discrimina arbitrariamente (Art. 19 N° 2 inc. 2°).**

En cuanto a la proposición de algunos jueces en el sentido de adelantar la aplicación de las salidas alternativas del nuevo Código Procesal Penal al sistema antiguo, para evitar la desigualdad ante la ley, hacemos presente que ello no será posible si la Constitución Política no es modificada en el sistema de aplicación gradual (art. 36 transitorio) y mientras no intervenga el Ministerio Público en la primera instancia en el sistema antiguo, ya que este organismo en cierto modo controla la legalidad de las salidas alternativas.

**II. *Las referencias al procesamiento en la actual Constitución y el nuevo Código que no considera al procesamiento como trámite en el nuevo proceso.***

Como bien se sabe, diversas disposiciones constitucionales y para distintos efectos se refieren al procesamiento o al procesado (Arts. 16 N° 2 en relación con los Arts. 25, 44, 46 y 113 de la Constitución o el Art. 19 N° 7 letras d) y e) de la Constitución, entre otros).

Existe un problema interpretativo con las referencias al procesamiento de la actual Constitución y en especial a los casos en que los procesados por delito que merezca pena aflictiva se encuentran suspendidos de su derecho a sufragio y por lo tanto no tienen la calidad para ser designado Presidente de la República, Parlamentario, Ministro de Estado, Intendente o Gobernador, etc.

La dificultad debió ser resuelta mediante una disposición transitoria en la propia Constitución Política y no en la eliminación del concepto de procesado porque durante muchos años seguirá rigiendo el antiguo sistema procesal penal en que

el procesamiento es un trámite necesario y esencial para que el inculpado pueda ser juzgado.

Sin embargo, la falta de una disposición constitucional transitoria que solucione esta inadecuación hace necesario una interpretación para suplir este vacío e inadecuación.

Hasta ahora, existen fundamentalmente tres interpretaciones para dar una solución jurídica a esta falta de armonía entre la Constitución Política y el Código Procesal Penal, que serían las siguientes.:

- a) *Aquellas que asimilan el procesamiento a la acusación del fiscal, como ha sucedido con diversas modificaciones al Código Orgánico de Tribunales aprobadas en la ley 19.708 (modificaciones a los Arts. 195 N° 2, 256 N° 5, 295 letra f) y 335 N° 1) y en cierto modo se deduce del tenor de los nuevos arts. 416, 423 y 425 del Código Procesal Penal.*

Esta interpretación es rechazada por quienes sostienen que el procesamiento a que se refiere la Constitución involucra un pronunciamiento jurisdiccional, lo que no se aviene con la acusación del fiscal que es un acto no jurisdiccional que no es revisable de por sí como tal por los tribunales y por lo tanto es insuficiente una acusación para que se produzcan los efectos constitucionales del procesamiento.

- b) *Aquellos que sostienen, que podría asimilarse al procesamiento a la formalización de la investigación por el fiscal junto con la autorización del tribunal de garantía para conceder una medida cautelar personal, porque en este caso se requiere que se encuentren acreditados los requisitos del antiguo procesamiento y que se encuentran regulados en los Arts. 140 y 155 del nuevo Código.*

En este caso, la decisión no jurisdiccional del fiscal tiene el respaldo del órgano jurisdiccional y se aviene también con lo dispuesto en los Arts. 416 inc. 2°, 423 y 425 inc. 3° ubicados en los procedimientos especiales del desafuero y de la querrela de capítulos.

Estas normas permiten desaforar o capitular a un parlamentario, intendente, gobernador, juez o fiscal sea o no judicial, cuando junto con la acusación del fiscal, la

Corte emite un pronunciamiento jurisdiccional en el sentido de que encuentra mérito para "la formación de causa" o "la admisibilidad de los capítulos de la acusación", a menos que **"el fiscal quisiera solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra"**.

**Es decir, para el legislador en estos casos especiales se asimilan el cierre de la investigación y la acusación del fiscal, junto con la declaración de mérito de la Corte, con la prisión preventiva u otra medida cautelar.** En ambos casos, hay decisión jurisdiccional y no sólo decisión no jurisdiccional del fiscal.

- c) Habría finalmente otra interpretación que sostiene que en el nuevo proceso penal no habría ninguna institución similar al procesamiento y por lo tanto habría que concluir que no tiene vigencia real el procesamiento para los efectos previstos en diversas normas constitucionales, cuando se aplica el nuevo proceso penal. Así, por ejemplo, no estaría inhabilitada para ser designada para los cargos de Presidente de la República, Parlamentario, etc. aquella persona que se encuentre afecta a una formalización de la investigación o a una acusación del fiscal porque dichos trámites no pueden asimilarse al procesamiento en el nuevo proceso.
- d) De otra parte, habría que agregar que regiría a favor de esa persona la presunción de inocencia, la que sólo puede ser desvirtuada mediante la sentencia condenatoria, y por lo tanto sus derechos constitucionales no pueden ser restringidos durante el proceso. Según esta opinión, no habría otra solución que modificar la Constitución para derogar las referencias al procesamiento, de modo de conciliarla con el nuevo sistema procesal penal que se funda en el principio de la presunción de inocencia.

\*\*\*\*\*

### **Necesidad de corregir una distorsión en la competencia de los tribunales penales del juicio oral.**

En la Cuenta Pública de abril pasado, sostuvimos que había que corregir legalmente las atribuciones de estos tribunales en relación a los jueces de garantía y que el haber establecido un número similar de ambos tipos de jueces en el país, constituía un error en el diseño de la reforma. Proponíamos que el mismo tribunal del juicio oral se encargara de la preparación del mismo y que el procedimiento simplificado se viera en una de las salas del tribunal oral, descargando el trabajo de los jueces de garantía. El tiempo nos ha dado la razón porque el porcentaje de juicios orales ha sido muy inferior al proyectado y en cambio en algunos lugares los jueces de garantía se encuentran muy recargados y lo estarán más en el futuro, siguiendo la tendencia que se observa.