

## MARCO CONSTITUCIONAL DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

*José Luis Cea Egaña\**  
Profesor Titular  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Universidad de Chile

Expreso mi agradecimiento por haber sido invitado a participar en este importante seminario. Agrego el honor que siento al hallarme con queridos amigos, catedráticos distinguidos y tantos alumnos. En fin, manifiesto mi adhesión al nuevo proceso penal y la esperanza que las ideas que expondré sirvan para su divulgación y, en ciertos casos, para perfeccionarlo.

### INTRODUCCIÓN

El tema que me ha sido asignado tiene, por varias y sólidas razones, carácter básico y general para el desarrollo de este seminario. Eso explica por qué mi exposición ha sido programada inmediatamente a continuación de la ceremonia inaugural.

Trataré de explicar mi afirmación refiriéndome solo a dos hechos jurídicos fundamentales.

Comienzo recordando que en las primeras Constituciones, de Chile y el mundo entero<sup>1</sup>, se contemplaban principios penales escasos y dispersos o inconexos. Por ejemplo, sin carácter sistemático, se aludía a la igualdad ante la ley, debiendo entenderse incluida la isonomía en lo penal; a la irretroactividad de la ley y a la prohibición de aplicarla por comisiones especiales. Pero no se llegaba más allá, probablemente porque tampoco existía, en la práctica, jurisprudencia que hubiera comprendido, interpretado y aplicado esos principios, como ocurría con las convenciones constitucionales en el Derecho inglés<sup>2</sup>; los enunciados generales que venían articulados desde la Carta Magna, en 1215; o que se fundaban en precedentes legítimos, como en el constitucionalismo norteamericano<sup>3</sup>.

En consecuencia, lo que hoy denominamos **las constantes penales**, es decir, un núcleo invariable de principios penales y procesal penales, respetado como justo en todos los países civilizados, cualquiera sean las circunstancias y el tiempo, se hallaba en los Códigos respecti-

\* Conferencia pronunciada en el **Seminario sobre el Nuevo Código Procesal Penal**, en el Salón de Honor de la Pontificia Universidad Católica de Chile el 21 de agosto de 2001. La información ha sido actualizada al 15 de noviembre del mismo año.

<sup>1</sup> Véase el texto de las Cartas Fundamentales de Chile en Luis Valencia Avaria: **I Anales de la República** (Santiago, Imprenta Universitaria, 1951). La misma obra fue publicada nuevamente, esta vez por la Editorial Jurídica de Chile, en 1983.

En relación con las Cartas Fundamentales de otros países, pensamos que basta consultar, por la influencia generalizada que ejercieron, las Constituciones del período revolucionario en Francia. Consúltese al respecto la recopilación de Michel Verpeaux: **Textes Constitutionnels Revolutionnaires Français** (París, PUF, 1998).

<sup>2</sup> Véase Albert Venn Dicey: (1914) **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** (Indianapolis, Liberty Fund, 1982) pp. 123 ss.; y Ian Loveland: **Constitutional Law. A Critical Study** (Londres, Butterworths, 1996) pp. 559 ss.

<sup>3</sup> Lawrence H. Tribe: **American Constitutional Law** (Mineola, New York, 1988) pp. 12 ss.

vos y no en las Constituciones<sup>4</sup>. Eso es lo que se advierte, por ejemplo, en los primeros Códigos Penales, ambos de Francia, uno de 1791 y otro de 1810<sup>5</sup>.

La situación descrita, a la que puedo caracterizar como propia de un constitucionalismo carente de disposiciones suficientes sobre las constantes penales, demostraba además el divorcio de los Códigos respectivos con las Cartas Fundamentales. He aquí la segunda de las ideas a las cuales deseo referirme.

Efectivamente, las Constituciones eran casi por completo solo Instrumentos de Gobierno, o sea, lo que se denomina su Parte Orgánica. Adicionalmente, las Constituciones carecían de fuerza jurídica vinculante, normativamente entendida y con cualidad propia, o sea, cuya vigencia no se halla suspendida mientras estén sin ser dictados los preceptos legales destinados a complementarla directa e inmediatamente.

Las dos ideas expuestas, tan incongruentes con el constitucionalismo, fueron cambiando lentamente, sin embargo, desde el término de la Segunda Guerra Mundial y la caída de los totalitarismos en Occidente. Reviste la mayor trascendencia jurídica y política percatarse que la evolución descrita marcó el cambio del concepto de Constitución, incluyendo el rol supremo que cumple –o tiene ella que cumplir– en el sistema de Derecho positivo.

#### I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL

Ese proceso de transición desde las Constituciones preponderantemente Orgánicas a las Constituciones Humanistas o Dogmáticas es uno de los rasgos prominentes del constitucionalismo contemporáneo. Merece, por lo tanto, un comentario adicional, hecho con énfasis en la constitucionalización de las constantes penales.

Desde la Constitución Italiana de 1947, la Alemana de 1949 y la Francesa de 1958, esta última en la concepción amplia del Bloque de Constitucionalidad que le infundió el Consejo Constitucional en su decisión del 16 de julio de 1971<sup>6</sup>, se han incorporado a las Cartas Fundamentales los principios y normas que configuran la Constitución en su acepción penal y procesal penal. Desprendiendo una conclusión que ruego no olvidar, podríamos decir que este es hoy el primer elemento esencial del marco constitucional del proceso justo o debido en materia penal y que nos corresponde bosquejar.

Así y concretamente, en las Constituciones modernas, incluida la chilena de 1980<sup>7</sup>, han sido articulados los principios y preceptos siguientes, los cuales menciono con ánimo ilustrativo, sin agotar el catálogo<sup>8</sup>:

<sup>4</sup> Marino Barbero Santos: "Estado Constitucional de Derecho y Sistema Penal", II *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales de la Universidad San Sebastián* (Concepción) N° 2 (2000) pp. 125 ss.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 125.

<sup>6</sup> Su texto y comentarios pueden consultarse en Louis Joseph Favoreu y Lóic Philip: *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (París, Editorial Dalloz, 1997) pp. 249 ss.

<sup>7</sup> La Constitución de 1925, incluidas las diez reformas por que experimentó hasta el 17 de septiembre de 1973, tuvo carácter principalmente de Instrumento de Gobierno o con preponderancia ostensible de su Parte Orgánica. En lo pertinente a la Parte Dogmática, y a la Parte Relacional de aquella con el Instrumento de Gobierno, lo cierto es que al Poder Constituyente no contempló –salvo el *habeas corpus*– acciones y recursos, especialmente jurisdiccionales, con los cuales los gobernados pudieran llevar el ejercicio efectivo de sus derechos, individuales y sociales, de la proclamación en el texto a su vivencia en la práctica. Hubo, en consecuencia, un rasgo programático o incumplido importante de la Parte Dogmática de esa Carta Fundamental.

Entre las explicaciones de ese fenómeno puede señalarse que, dado el reducido nivel de preparación cívica dominante en la Sociedad Civil, o de medios disponibles por sus miembros, correspondía al Estado-Gobierno, de preferencia al Poder Ejecutivo, asumir la materialización de los derechos que los ciudadanos y grupos no estaban en situación de concretar por sí mismos. Tal rasgo paternalista se ha mantenido, sin embargo, a pesar que esa Sociedad se ha desarrollado considerablemente y que la calidad socioeconómica de vida de la población ha progresado con notoriedad.

El recurso de protección ha ido cambiando, felizmente, la situación expuesta, siendo esta una de las razones que demuestran su trascendencia.

<sup>8</sup> Louis Joseph Favoreu: "La Constitucionalidad del Derecho Penal y del Procedimiento Penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal", XXVI *Revista Chilena de Derecho* N° 2 (1999) pp. 279 ss.

1. El proceso justo o debido que incluye el derecho a la denuncia o querrela; a la asesoría jurídica para deducir aquella o esta; al conocimiento oportuno de una u otra por el afectado, asumiendo un letrado su defensa; a la práctica de una investigación racional de los hechos y a impugnar la acusación formulada, todo realizado ante órganos distintos, es decir, el Ministerio Público, por un lado, y los jueces independientes e imparciales que obran con audiencia de los afectados en procesos orales y públicos, de otro.
2. El principio de legalidad entendido como una ley previa, escrita y estrictamente interpretada que tipifica los delitos y determina las penas a quienes los cometan, incluyéndose, por deducción lógica e irrefutable, el principio *non bis in idem*.
3. La irretroactividad de la ley penal y procesal penal, y no únicamente aquella, salvo que la nueva ley sea más benigna o favorable al inculgado.
4. La presunción de inocencia del imputado mientras no sea demostrada su culpabilidad en una investigación justa que culmine en un proceso de idéntica característica, de manera que corresponde al Ministerio Público, con carácter exclusivo y excluyente de todo otro órgano estatal, reunir la evidencia, formular la acusación de rigor y probar tal responsabilidad en estrados judiciales.
5. La proscripción de la analogía y la restricción coetánea a su exclusión en ciertos ilícitos, de las leyes penales en blanco, sometidas a controles rigurosos de supremacía, preventivamente ejercidos sobre los proyectos de ley y, si se demuestra que hubo error u omisión en ese control *ex ante*, entonces procedencia de su examen de constitucionalidad *ex post*.
6. La abolición de la pena de muerte y no la mera derogación de los preceptos legales que la contemplan<sup>9</sup>; el sentido reeducativo de las penas privativas de libertad; y la imposición de estas en recintos penitenciarios que respeten la dignidad de la persona.
7. Finalmente, la admisión, pero solo con carácter excepcionalísimo, de la jurisdicción especial, el privilegio del fuero y otras salvedades al principio de isonomía o igualdad tanto en el contenido de la ley como en su aplicación por órganos del Estado de Derecho encargados de llevarla a la práctica.

## II. DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL E INTERNACIONAL

En la actualidad, se presencia la interpenetración del Derecho Constitucional con el Derecho Penal y Procesal Penal, tanto en el ámbito interno de los Estados Naciones como en el orden internacional<sup>10</sup>. De ese proceso, demostrativo de la unidad del Derecho y cuya expansión vigorosa es creciente, resulta el carácter coadyuvante o complementario<sup>11</sup> del Derecho Constitucional Supranacional con respecto al Derecho Constitucional Nacional.

En tal sentido, menciono los tratados internacionales, comenzando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949, y los Pactos Mundiales y Regionales, como el de San José de Costa Rica de 1969, los cuales han fortalecido aquel proceso de interrelación de las tres disciplinas jurídicas mencionadas, con evidente beneficio para el respeto de los

<sup>9</sup> Formulamos la puntualización porque la Ley N° 19.734, publicada en el Diario Oficial el 5 de mayo de 2001, derogó la mayoría de las disposiciones legales que establecían la aplicación de la pena de muerte, sin abolir esta, en términos absolutos y definitivos, lo cual requiere abrogar las normas constitucionales respectivas. Por idéntica circunstancia, ahora suscita duda la vigencia en Chile del artículo 4 inciso 3° del Pacto de San José de Costa Rica, con sujeción el cual, "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido", como asimismo, lo ordenado en el inciso 2° de aquel artículo, al tenor del cual, "Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

<sup>10</sup> José Luis Cea Egaña : "Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional", Revista *Ius et Praxis* N° 2(1999) pp. 353 ss.; y Humberto Nogueira Alcalá: "Consideraciones sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional", Revista *Ius et Praxis* N° 2 (1999) pp. 363 ss.

<sup>11</sup> Véase el Preámbulo del DS. (Ministerio de Relaciones Exteriores) N° 873, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

derechos humanos y, en el largo plazo, también para la evaluación de la legitimidad de los gobiernos en los diversos Estados<sup>12</sup>.

### III. RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En el fenómeno descrito se halla otra demostración del auge del Derecho Constitucional y del avance hacia la integración, sobre la base del humanismo; del mayor respeto a los ordenamientos fundamentales internos; y de la vigencia del sistema jurídico supra o internacional. Ello ha culminado en tres consecuencias, características de los tiempos que vivimos, y que reafirman la cualidad de básico o finalista que el Derecho Constitucional tiene en nuestro tiempo.

Primeramente, me refiero a la **Constitucionalización del Derecho** positivo en general y, por ende, también del Derecho Procesal Penal, como consecuencia de comprender, interpretar y aplicar todo el ordenamiento jurídico vigente con sujeción al Principio de Supremacía Constitucional, formal y sustantivamente entendido. La labor hermenéutica comienza, se desenvuelve y finaliza, en otras palabras, en los principios y normas de la Carta Fundamental, quedando al margen el criterio opuesto, esto es, el que se inicia, desarrolla y culmina en los preceptos legales, sin considerar al Código Político. No puede ya, entonces, ser interpretado el régimen jurídico penal y procesal aisladamente, solo con base en la autonomía de la dogmática respectiva, pues nada de esta vale en el Derecho positivo ni posee legitimidad sustantiva si no es coherente con cuanto fluye del espíritu humanista de la Constitución.

Aludo, en segundo lugar, a una idea ya bosquejada y que aquí, por su importancia, vuelvo a realzar: el reconocimiento que la Constitución **no es un texto declamativo** de postulados ideológicos, sino que un sistema de principios y disposiciones jurídicas, dotado de fuerza normativa propia, que opera de manera directa e inmediata, vinculante en todo momento y lugar para gobernantes y gobernados. De esto resulta que ya no pueden concebirse ni ser admitidas las cláusulas de la Carta Fundamental que son calificadas de **programáticas** o que se hallan **incumplidas** indefinidamente, pues la indolencia, pasividad o cualquiera sean los argumentos que se aduzcan por el legislador, los gobernantes, los contralores o jueces para suspender el imperio del Código Político, resulta evidente que ya no son capaces de sanear, excedido un plazo razonable, **el vicio de inconstitucionalidad por omisión**<sup>13</sup>.

Finalmente, me refiero a que la Parte Dogmática de la Constitución se impone siempre al Instrumento de Gobierno o Parte Orgánica de ella, de manera que la persona humana, con su dignidad, derechos y garantías esenciales tiene —y debe hallar— **siempre a la soberanía y al Estado a su servicio**<sup>14</sup>. La Constitución hoy es una Constitución en que se articulan principios y normas, subyacente a los cuales se hallan los valores superiores que infunden sentido al ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. Decir esto, en realidad, no es revelar o descubrir novedad alguna,

<sup>12</sup> Consúltese Héctor Gross Espiell: **La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo** (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Cecilia Medina Quiroga: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento jurídico chileno", en Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación: **Constitución, Tratados y Derechos Esenciales** (Santiago, Imp. Roberto Silva, 1998); Gregorio Peces-Barba Martínez: **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General** (Madrid, Imp. Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999); y Antonio Enrique Pérez Luño: **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución** (Madrid, Ed. Tecnos, 1999).

<sup>13</sup> José Julio Fernández Rodríguez: **La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General, Derecho Comparado y el Caso Español** (Madrid, Ed. Civitas, 1998); y Marcos Gómez Puente: **La Inactividad del Legislador, Una Realidad Susceptible de Control** (Madrid, Ed. Mc Graw-Hill, 1997).

<sup>14</sup> Konrad Hesse: **Escritos de Derecho Constitucional** (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992) pp. 57 ss. Consúltese la serie de monografías sobre la servicialidad del Estado publicadas en la **Revista de Derecho Público** N° 59 (1996).

<sup>15</sup> Antonio Baldassarre: "Parlamento y Justicia Constitucional en el Derecho Comparado", en Francesc Pau i Vall (coordinador): **Parlamento y Justicia Constitucional** (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 192 ss.; Francisco Javier Díaz Revorio: **Valores Superiores e Interpretación Constitucional** (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997) pp. 31 ss.

sino que ser coherentes con lo que supone y exige el constitucionalismo rectamente entendido. En otras palabras, lo que afirmo equivale a dejar de lado una teoría anacrónica para reconocer, en su lugar, la importancia de la práctica constitucional, para comprometerse en la realización de actitudes y conductas, de proyectos y programas, de decisiones y criterios o políticas de acción que infundan vigencia, sociológica o impíricamente entendida, al texto y espíritu de la Constitución.

#### IV. OJEADA AL PROCESO CHILENO

¿Cuál era, es y será hasta el año 2004, la situación en Chile en materia procesal penal?, ¿puede ella ser conciliada con las constantes penales a que nos hemos referido?

Deseo exponer, primeramente o con intensión introductoria, una visión retrospectiva, procurando dejar así de relieve el progreso que hemos ya logrado y que permite responder, afirmativamente, la segunda de las interrogantes planteadas.

Nuestro Código Procesal Penal entró en vigencia el 1 de marzo de 1907. Sus autores tuvieron presente la Ley de Enjuiciamiento Penal de España, ostensiblemente fundada en la concepción medieval del proceso y, más tarde, en los rasgos de las monarquías absolutas<sup>16</sup>. Era, en resumen y más allá de las declamaciones formales, un Código concebido, diseñado y redactado para infundir la mayor eficacia posible a la pretensión sancionadora del Estado, con desamparo del inculpado o, peor aún, ignorando su dignidad y derechos esenciales<sup>17</sup>. Pertinente es, además, tener presente que ese texto legal fue dictado “Mientras llega el día en que sea posible plantear en el país un sistema de enjuiciamiento más perfecto”<sup>18</sup>. En consecuencia, el Código de 1907 tuvo carácter transitorio; sin embargo, solo noventa y siete años después comenzó a convertirse en realidad la promesa que hizo el Presidente Jorge Montt en el mensaje con que, en 1894, inició la tramitación de la legislación comentada, un pasaje del cual hemos reproducido.

Una imagen, es cierto que simplificada o esquemática del antiguo Código de Procedimiento Penal, puede configurarse con los rasgos siguientes. De ellos fluye la necesidad, verdaderamente impostergable, que existía de efectuar el reemplazo del antiguo régimen, en lo cual había conciencia abrumadora al comienzo de la década de 1990:

1. Tratábase de un Código eminentemente de **Procedimiento** y carente, por lo mismo, de los principios y preceptos que singularizan, en lo sustantivo y no únicamente en el método ni tramitación, al **proceso** penal justo o debido. Para ilustrar esta característica téngase presente que el Título I del nuevo Código, dedicado a los Principios Básicos, contiene disposiciones sustantivas sobre el proceso justo tales como el juicio previo y la persecución única, el juez natural, la exclusividad de la investigación penal por el Ministerio Público, la presunción de inocencia del imputado, la protección de la víctima y la cautela de garantías del inculpado.
2. En su primera etapa o de sumario, era un Código de naturaleza inquisitiva y con la competencia concentrada en el juez quien, por lo mismo, investigaba en secreto, sin publicidad ni oralidad; órgano que después procesaba, acusaba y sentenciaba, todo con evidente lesión del principio de imparcialidad.
3. Era una legislación que, por el reproche que el inculpado merecía al legislador, lo dejaba en desprotección evidente y que, en la práctica, culminaba en la inversión del principio de

<sup>16</sup> Hernán Silva Silva: “Generalidades sobre la Reforma Procesal Penal”, II **Revista de Derecho Criminología y Ciencias Penales de la Universidad San Sebastián** (Concepción) N° 2 (2000) pp. 219 ss.

<sup>17</sup> Consúltese Rafael Fontecilla Riquelme: I **Tratado de Derecho Procesal Penal** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1978) pp. 85 ss; y Universidad Diego Portales: “El Proceso Penal Chileno”, en Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (editora): **Proceso Penal y Derechos Fundamentales** (Santiago, Alfabetá Impresores, 1994) pp. 183 ss.

<sup>18</sup> Mensaje del Presidente Jorge Montt al Congreso Nacional con el proyecto de Código de Procedimiento Penal.

- inocencia del afectado, todo lo cual repercutía en la actitud con que la Magistratura interpretaba y aplicaba las disposiciones respectivas.
4. Omitía el principio de inmediación de los sujetos procesales con el juez y, a través de las órdenes amplias de investigar, hacía que los magistrados prescindieran de la dirección efectiva de los órganos policiales, con las secuelas inherentes a esta insuficiencia o falta de control.
  5. Pese a las repetidas reformas que experimentó en el ínterin, permitía la prisión preventiva prolongada, usada en la fase indagatoria como medio de apremio o presión e, incluso más, convertida a menudo en pena real y que excedía a la prevista para el delito pesquisado, sin que la indemnización por el error judicial, incluso después de la nueva norma que se introdujo en la Constitución de 1980<sup>19</sup> para infundirle eficacia, corrigiera tan injusta situación.
  6. Tratábase de un Código que articulaba una vía procesal única o exclusiva, rígida e inexorable, quiero decir, que no contemplaba salidas o soluciones alternativas al proceso y sentencia, provocando sobrecarga en los tribunales, saturación en los recintos penitenciarios y, más a fondo aún, ocasionando injusticias.
  7. Aquel régimen tuvo un funcionamiento cada día más deficiente, por ejemplo, en ligamen con la defensoría pública y otros organismos de apoyo al proceso penal. En realidad, la preocupación legislativa en el rubro se reducía a contemplar el privilegio de pobreza<sup>20</sup>, cuya materialización recae aún en las **Corporaciones de Asistencia Judicial**. Los fiscales judiciales, a mayor abundamiento, no cumplían roles efectivos en el asunto<sup>21</sup>.
  8. Finalmente, el Código y sus reformas habían derivado en una situación de colapso por insuficiencia de medios humanos, técnicos y materiales para servir, con niveles razonables de eficiencia y eficiencia, cuanto implica el proceso justo en el Estado de Derecho contemporáneo.

#### V. REACCIÓN Y CORRECCIÓN

Por casi cien años, Chile ha mantenido el régimen de procedimiento penal cuyos rasgos he resumido. Si bien el Código antiguo tuvo algunos beneficios, lo negativo del mismo resulta irrefutable, permitiendo concluir que ese es el motivo principal de la reforma que llevó a reemplazarlo. En lo que interesa explicar en esta exposición, realzo los aspectos siguientes de la reforma aludida.

La imagen del **procedimiento inquisitivo** que hemos descrito era y es, sin duda, contraria a las constantes penales articuladas en nuestra Constitución<sup>22</sup> y en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país<sup>23</sup>. Difícilmente, en realidad, alguna de esas constantes podía reputarse cumplida plenamente con tan reprochable cuerpo legislativo. Facilita arribar a tal conclusión el estudio del artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, motivo que me lleva a insertarlo aquí:

<sup>19</sup> Artículo 19 N° 7 letra i), regulado mediante el autoacordado de la Corte Suprema publicado en el Diario Oficial el 24 de mayo de 1996.

En nuestra opinión, el adverbio **injustificadamente**, empleado en el precepto citado, entendido por la jurisprudencia de manera estricta y no sin rasgo corporativo, ha impedido que el propósito del Poder Constituyente cobre realidad.

Consúltese en el punto Miguel Ángel Fernández González: "Indemnización por Error Judicial en la Perspectiva del Nuevo Procedimiento Penal," **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte** N° 8 (2001) pp. 275 ss.

<sup>20</sup> Código Orgánico de Tribunales, artículos 591 y ss.

<sup>21</sup> *Id.*, artículo 353.

<sup>22</sup> Constitución de 1980, artículo 1° incisos 1° y 4°; artículo 5° inciso 2°; artículo 19 N° 1°, 2°, 3°, 5°, 6° inciso 1°, 7°, 24° incisos 3° y 7°, y N° 26; en fin, artículo 73°, artículo 74 inciso 1° y artículo 80 letra a).

<sup>23</sup> A la doctrina citada en *supra*, nota 12 cabe añadir la que menciona a continuación, más especializada en el tema: Antonio A. Cançado Trindade: **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001); y Juan Cianciardo: **El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales** (Pamplona, EUNSA, 2000).

“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.

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.

La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Pues bien ¿qué se ha hecho para resolver contradicción grave e insostenible, que fluye de comparar el antiguo Código, por una parte, con lo preceptuado en la Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica, por otra?

Antes de responder, debemos tener presente que el reemplazo del Código antiguo, llamado **Código de Procedimiento Penal**, es un asunto complejo, oneroso y difícil; que implica cambios más que nada **de índole cultural**. Por lo mismo, exige tiempo prolongado para la asimilación de los nuevos conceptos y técnicas que le son inherentes; perseverancia y no abatimiento ni precipitación de cara a los conflictos y tropiezos que provoca la implantación de un cambio tan radical; y aplicación gradual para que tenga éxito, sustituyendo hábitos y costumbres arraigadas, a la vez que evaluando con objetividad el desarrollo del esfuerzo. Felizmente, varios de los supuestos mencionados se hallan cumplidos, en otros progresamos y, por último, nadie que entienda en el tema se plantea ya con simpleza para defender la satisfacción inmediata de las exigencias que aún no se han implementado.

Pues bien, pienso que el nuevo proceso penal debe extenderse a todos los frentes involucrados, no solo al Ministerio Público<sup>24</sup>, a la Defensoría Penal Pública<sup>25</sup> y al procedimiento penal<sup>26</sup>. En consecuencia, tiene que ser reformado, además, el régimen penitenciario y

<sup>24</sup> Revítese su Ley Orgánica Constitucional, ley N° 19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999, especialmente los artículos 2, 7, 13, 17, 22, 38, 44, 45, 46, 48, 49 y 51, además del artículo 4° transitorio.

<sup>25</sup> Ley N° 19.718, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2001.

Util es agregar que, con sujeción a los artículos 2, 35 y 36 de la ley citada, la Defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezca de abogado. Tal defensa es siempre gratuita aunque, excepcionalmente, puede el órgano cobrar la defensa que preste a los beneficiarios que dispongan de recursos para financiarla privadamente.

<sup>26</sup> El nuevo Código Procesal Penal se halla en la Ley N° 19.696, publicada en el Diario Oficial el 12 de octubre de 2000.

concebirse la pena con el propósito esencial de readaptación del condenado a la sociedad<sup>27</sup>, más que satisfacer la pretensión punitiva del Estado<sup>28</sup>.

También, debe existir igualdad en el estatuto legal referente a los derechos del inculcado y de la víctima. Esto exige legislar en ese sentido, porque excede el rol, por importante que sea, que hoy sirve el Ministerio Público en el nivel nacional y regional, de atención a las víctimas y testigos<sup>29</sup>. Pensamos, en este punto, que la legislación debe otorgar a la policía uniformada los medios para hacer más efectivo su función preventiva y darle, a raíz de ello, mayor protección a la sociedad ante la delincuencia común que sigue creciendo<sup>30</sup>.

Insisto, sin embargo, que el cambio es principalmente cultural, o sea, más difícil de lograr porque se sitúa con anterioridad a la legalidad positiva y, en adición, la trasciende. Por consiguiente, es necesario formar, especialmente a los futuros abogados, en conceptos, técnicas y destrezas que nosotros, los profesores y profesionales más antiguos, no aprendimos y que ahora son básicos en la reforma. Así sucede, v.gr., con la justicia consensuada en reemplazo de la indisponibilidad de las normas penales, fomentando las usualmente llamadas **soluciones o salidas alternativas** con los beneficios que estas poseen<sup>31</sup>.

## VI. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y SU INTERPRETACIÓN

Se ha progresado mucho en la consecución del objetivo descrito. Expondré las razones principales sobre base de las cuales afirmo mi posición, la cual resumo llamándola de **cauteloso optimismo**.

1. La Constitución es lo suficientemente amplia, flexible y completa como para reconocer que contempla las constantes penales ya señaladas. Más todavía, las constantes que pudieren faltar en ella pueden ser incluidas en su espíritu sobre la base de una adecuada elaboración hermenéutica. Para esto, es suficiente sustento la dignidad de la persona y las bases tanto de

<sup>27</sup> Francisco Carnelutti en *Las Miserias del Proceso Penal* (Bogotá, Ed. Temis, 1999) escribió:

"(...)el hombre en la jaula (...)como animal peligroso (...)necesitado, necesitado, necesitado. También este es un aspecto de nuestra insuficiencia (...); para mí, el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado. Digo el encarcelado, obsérvese bien, no el delincuente.(...) Confieso que el delincuente me repugna; en ciertos casos me produce horror; sin embargo, apenas esposado, la fiera se ha convertido en un hombre".

<sup>28</sup> Ya existe opinión pública y gubernativa consolidada en este sentido. Por ejemplo, en "El Mercurio" de Santiago (6 de octubre de 2001) léese que "Gendarmería administra hoy 142 recintos penitenciarios. Catorce de ellos datan del siglo XIX. En ellos se atiende a poco más de 69 mil personas. La cifra incluye tanto a quienes están en un régimen cerrado (35 mil) como a los que tienen grados parciales de libertad. La sobrepoblación supera el 40% y las posibilidades de una rehabilitación efectiva son escasas".

<sup>29</sup> El artículo 20 inciso 1° letra f) de la Ley N° 19.640, publicada en el Diario Oficial el 17 de octubre de 1999 y sus reformas, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, prescribe que:

"La Fiscalía Nacional contará con las siguientes unidades administrativas:

(...)

División de atención a las víctimas y testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomienda al Ministerio Público la ley procesal penal".

Pues bien, en esa ley, que es el nuevo Código Procesal Penal, los artículos 6, 78, 157, 168 y 169, todos en armonía con el concepto de víctima que aparece en el artículo 108, son las disposiciones cuyo contenido se refiere, más directamente, a la misión que la Ley N° 19.640, citada, encomienda al Ministerio Público.

<sup>30</sup> Véase Sonia Rojas Valdebenito: "Víctimas del Delito", "El Mercurio" de Santiago (20 de agosto de 2001).

En la fuente indicada, citando antecedentes oficiales del Ministerio Público, consta que, "Entre el 16 de diciembre de 2000 y el 31 de mayo de 2001, los fiscales derivaron (...) 402 víctimas a las Unidades Regionales. La mayoría (68%) fue derivada para que se le otorgara una atención integral y un 17% para apoyar medidas de protección adoptadas por los fiscales. El resto (...) fue derivado para contar con el apoyo en materia de acuerdos reparatorios (11%) y de suspensión condicional del procedimiento (4%)". Se puntualiza en la misma fuente, además, que el 42% de las víctimas derivadas fueron menores de edad y el 66% del total de víctimas derivadas corresponde a mujeres, incluyendo tanto menores como mayores de edad.

<sup>31</sup> Consúltese los artículos 140, 141 y 241 del nuevo Código Procesal Penal.

De gran utilidad, pues incluye extractos de la historia fidedigna y un índice temático completo, es la obra de Emilio Pfeffer Urquiaga: *Código Procesal Penal Anotado y Concordado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001).



la investigación como del proceso penal que deben ser justos; la igualdad protectora que consagra el Código Político; la máxima que Mariano Egaña estampó en Constitución de 1833 y que aparece hoy repetida, sin que se exprese su significado, en el artículo 74 inciso 1° de la Carta Fundamental de 1980, etc.

2. La Constitución se ha ido adecuando a lo preceptuado en los tratados internacionales, sobre la base de la reforma hecha a su artículo 5 inciso 2°, en agosto de 1989, es decir, en la primera de las quince enmiendas que le han sido introducidas. Ello permitió iniciar una serie de cambios que pulieron las disposiciones más reprochables del antiguo Código de Procedimiento Penal, por ejemplo, en relación con la prisión preventiva, la incomunicación, la excarcelación y la duración del sumario<sup>32</sup>.

3. Por último y sin perjuicio de cuanto expondré al retornar al punto cuando me refiera al respeto de la supremacía constitucional por el legislador del Código Procesal Penal, declaro mi convicción en el sentido que los principios y disposiciones de fondo o sustantivos son aplicables desde ya, pues la gradualidad o cronograma de la ley que los difiere, rige solo en lo pertinente a los aspectos orgánicos de ella<sup>33</sup>. Nunca la ley, como insistentemente lo hemos ya aseverado, puede suspender la vigencia *in actum* de las constantes penales de la Carta Fundamental, salvo, claro está, que este mismo Código Político y en texto expreso así lo disponga. Esto, por supuesto, no sucede así en nuestra Carta Fundamental vigente. Consecuentemente, tampoco vacilo en adherir a lo decidido por la Corte de Apelaciones de Santiago el 9 de julio de 2001 (Rol N° 28.075), única sentencia que se ha pronunciado en el asunto y sobre la cual no ha recaído aún pronunciamiento de la Corte Suprema<sup>34</sup>:

“Que como fundamento superior de lo decisorio de esta resolución y a los efectos de la aplicación de las disposiciones que del Nuevo Código Procesal Penal (NCP) se han indicado ya y se dirá también en los considerandos siguientes, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el señalado principio, la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico. Ello está contenido preferentemente en el artículo 6°, inciso 1°, de la Carta, según el cual “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. El principio lleva consigo la necesidad de la aplicación inmediata y directa de la Constitución a una situación de hecho o fenómeno jurídico o derecho determinados. Así se desprende del carácter imperativo de sus contenidos, carácter explicado a su vez en el inciso 2° del mismo artículo, al prescribir que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Como complemento y exigencia de tal supremacía se alza, en consecuencia, el método de interpretación de las leyes, que obliga al intérprete a que, ante varias interpretaciones posibles de la ley, debe considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Pilar del principio, en derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5° inciso 2° de la Ley Fundamental (...).

Que las disposiciones que del nuevo Código Procesal Penal se han consignado en el N° 2 del fundamento 12° de este fallo se encuentran en pleno vigor y son, por consiguiente, de aplicación inmediata en la especie, no solo como elementos sistemáticos de interpretación de los últimos progresos legislativos en el ámbito de un nuevo ordenamiento protector de los derechos humanos, sin que más aún por constituir derecho y ley en plena vigencia, precisamente en virtud del princi-

<sup>32</sup> Revísese Cristóbal Eyzaguirre Baeza: **Leyes Cumplido. Análisis Jurídico de la Ley N° 19.047** (Santiago, Ed. ConoSur, 1992).

<sup>33</sup> Consúltense la trigésimasexta disposición transitoria de la Constitución, en armonía con la cual se encuentran el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, como asimismo, los artículos 483 a 485 del nuevo Código Procesal Penal.

<sup>34</sup> Considerandos 16, 17 y 18.

pio de la supremacía constitucional a que se ha hecho referencia en el considerando anterior, y, más aún, por expresarse y reconocerse así en el Código nuevo mismo. En efecto, si bien los artículos 483 y 484 del referido nuevo Código Procesal Penal establecen que sus disposiciones “se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, y que “comenzará a regir” para las distintas regiones del país al término de los plazos que establece el artículo 4° transitorio de la Ley N° 19.640 –Orgánica Constitucional del Ministerio Público–, el expresado ámbito de aplicación del nuevo Código se halla sin embargo complementado, clara y armónicamente, en cuanto a los hechos acaecidos “con anterioridad” a su vigencia, por lo dispuesto a su artículo 11 –cuyo epígrafe se intitula “Aplicación temporal de la ley procesal penal”–, según el cual “las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”. Como puede apreciarse, este último precepto no hace sino mantener lo establecido en el artículo 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, según el cual “las diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”, en armonía a su vez con el propósito permanente del Constituyente y del legislador, manifestado en los artículos 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución y 18 del Código Penal, en orden a aplicar siempre la que “favorezca al afectado” o sea “menos rigurosa”;

Que, como consecuencia de lo dicho en los dos considerandos anteriores y de la expresada vigencia del nuevo ordenamiento, el precepto de mayor elocuencia y significación, en cuanto sustento de lo decisorio de este fallo, se halla inscrito en el artículo 29 del Nuevo Código Procesal Penal, intitulado “cautela de garantías”, que en su inciso 1° dispone literalmente que, “en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”. En su inciso segundo añade –también literalmente–, que “si estas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan”, concluyendo que, “con mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo”.

## VII. ASIMETRÍAS CONSTITUCIONALES

Repito mi conclusión en el sentido que, hasta la fecha, el balance es positivo. Agregó, sin embargo, que enfrentamos un escollo difícil de superar. El resulta de la contradicción que existe entre los hechos que sintetizaré, por una parte, y la repercusión que ellos tienen en el nuevo Código Procesal Penal, de otra.

Esa **asimetría**, llamándola así para denotar ánimo constructivo, o **inconsistencia** como la denomina otra doctrina<sup>35</sup>, va demostrándose complicada, exigiendo meditar sobre las vías destinadas a solucionarla. Para esto, sugiero concentrarnos, primeramente, en la fuerza normativa de la Carta Fundamental, respetarla e infundirle vigencia práctica. Sin embargo, las asimetrías o inconsistencias llegan, en ciertos asuntos, a ser tan insuperables para la hermenéutica que se torna forzoso proceder a la reforma de la Carta Fundamental con el objeto de salvar lo preceptuado en el Código. Aunque esta manera de obrar es incoherente con cuanto implica la supremacía, puede admitirse que dicho Código resulta, en los tópicos pertinentes, más moderno y de legitimidad garantizadora mayor que la Carta Fundamental, razones que conducen a conservarlo en los tópicos respectivos.

<sup>35</sup> Emilio Pfeffer Urquiaga: “Constitución y Código Procesal Penal”, *Revista de Derecho Público* N° 63 (2001) p. 626.

### *1. Historia Fidedigna y Nuevo Proceso Penal*

La primera de las asimetrías a las que me refiero arranca de los **anales oficiales** de la Constitución en vigor. En efecto, al discutirse el proyecto de la Constitución de 1980, como consta en las actas de las sesiones N° 100, 101 y 103 de la Comisión de Estudio, jamás se pensó en reemplazar, de alto a bajo, el sistema inquisitivo por otro acusatorio. A raíz de ello se comprende por qué los cambios, en ligamen con el proceso racional y el procedimiento justo, tuvieron carácter aislado y puntual, nunca sistemático. En otras palabras, tratábase solo de introducir paliativos, enmiendas accesorias o correcciones incidentales a un modelo o idea matriz que se mantenía inalterada, a pesar de la conciencia que ya existía en punto a sus graves deficiencias<sup>36</sup>.

En testimonio de que mi aseveración es correcta transcribo dos pasajes de los anales oficiales que demuestran el alcance limitadísimo que tuvo en la especie el trabajo de aquella Comisión, y de quienes ilustraron sus debates, al decidir el asunto<sup>37</sup>. Todavía más, esos extractos dejan en claro la renuencia que hubo en ese órgano a la incorporación del Ministerio Público a nuestro sistema institucional:

“El Señor José **BERNALES** Pereira (Profesor) (.....) señala que en los países anglosajones, que entienden muy bien este asunto, no hay ningún proceso que pueda iniciarse de oficio. Cuando se trata de graves crímenes, se inicia por una acción de funcionario especializado –Ministerio Público– o de particular.

Evidentemente, eso va en contra de nuestra tradición procesal. En Chile, la pesquisa judicial es algo ya consagrado. Cree que sería un poco absurdo remover este problema ya que una modificación constitucional podría echar por tierra todo el problema de la pesquisa judicial y obligar a establecer el Ministerio Público en primera instancia, con el objeto de preservar en la Constitución este principio sagrado de la acción. Estima que eso es un poco exagerar las cosas; pero, por lo menos, debe consagrarse la acción como un poder inalienable, de manera que no pueda existir ningún proceso sin que una persona tenga el derecho, ya sea de accionar al principio, o de accionar a continuación de haberse iniciado.

(...)

El señor **DIEZ** cree que no es posible modificar toda la filosofía del sistema procesal chileno, ya que ella es distinta de la anglosajona, principalmente con respecto a la justicia penal. A la Comisión le resulta imposible abordar este último tema. De manera que se tiene que buscar la ecuación para que los principios generales en que ella cree estén insertos en la Constitución y no arme una revolución en el proceso penal, porque entonces sí que sería ineficaz y dejaría de cumplirse”.

He aquí, entonces, una de las razones que explica por qué la concepción entera, incluyendo la terminología empleada en el nuevo Código Procesal Penal, no coincide, en diversos pero relevantes asuntos, con el vocabulario técnico jurídico que se lee en la Carta Fundamental.

### *2. Fuerza Normativa de los Tratados*

Doy un paso adelante y me detengo en la segunda de las asimetrías mencionadas.

Se refiere ella a un tópico varias veces ya aludido, esto es, a que la fuerza normativa directa, propia e inmediata de los principios y normas de la Constitución, manifestada inequívocamente en sus artículos 5 inciso 2°, 6 y 7, volvió inevitable el recurso a los **tratados internacionales** correspondientes, complementando las constantes constitucionales para sal-

<sup>36</sup> Véase Osvaldo López: **Manual de Derecho Procesal Penal** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1961) pp. 21-22.

<sup>37</sup> Actas Oficiales, sesión 101ª pp. 5 y 27.

var las omisiones más graves, o con el objeto de corregir los peores reparos del antiguo Código de Procedimiento Penal. Pero, sobre todo, eso obligó al Poder Constituyente y al legislador a reemplazar, por completo, el sistema inquisitivo. He aquí una demostración, alentadora por cierto, de cómo el Derecho Constitucional supranacional ha comenzado a influir en los ordenamientos internos, permeándolos por la vía interpretativa o, en definitiva, tornando imperativa su modificación.

Así se llegó a la Ley N° 19.519, de reforma constitucional, cuyo texto fue publicado en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1997. Por virtud de ella, en el Código Político de 1980 quedó articulada, en el nuevo Capítulo VI-A, la creación del **Ministerio Público**<sup>38</sup>. Se estableció así una función estatal nueva, desprendida de la servida hasta entonces por el Poder Judicial, función nueva que es de jerarquía constitucional e índole técnica, a cargo de un órgano autónomo y del máximo nivel, cual es el Fiscal Nacional. La investigación racional y justa, en otras palabras, se hizo diferente de la jurisdicción, separándolas, prohibiendo confundirlas y, por supuesto, quedando también vedado traspasar los límites que las separan<sup>39</sup>.

Otra demostración de la misma energía normativa se encuentra en que el artículo 19 N° 3 de la Constitución, en sus incisos 1° y 2°, ha adquirido significado más real, haciendo que el derecho a la asesoría y defensa jurídica se concilie con el derecho a que se presuma la inocencia del inculcado y, sobre todo, a que nadie sea condenado sin que se cumplan aquellas exigencias del proceso justo o debido. Aquí cabe, además y por ejemplo, el derecho a guardar silencio, la prohibición de practicar pruebas periciales invasivas de la intimidad, o aquellas que sean lesivas, por lo mismo, de la dignidad humana<sup>40</sup>.

### 3. Seguridad Humana

El breve tiempo transcurrido ha ya demostrado, sin embargo, que la preocupación del legislador debe advertirse, con idéntico énfasis, respecto a la defensa de las víctimas y de la sociedad en general. Hasta la fecha, en efecto, el régimen jurídico se halla caracterizado por un cúmulo de garantías establecidas en beneficio del imputado o inculcado<sup>41</sup>, volviendo más difíciles los procedimientos policiales respectivos, sobre todos los preventivos, y en consecuencia incentivando la delincuencia y su impunidad.

Pues bien, pienso que la sociedad es, en tal perspectiva, susceptible también de ser considerada víctima de la delincuencia, solo mediata si se quiere, ya que se la ofende cuando crece o aumenta la inseguridad en la convivencia<sup>42</sup>. Por lo demás, esa es la visión del Poder Constituyente en el artículo 19 N° 3 letra e) de la Carta Fundamental en vigor, en ligamen con

<sup>38</sup> José Luis Cea Egaña: "Fisonomía Constitucional del Ministerio Público de Chile", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (número especial, agosto de 1999) pp. 59 ss. Útil es agregar que en el número citado aparecen doce monografías dedicadas a la reforma procesal penal, junto a textos normativos y recensiones de libros que la comentan.

<sup>39</sup> Véase Emilio Pfeffer Urquiaga: *Ministerio Público. Antecedentes de la Reforma Constitucional* (Santiago, Ed. ConoSur, 1997); y Guillermo Piedrabuena Richard: *Introducción a la Reforma Procesal Penal* (Santiago, Ed. Fallos del Mes, 2000).

<sup>40</sup> Consúltense los artículos 197 y 198 del nuevo Código Procesal Penal.

Debe tenerse presente, sin embargo, que el poder de *autodeterminación informativa* del afectado y del inculcado es siempre relativo y jamás puede llegar a configurar una causal de impunidad. En consecuencia, el juez de garantía se halla obligado, por respeto a cuanto exigen los *intereses y valores de jerarquía supraindividual*, comenzando por el bien común, asegurados en la Carta fundamental, ha infundirles preponderancia sobre aquel poder de autodeterminación cuando se trate de evitar las secuelas de su invocación ilegítima.

Consúltense Ernest Benda et al.: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996) pp. 117 ss.; Carlos Ruiz Miguel: *El Derecho a la Protección de la Vida Privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Madrid, Editorial Civitas, 1994) pp. 84 ss.; y Juan Cianciardo, *supra* nota 22 pp. 7 ss.

<sup>41</sup> Revísense, entre otros, los artículos 7 a 12, 86, 99 a 102, 127, 150, 182 a 185, 194 a 197, 220 a 222, 232 y 244.

Consúltense Raúl Castillo Castillo: "La Presunción de Inocencia y Algunos Peligros que acechan en el Nuevo Proceso Penal", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* N° 7 (2001) pp 225 ss.

<sup>42</sup> Código Procesal Penal, artículo 108 en armonía con el artículo 140.

la improcedencia de la libertad provisional, razón que conlleva la fuerza normativa pertinente y el deber, impuesto al legislador, de obedecer esa supremacía. Tuvieron así la oportunidad de advertirlo tres Ministros del Tribunal Constitucional en la sentencia dictada el 3 de febrero de 2000, al ejercer el control de supremacía de la Ley N° 19.665 que reformó el Código Orgánico de Tribunales. Creo útil reproducir aquí esa prevención<sup>43</sup>:

“La víctima es la que sufre las consecuencias del acto del delincuente y, por lo tanto, es ella la que primordial y principalmente debe ser amparada por todo sistema de justicia penal y especialmente por sus jueces.

De la lectura de las leyes vigentes, del proyecto sometido a control y del resto de las proposiciones traídas a la vista se desprende una tendencia a dar protección jurisdiccional privilegiada al imputado, por sobre los derechos del que sufrió los efectos de su acción criminal.

Ello, en opinión de los previnientes, vulnera en sustancia lo que debe ser una sana convivencia social en que justamente el ejemplo de una sentencia eficaz produce como efecto residual la lección para que los futuros delincuentes se abstengan de cometer hechos delictivos.

En este contexto deberá examinarse con mucha prudencia la competencia que el proyecto sometido a control de constitucionalidad otorga a los jueces de garantía.

En lo que a este proyecto se refiere debe observarse el tenor del artículo 14°, en cuanto fija la competencia o atribuciones de los jueces de garantía, concebidos según el tenor literal para “asegurar los derechos del imputado” y además de los otros intervinientes en el proceso penal.

Ello se traduce en que los jueces de garantía siempre deberán asegurar los derechos del imputado y, además, los de los otros intervinientes, en cuanto corresponda. Entre estos últimos se encuentra la víctima, por expresa disposición del texto en examen.

Debe tenerse presente que según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se crean 151 Juzgados de Garantía con 413 jueces que sumados a los 43 tribunales orales con 396 jueces, dan un total de 809 nuevos jueces. Se suprimen 86 jueces del crimen y se contará con el apoyo de 2.640 funcionarios, además de los que conforman el Ministerio Público y la Defensoría Pública.

(...)

Nunca debe dejar de considerarse que es el delincuente el que genera el proceso penal y que el objeto del delito –persona o cosa– es lo que busca amparo jurisdiccional a través de la sentencia y la reparación de sus garantías constitucionales violentadas a través del proceso penal.

(...)

El juez de garantía, como juez, debe velar porque a ninguno de los intervinientes en el proceso se le violenten sus garantías. Como consecuencia a este juez no debería encargársele especialmente el aseguramiento de los derechos del imputado en cuya protección solo deberá intervenir cuando quien lo defiende no lo haga en la forma que la ley determine u otro sujeto atente contra ellos violándose así su derecho al debido proceso”.

<sup>43</sup> Sentencia pronunciada el 3 de febrero de 2000 (Rol N° 304), ejerciendo el control de supremacía de la reforma del Código Orgánico de Tribunales, introducida por la Ley N° 19.665 ya citada (énfasis agregado).

Una vez más, constatamos con satisfacción que el proceso avanza por el camino recto, prueba de lo cual es el proyecto que introduce reformas al Código Procesal Penal<sup>44</sup>.

#### VIII. INTERPRETACIÓN, MUTACIÓN Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Me referiré aquí a una tercera asimetría, la cual, por su amplitud e importancia, justifica tratarla con mayor detalle. Es el tópico de los **desajustes principales** que ya se advierten entre la Constitución y el Código Procesal Penal.

Entrando en el análisis, manifiesto mi opinión acerca de cómo solucionar o, al menos, de aliviar esos desajustes, hasta que se vuelva impostergable la reforma del caso. En otras palabras, soy contrario a recurrir al expediente, cómodo y usual en Chile, de comenzar con las reformas de texto, pronunciándome, en su lugar, por realizar esfuerzos de interpretación que culminen en la armonización del Código Procesal Penal con la Constitución. Aquí se divisa, por ende, otra área de integración de la doctrina y jurisprudencia, concretando la estrategia sugerida<sup>45</sup>.

#### 4. Gradualidad no Vulnera la Igualdad

Desde el **ángulo de la supremacía sustantiva** se ha insistido, afortunadamente ya con menos intensidad, que sería inconstitucional la aplicación gradual de la reforma, pues en las regiones en que esta rige el ordenamiento respectivo contemplaría disposiciones, aplicables a inculpadados y víctimas, más favorables que las de la legislación que va quedando derogada. Se ha abundado en el asunto y nos parece innecesario repetir tan tediosa y equivocada alegación.

En síntesis, reiteramos aquí cuanto explicamos sobre el punto a la entonces Ministra de Justicia, María Soledad Alvear Valenzuela, en el Informe en Derecho evacuado, a solicitud de ella, el 16 de agosto de 1996: la Constitución<sup>46</sup> prohíbe, rechaza o excluye tanto la desigualdad como la igualación, pero solo cuando una y otra son arbitrarias, o sea, si se erigen en reales **discriminaciones**, pues en tal hipótesis se trata de diferencias o equiparaciones infundadas, desproporcionadas, carentes de razonabilidad, siendo el favoritismo, el prejuicio o la odiosidad el fundamento, único e ilegítimo, de ellas<sup>47</sup>.

Obviamente, nada de eso puede admitirse con respecto a la gradualidad que comentamos, porque es necesario implementar el proceso planificadamente para evaluar, a tiempo y con acierto, sus resultados. Además, en consideración a que es menester capacitar al personal técnico que debe participar en la reforma como es el formado por los fiscales, policías, abogados y magistrados, proceso que requiere planificación y realización paulatina<sup>48</sup>. En tercer lugar, en

<sup>44</sup> Mensaje N° 108-345, fechado el 31 de octubre de 2001.

En resumen, cabe destacar de esa iniciativa los aspectos siguientes: primero, sin volver a la detención por sospecha, en los artículos 85 y 86 del Código se otorgan nuevas facultades a la policía para controlar la identidad y examen de vestimenta, equipaje o vehículo del afectado; segundo, en ligamen con la detención por flagrancia, tratándose de faltas, la regla general será, con sujeción a los artículos 124 y 134, que la policía procederá a llevar a los afectados hasta el cuartel policial, para practicar el procedimiento de la citación en presencia del Fiscal; tercero, se incorporan nuevos derechos de las víctimas, a la nómina prevista en el artículo 109 del Código; cuarto, la autorización que otorgue el juez se impone a la negativa del afectado en nexo con la práctica de ciertos exámenes, al tenor del artículo 197°; y quinto, se introducen modificaciones al procedimiento simplificado, para evitar que se transforme en otro juicio oral, y al procedimiento abreviado, con el propósito e incentivar su aplicación.

<sup>45</sup> Aplicando la tesis aquí propugnada se hallan las monografías que el Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena Richard, publicó en los N° 1 y 2 del *Boletín del Ministerio Público* (mayo y junio de 2001).

<sup>46</sup> Artículo 19 N° 2° inciso 2°.

<sup>47</sup> José Luis Cea Egaña: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Santiago, Imprenta Alfabet, 1999), pp. 125-129; Miguel Angel Fernández González: *El Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley* (Santiago, Ed. ConoSur, 2001) pp. 119 ss.; Raúl Tavolari Oliveros: "Inconstitucionalidad del Régimen Gradual de la Reforma Procesal Penal", *La Semana Jurídica* N° 39 (2001) p. 5.

<sup>48</sup> Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce: *Litigación Penal en Juicios Orales* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2001).

atención a que el Estado carece de los recursos presupuestarios suficientes para financiar, en el acto, la ejecución completa de un cambio tan vasto y complejo, el cual incluye recintos apropiados, equipamiento técnico moderno, adiestramiento en Chile y el extranjero, etc. Por último, a raíz de la necesidad de introducir numerosas disposiciones adecuadoras de la legislación vigente a la reforma<sup>49</sup>, así como el imperativo de comprobar, empíricamente, el acierto de normas jurídicas reguladoras del proceso y otros rubros que suponen tiempo de observación elevado<sup>50</sup>. Así también lo entendió el Tribunal Constitucional<sup>51</sup>:

“Que la cuestión concreta planteada indica que en las Regiones Cuarta, Novena, Segunda, Tercera y Séptima, es posible que empiece a operar el Ministerio Público sin que exista un sistema de defensoría pública.

(...)

Como contrapeso a esta institución (Ministerio Público) estará la Defensoría Pública, que constituye la garantía de que las personas van a tener la posibilidad de igualdad ante la ley en un proceso penal.

Debido a la imposibilidad de aprobar el proyecto de Defensoría Pública en un plazo breve, se ha establecido un sistema de gradualidad que, en la práctica, va a significar la posibilidad de que en las regiones señaladas entre en vigencia esta iniciativa legal sin que exista un sistema de defensoría pública. Respecto de esas regiones, el equilibrio entre el Ministerio Público y la Defensoría Pública se romperá, con lo cual se provocará una discriminación arbitraria que constituye un acto de inconstitucionalidad, según el cuestionamiento de que se trata;

Que el Tribunal Constitucional estima que el artículo 4° transitorio del proyecto remitido es constitucional en atención a que la disposición trigesimosexta transitoria de la Carta Fundamental faculta a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público para “determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país”. En estas circunstancias, el legislador se encuentra habilitado por una norma expresa de la Constitución para regular la gradualidad a que ella se refiere, la cual puede consistir en el establecimiento de plazos o condiciones, puesto que la Constitución no distingue, y, en el caso presente, se ha dispuesto su entrada en vigor a la sujeción de un plazo gradual que fluctúa entre 14 y 48 meses y a la condición de estar vigente el sistema nacional de defensa pública para su entrada en vigor en el caso de la Región Metropolitana y de las que deben seguirla.

A mayor abundamiento, confirma lo anterior la norma del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas y no existe desigualdad arbitraria ante la ley entre las cinco regiones donde funcionará provisoriamente el Ministerio Público sin el sistema de defensa pública y en aquellas otras siete regiones más la Metropolitana en que sí se exige la vigencia efectiva del sistema de defensoría pública para que el ente autónomo que se crea opere plenamente respecto de ellas. En efecto, de los antecedentes que tuvo a la vista el Tribunal se colige que el actual ordenamiento vigente permite entregar adecuada asesoría jurídica a aquellas cinco regiones en la forma que la ley señala, a través de las disposiciones pertinentes del Código Orgánico de Tribunales, de las Corporaciones de Asistencia Judicial y de los Programas del Sistema de Asistencia Jurídica a cargo del Ministerio de Justicia, mientras el Congreso Nacional apruebe la preceptiva del referido sistema que cubrirá todo el territorio nacional”.

<sup>49</sup> Consúltese el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado sobre Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, reproduciendo en la **Sección Anexos del Diario de Sesiones del Senado** (16 de octubre de 2001) pp. 522 ss.

<sup>50</sup> No se olvide que el mismo raciocinio siguió el Tribunal Constitucional, en el considerando 13° de la sentencia pronunciada el 28 de septiembre de 1999 (Rol N° 293), al controlar el principio de supremacía de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

<sup>51</sup> Sentencia pronunciada el 28 de septiembre de 1999 (Rol N° 293).

### 5. Omisión del Control Preventivo

En la **supremacía formal**, por el contrario, recayó otro capítulo de inconstitucionalidad. Esta vez, la objeción consistió en que el nuevo Código Procesal Penal no fue sometido al **control preventivo** de supremacía que la Carta Fundamental<sup>52</sup> exige practicar, en el Tribunal Constitucional, con respecto a las disposiciones que tengan el carácter de orgánicas constitucionales.

En punto a esta segunda causal, categóricamente manifestamos nuestra coincidencia con quienes la han planteado, pues el nuevo Código contiene numerosas disposiciones de jerarquía orgánica constitucional, tantas que resulta extensísimo e innecesario citarlas una tras otra<sup>53</sup>. Deviene suficiente, entonces, afirmar que esas disposiciones se refieren a las atribuciones de los fiscales y de los jueces, materias ambas cuyo rango orgánico constitucional le ha sido infundido por el Código Político mismo en sus artículos 74 inciso 1º y 80 letra B inciso 1º.

Felizmente, el vigor de esta causal se ha desvanecido en la medida que el Código va siendo invocado, aplicado e, incluso, reformado. Esta circunstancia no significa, empero, que el reproche explicado haya desaparecido, siendo menester que sea salvado cumpliendo, en las reformas al Código, el trámite descrito. Tampoco implica que sea insusceptible de alegarse como motivo de inaplicabilidad, por cierto que con mínima posibilidad de éxito, considerada la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre infracción de la supremacía por vicios de procedimiento.

### 6. Supresión del Procesamiento

Dicha institución –y su secuela, el procesado– fue omitida en el nuevo Código Procesal Penal, pero se mantiene en la Constitución, por ejemplo, en el artículo 16 N° 2, a propósito de la suspensión del derecho a sufragio; y en el artículo 19 N° 7 letras d), e) y la letra i), concernientes a los únicos lugares en que procede practicar la privación de libertad individual, a la libertad provisional de los procesados por conductas terroristas; y a la indemnización del error judicial, respectivamente.

A mayor abundamiento, tratándose de lo previsto en el artículo 16 N° 2, los efectos del procesamiento se manifiestan en un requisito de elegibilidad del Presidente de la República, de los parlamentarios, de los consejeros regionales, de los alcaldes y concejales<sup>54</sup>.

Más todavía, los Jefes de Estados y los parlamentarios, en las situaciones descritas en los artículos 30 y 58 del Código Político, no pueden ser procesados sin el desafuero previo correspondiente.

En el punto, coincidimos con lo planteado por el Fiscal Nacional quien, tras revisar la posibilidad de asimilación entre el procesamiento, por un lado, y la acusación fiscal, la formalización de la investigación por el fiscal y la imposibilidad de toda identificación entre ambos grupos de conceptos, de otro, concluye manifestando:

“El desajuste (...) puede salvarse encontrando una institución equivalente o similar en el nuevo sistema procesal penal, pero esta equivalencia no puede constitucionalmente encontrarse en el trámite de la acusación que, por provenir de un órgano no jurisdiccional, no puede producir efectos jurisdiccionales (...)”<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Artículo 82 inciso 1º N° 1 e inciso 3º, en armonía con los artículos 34 y siguientes de la Ley N° 17.997 de 1981, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

<sup>53</sup> Emilio Pfeffer, *supra* nota 35 en pp. 628 ss. describe once materias, reguladas en el Código y que son propias del dominio de la ley orgánica constitucional, desde el amparo ante el juez de garantía hasta la querrela de capítulos.

<sup>54</sup> Artículos 25, 44, 46 y 113 de la Constitución, respectivamente.

<sup>55</sup> Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena Richard, *Boletín* N° 2, *supra* nota 45 p. 69.



Reiteramos nuestro criterio, por consiguiente, en el sentido que la hermenéutica jurídica tiene límites en el texto y espíritu de la Constitución, razón por la cual, en situaciones como las explicadas se vuelve necesario reformarlo para evitar el pronunciamiento de la inaplicabilidad del Código. Tal vez, en el proyecto de reforma constitucional<sup>56</sup> que se votará en el Senado el 18 de diciembre próximo, sea posible añadir esta materia.

### 7. Omisión de la Consulta y Apelación

Ambos trámites aparecen exigidos en el artículo 19 N° 3 letra e) de la Constitución, con respecto a la resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por conductas terroristas. Sin embargo, esos trámites desaparecieron en el Código Procesal Penal, pues se trata de medios de control inconciliables con los nuevos principios de intermediación con la prueba y de intervención directa de las partes, los cuales otorgan a la Magistratura competente la posibilidad de pronunciarse sin recursos, haciendo real el principio de la instancia única legítima<sup>57</sup>.

### 8. Tesis Insostenible sobre Amparo

En el nuevo Código quedó sin regular la acción y el recurso de amparo. Nada más que un artículo, el 95°, se refiere al tema facultando para decidirlo al juez de garantía.

Por supuesto, esta disposición no puede entenderse como equivalente de lo exigido en el artículo 21° del Código Fundamental y, por ende, cabe concluir que solo **complementa o suplementa** lo dispuesto en ese precepto<sup>58</sup>. Cualquier interpretación contraria tiene que ser calificada de inconstitucional.

Más enfática aún debe ser nuestra posición para discrepar de la razón aducida en el Senado con el propósito de justificar la norma comentada<sup>59</sup>, es decir, sostener su procedencia sobre la base de que el amparo procede solo en contra de resoluciones administrativas. El inciso final, que es meramente legal, corrobora la tesis que desestimamos, la cual no puede afectar la supremacía e imperatividad *in actum* del Código Político.

<sup>56</sup> Consúltese el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado evacuado el 6 de noviembre de 2001, reproducido en el volumen **Reforma de la Constitución de 1980** (Valparaíso, Imp. del Senado, 2001).

<sup>57</sup> Recuérdese que, con sujeción al artículo 364 del Código, son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral, incluyendo las sentencias definitivas. Cabe advertir, sin embargo, que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del mismo Código, se concede el recurso de nulidad para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente esta, por las causales expresamente señaladas en el artículo 373 de ese cuerpo legal.

<sup>58</sup> Se mantiene el problema descrito en *supra*, nota 7, pues los grupos e individuos de la Sociedad Civil carecen de oportunidades, procedimientos e incentivos, sobre todo judiciales, para resolver los múltiples obstáculos y litigios concretos que experimentan para gozar, legítimamente, de los derechos fundamentales. Por eso, realizamos la importancia de la moción, presentada por diputados de diversos partidos políticos, cuyo objeto es regular legalmente las acciones y recursos de jerarquía constitucional. Si es aprobada esa moción, se impedirá que la Corte Suprema haga, sobre la base de autoacordados, como sucedió tratándose de recurso de protección, lo que la Carta Fundamental reserva normar solo al legislador. Lo ocurrido repercute en desmedro evidente de la tramitación y fallo de esa acción cautelar, única de alcance general en nuestro régimen constitucional. Consúltese el texto de esa moción en el Boletín N° 2809-07 de la Cámara de Diputados, fechado el 9 de octubre de 2001. Véase sobre tal moción, además, la crónica publicada en "El Mercurio" de Santiago (4 de noviembre de 2001).

En fin, téngase presente la estadística siguiente sobre tramitación y decisión del recurso de protección: entre agosto de 1999 y mayo de 2001, las Cortes de Apelaciones del país acogieron el 7,24% de las acciones deducidas; y declararon inadmisibles, rechazadas o desistidas el 92,76% de esas acciones. Véase Victoriano Cerda Quinteros: "La Muerte del Recurso de Protección", **Revista de Derecho Público** N° 63 (2001) p. 395.

<sup>59</sup> Una síntesis de la historia fidedigna respectiva se encuentra en Pfeffer, *supra* nota 31 pp. 121-122.

Consúltese Paulino Varas Alfonso: "El Recurso o Acción Constitucional de Amparo y el Recurso o Acción Legal de Amparo en el Código Procesal Penal", **Revista Derecho Público** N° 63 (2001) pp. 670 ss.

### 9. Plazo de Detención

Cuando se aplica el artículo 19 N° 7 letra c) inciso 2° de la Constitución, el detenido debe ser puesto a disposición del juez competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Este plazo puede ser ampliado en cinco días y hasta por diez días, en ambos casos mediante resolución judicial fundada.

Por el contrario, el artículo 131 del nuevo Código establece el plazo máximo de veinticuatro horas para que se practique el procedimiento antes resumido. ¿Cómo salvar la contradicción?

Examinando el problema desde el ángulo del detenido, es obvio que el Código mejora el umbral de garantías que le reconoce la Constitución. Por tal motivo puede ser aceptada la tesis, según la cual el Código Político asegura un marco mínimo de garantías, que es inviolable, rasgo que no impide al legislador ampliarlo y profundizarlo. Empero, enteramente distinto es el resultado al que se llega luego de examinar el asunto a partir del interés de la sociedad, o sea, de la seguridad humana o colectiva, porque en esta hipótesis se rebaja el rasero mínimo de certeza que tenemos ante la delincuencia, provocando la alarma que ya es conocida y que resulta impostergable subsanar<sup>60</sup>.

### 10. Ministerio Público Único y Exclusivo

Por último, comento brevemente el proyecto de ley con normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal<sup>61</sup>. De ese extenso texto, hoy pendiente en tercer trámite en la Cámara de Diputados, me concentro solo en las modificaciones al Código Tributario<sup>62</sup>, por su trascendencia general y en consideración a los rasgos que hoy caracterizan al procedimiento especial respectivo.

Pues bien, dicho en términos sencillos y directos, es posible sostener que en tal proyecto se crea una especie de Ministerio Público paralelo, cuya competencia queda circunscrita al ámbito penal tributario. Pensamos que así se vulnera lo expresa y claramente dispuesto en el artículo 80 letra A) inciso 1° de la Constitución<sup>63</sup>.

Recuérdese que en esa disposición se reserva a dicho Ministerio, con carácter exclusivo, el ejercicio de las cinco funciones que en ella se describen<sup>64</sup>. La única salvedad prevista, en texto expreso de la Carta Fundamental, es la relativa a las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, excepción que se sustenta en los anales oficiales respectivos.

Imperativo es reconocer, entonces, que la etapa de la investigación administrativa por el Servicio de Impuestos Internos es previa y distinta de la investigación que incumbe dirigir al

<sup>60</sup> La encuesta del Instituto Libertad y Desarrollo publicada en "El Mercurio" de Santiago (26 de noviembre de 2001) señala que, el 13 de ese mes, día en que se realizó el estudio demoscópico, el 71% de los encuestados declaró sentir más temor a ser asaltado que un año antes. En la misma fuente consta que el 63% del universo consultado respondió que su barrio era, aquel día 13 de noviembre, más o mucho más peligroso que en el año anterior.

<sup>61</sup> Véase el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto nombrado, reproducido en el *Diario de Sesiones* de esa rama del Congreso correspondiente al 16 de octubre de 2001, pp. 522 ss.

<sup>62</sup> Artículo 44 del proyecto, pp. 806 ss. del Informe citado.

<sup>63</sup> La fundamentación de las opiniones a favor de la iniciativa se encuentra en la pp. 640 ss. del Informe referido.

<sup>64</sup> Este fue un tópico detenidamente examinado en el Senado, como puede constatare revisando el *Diario de Sesiones* respectivo, sesión 1ª celebrada el 2 de junio de 1997 pp. 59 ss. En este sentido de especial interés se torna la puntualización hecha por la Ministra de Justicia, María Soledad Alvear, al sostener (p. 79) que:

"(...) buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten, por lo tanto, fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial.(...) Una de esas iniciativas (de ley) adecuatorias y misceláneas que debatiremos precisamente va a suprimir algunas facultades, con el objeto de que cualquier órgano que, en el ejercicio de sus funciones, tenga elementos suficientes para determinar que un hecho constituye delito, deberá ponerlos, en ese momento, en conocimiento del Ministerio Público, a fin de iniciar investigación y posteriormente se sustente la acción ante el tribunal colegiado".

Ministerio Público. Semejante diferencia esencial cabe hacer también en ligamen con el ejercicio de la acción penal.

#### PERSPECTIVAS

Nos hallamos en el centro de un proceso en curso y que avanza, con algunas dificultades, pero, en definitiva, exitosamente.

Tranquiliza que la Comisión de Coordinación de la Reforma logre consensos cuando la experiencia demuestra que son necesarios los cambios<sup>65</sup>. Así ha ocurrido con la modificación del cronograma aplicable a la entrada en vigencia progresiva de la nueva legislación<sup>66</sup>. Y se halla próximo a cumplir su primer trámite en el Senado el proyecto que modifica el Código Procesal Penal<sup>67</sup>.

Además, el estudio del proceso ha motivado ya abundante doctrina<sup>68</sup>. Los problemas quedan así mejor planteados y comienzan a descubrirse alternativas de solución.

Más todavía, el desequilibrio con que el nuevo Código reguló los derechos del inculpado, comparados con los de la víctima y de la sociedad, va siendo corregido. Será posible así cumplir una exigencia esencial, cual es, que la legitimidad del sistema que hemos descrito esta mañana debe referirse a todos los involucrados en el proceso penal, y no solo a los imputados. Esto resulta especialmente claro si se trata de consolidar la reforma en la conciencia de la ciudadanía.

<sup>65</sup> Dicha Comisión fue creada mediante el artículo transitorio 6° de la Ley N° 19.665, ya citada. Debe sesionar una vez al mes, por lo menos, y hasta el último día del mes en que se cumpla el quinto año de su constitución. Las funciones de la Comisión son las siguientes: primera, realizar los estudios y proposiciones técnicas que faciliten la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal y la acción coordinada, con tal fin, de las Instituciones representadas en ella (Ministerio de Justicia, Corte Suprema, Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Chile); y segunda, hacer el seguimiento y evaluación del proceso de implementación de la dicha reforma.

<sup>66</sup> Ley N° 19.762, publicada en el Diario Oficial el 16 de octubre de 2001.

El artículo 1° N° 2 letra a) de dicha ley, sustituyó el inciso 1° del artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, disponiendo que las normas pertinentes entrarán en vigencia, en las Regiones en que ello no ha ocurrido todavía, con la gradualidad que se indica a continuación:

II, III y IV Región .....	16 de octubre de 2001
I, XI y XII Región .....	16 de diciembre de 2002
V, VI, VIII y X Región .....	16 de diciembre de 2003
Región Metropolitana .....	16 de diciembre de 2004

<sup>67</sup> Contenido en el mensaje del Presidente de la República N° 108 - 345, fechado el 31 de octubre de 2001, sintetizado en *supra*, nota 41.

<sup>68</sup> A la doctrina ya citada cabe agregar la siguiente: Jorge Alberto Silva Silva: **Derecho Procesal Penal** (México, Editorial Harla, 1995). Claudia Rodríguez Andrade: **El Querellante Particular** (Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996); Edmundo Pottstock Padilla: **Proceso Civil y Proceso Penal** (Santiago, Editorial ConoSur, 1997); Alvaro Plaza Navarrete: **Reforma Procesal Penal: ¿la Justicia en el Banquillo?**; Guillermo Piedrabuena Richard: **Algunos comentarios acerca de la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal y sobre la reforma constitucional que creó un nuevo Ministerio Público** (Santiago, Fallos del Mes, 1998); del mismo, **Breves Comentarios sobre la Reforma Procesal Penal** (Santiago, Fallos del Mes, 1998); del mismo, **Curso especial sobre la Reforma Procesal Penal** (Santiago, Chile, 1998); Alfredo Pfeiffer Richter: **Apuntes de Derecho Procesal** (Santiago, Chile, 1998); Cristophe Giroux M.: **Atenuaciones Fundamentales de la Acción Penal Pública en el nuevo Código Procesal Penal** (Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1998); Isabel Margarita Cabello Silva: **La Indiscutible Necesidad de Reformar Estructuralmente el Sistema Procesal Penal** (Santiago, Chile, 1997).