

Emilio Pfeffer Urquiaga*

Constitución y Código Procesal Penal

Introducción

En el Diario Oficial del día 12 de octubre de 2000 fue publicado el nuevo Código Procesal Penal. El proyecto de ley había sido enviado a la Cámara de Diputados el día 13 de junio de 1995 y luego de una intensa y relativamente rápida tramitación, se promulgó por el Presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar y el Ministro de Justicia don José Antonio Gómez Urrutia el 29 de septiembre de 2000. La culminación de la obra iniciada por la Ministra de Justicia de la época, doña María Soledad Alvear V. quedaba consumada. Su vigencia, conforme al artículo 484, se irá haciendo escalonadamente en las distintas regiones del país, iniciándose en las regiones de Coquimbo y de la Araucanía el día 16 de diciembre de 2000.

El Código de Procedimiento Penal que ha regido en Chile desde 1906 quedará pronto en el olvido dando paso a un cambio radical en el ámbito de nuestra justicia penal. Asistimos, puede decirse, a una profunda modificación de lo que se entiende por hacer justicia al establecerse una completa diferenciación de funciones entre la parte persecutoria y acusadora, por un lado, y la función falladora por otra. Pero lo más relevante, es que no se trata sólo de la mera sustitución o reemplazo del procedimiento inherente al sistema inquisitivo que regía en el país por uno de carácter público y controversial, sino que de modificar la forma misma de cómo el Estado imparte justicia. Ello, porque el nuevo sistema requerirá un cambio cultural y conceptual de parte de los justiciables, sobre todo de los miembros del foro.

La sola denominación «Código Procesal Penal» que se utiliza para identificar la nueva normativa, y que es plenamente concordante con las tendencias que se observan en el derecho comparado, es indicativa de que en él no se regulan ni establecen únicamente normas de procedimiento. Se contienen además normas de jurisdicción, de competencia, de garantía para los justiciables, sobre relaciones entre los diversos sujetos e instituciones intervinientes, etc., todo lo cual conforma un universo normativo que excede con largueza al de los meros procedimientos.

* Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales y Universidad Central.

Distintas son las etapas que se consultan en el nuevo sistema procesal penal. El inicio, formalización y cierre de la investigación, la acusación –todas ellas a cargo de los fiscales del ministerio público-. La audiencia de preparación del juicio oral, que se lleva a cabo ante el juez de garantía. La audiencia del juicio oral, del que conoce el tribunal de juicio oral en lo penal. El pronunciamiento de la sentencia definitiva, antecedido, si fuere menester, de la decisión de absolución o condena. Un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según el caso, y la ejecución de la sentencia definitiva por parte del juez de garantía, son algunos de los hitos más importantes que prevé el nuevo sistema procesal penal.

De otra parte debe considerarse que no siempre los fiscales del ministerio público iniciarán la investigación, pues tienen la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad y el archivo provisional del caso. Asimismo, se han consultado soluciones alternativas del conflicto penal, tales como la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios. También que existen procedimientos especiales: el caso del procedimiento abreviado y del procedimiento por faltas, que en sentido estricto son también juicios orales pero celebrados ante el juez de garantía como tribunal unipersonal, los que se aplican a delitos que merezcan baja penalidad en el caso concreto.

No hay duda que se trata de una reforma que era urgente en nuestro sistema de administración de justicia, en el cual no podían seguir ausentes las tendencias modernas de la oralidad, la publicidad, la concentración, la presencia permanente de todos los intervinientes, la prohibición de delegaciones. Con propiedad puede afirmarse que se acabará el sistema de la lectura de expedientes y que la percepción de las pruebas y del debate de las partes se realizará de forma directa, en el juicio, frente a los jueces. Todo lo cual redundará en una mayor transparencia, control y legitimidad de la función judicial que se espera obtener por el nuevo sistema procesal penal.

Planteamiento del problema.

A pesar de lo necesario e imprescindible de esta reforma, en lo que existe un alto grado de consenso en el país, debemos lamentar que ella haya surgido con algunas inconsistencias constitucionales derivadas, quizás, del apresuramiento y ansiedad con que se han demandado y puesto en marcha estos cambios para nuestro sistema de administración de justicia en lo penal.

El propósito de este trabajo, no es otro que poner de relieve aquellos aspectos en que, desde una perspectiva constitucional, dicho ordenamiento legal vulnera el principio de la supremacía constitucional.

Con el fin indicado agruparemos en tres ámbitos distintos, las que hemos denominado, con extrema benevolencia, inconsistencias constitucionales del nuevo Código Procesal Penal.

El primero de ellos está constituido por un conjunto de normas, bastante numeroso, que caen en el ámbito propio de la ley orgánica constitucional, y en relación a las cuales no se dio cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 63, inciso 2º, y 82, número 1, de la Carta Fundamental.

En segundo lugar, se pondrá de relieve en qué medida la nueva normativa procesal penal anula o priva de eficacia distintas normas constitucionales.

En tercer lugar, observaremos cómo con sujeción a la preceptiva constitucional podría demandarse la aplicación directa de diversas disposiciones contenidas en el nuevo Código Procesal Penal que, aunque no se encuentren vigentes para la región respectiva, cualquier imputado podría igualmente exigir su aplicación por reconocer aquella preceptiva derechos o garantías mucho más favorables para los imputados.

Normas que caen dentro del ámbito propio de la ley orgánica constitucional.

Es cierto que la Constitución de 1980 no ha definido la ley orgánica constitucional. También es cierto que el constituyente de 1989 no precisó en el artículo 63 de la Carta Fundamental lo que debe entenderse por norma orgánica constitucional. Sin embargo, las características propias de este tipo de normas fluyen de lo previsto en los artículos 60, 61, 63 y 82, N°1 del Código Político. Estas se distinguen por versar sobre determinadas materias que la Constitución ha señalado taxativamente, y que necesitan para su aprobación, modificación o derogación de los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio, además de que las materias reservadas a ellas no pueden ser objeto de delegación de facultades legislativas y es obligatorio el control previo de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional antes de su promulgación. Mientras que la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, además, sólo puede ser modificada oyéndose previamente a la Corte Suprema, en la oportunidad y plazo señalados en la Carta Fundamental. (T. Constitucional, roles N°s 7, 115).

Lo que se persigue es que las materias reguladas por este tipo de leyes tengan mayor estabilidad que aquellas que son regidas por una ley ordinaria o común, sin perjuicio, de la mayor legitimidad que representa la alta mayoría necesaria para su establecimiento.

En cuanto a su ámbito o extensión, el Tribunal Constitucional ha señalado que ellas sólo deben contemplar la estructura básica, el contenido substancial de la institución que están llamadas a regular, como también sus elementos complementarios indispensables. (roles N°s 255 y 277). Se trata de una legislación excepcional, por lo que el ámbito de su regulación debe ser muy restrictivo: deben normar lo medular o esencial de ciertas instituciones básicas. (T. Constitucional, rol N° 161).

De allí entonces, que cuando la Constitución encarga a la ley orgánica constitucional la organización y funcionamiento de un Poder del Estado o de un organismo autónomo, no puede el legislador orgánico abarcar o incursionar en todos los detalles que ello supone y tenga que limitarse a delinear la estructura básica o fundamental de aquella institución para lograr un expedito funcionamiento en la práctica (T. Constitucional, rol N° 160).

Es más que evidente y así ha tenido oportunidad de declararlo el Tribunal Constitucional que las materias que regulan un procedimiento no son propias de ley orgánica constitucional (rol N° 194).

El nuevo Código Procesal Penal, como luego se explicará, no sólo incursiona normativamente en la regulación de procedimientos. Muchas de sus normas se asocian directamente con la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia y, en tal sentido, como lo exige la Carta Fundamental, debieron ser calificadas, votadas y aprobadas como ley orgánica constitucional en ambas ramas del Congreso y sometidas al control obligatorio del Tribunal Constitucional.

En efecto, de conformidad al artículo 74 de la Constitución, todo aquello que se refiera a la estructura básica del Poder Judicial, en cuanto ello no se regule directamente por la propia Carta Fundamental, y que diga relación con lo necesario «para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República», debe ser regulado por una ley orgánica constitucional.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de precisar que, «no todo lo relacionado con esta materia queda bajo el ámbito de la ley orgánica constitucional, pues ha reservado a la competencia de la ley común, en su artículo 60, N°3, los preceptos «que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra», y en el N°17 del mismo precepto deja a la ley común señalar la ciudad en la cual deba funcionar la Corte Suprema». (rol N° 4).

No obstante ello, ha reivindicado como propia de ley orgánica constitucional toda aquella disposición que otorgue una atribución o competencia al órgano jurisdiccional. En efecto, ha expresado que debe tenerse presente que de acuerdo con el sentido natural y obvio de la expresión «atribuciones» que emplea el artículo 74 de la Constitución, y con el contexto de la norma en que se inserta, la referida expresión está utilizada como sinónimo de «competencia», esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus funciones. Por lo que un artículo, ha resuelto el Tribunal Constitucional, que sólo señala las directrices, pautas o facultades conforme a las cuales el juez debe resol-

ver la causa sometida a su decisión una vez fijada su competencia, no es materia propia de la ley orgánica constitucional. (rol N° 273).¹⁻²

De lo expresado precedentemente puede concluirse que no todo lo relacionado con el contenido genérico de la ley orgánica constitucional sobre «organización y atribuciones de los tribunales» queda bajo su dominio legal.

Es dentro del marco conceptual referido en que analizaremos si algunos de los preceptos que se hallan contenidos en el Código Procesal Penal son o no materias propias de ley orgánica constitucional y, por ende, debieron calificarse, votarse y someterse al control obligatorio por parte del Tribunal Constitucional.

Cabe advertir, en todo caso, que la enumeración que sigue no pretende ser exhaustiva.

1.- El artículo 95 reconoce un **amparo ante el juez de garantía**, con el objeto de que examine la legalidad de la detención y las condiciones en que se encontrare el detenido, así como también para que ordene su libertad o adopte las medidas que fueren procedentes, si fuere del caso.

El precepto referido señala que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que este examine la legalidad de la privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

1 En votos de minoría algunos ministros del Tribunal Constitucional, han opinado que «la disposición que otorga una facultad a los tribunales a que alude, para citar a declarar personalmente, como medida para mejor resolver, a los funcionarios que en ella se indica, es materia propia de la ley orgánica constitucional sobre organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia» (rol N° 210. Voto del Ministro Sr. Faúndez).

En prevención el Ministro Sr. Colombo ha expresado que «La referencia al artículo 176 del C.O.T. (normas sobre distribución de causas) supone ley orgánica constitucional y debería ser objeto de control por el Tribunal» (rol N° 185).

2 El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de los notarios, que son calificados por la ley como Auxiliares de la Administración de Justicia, para concluir, que no son funcionarios que integren la estructura misma de un tribunal como miembros que coadyuven y posibiliten el ejercicio de la función jurisdiccional encomendada por la Constitución a jueces y magistrados, como ocurre con otros auxiliares de la administración de justicia (rol N° 14).

Por otra parte, las normas que determinan al juez competente para conocer de la división de tierras indígenas y de las cuestiones a que diere lugar su dominio, posesión, división, administración, exploración, uso y goce, o en que sean partes o tengan interés indígenas, como también de aquellas que prevén el recurso de apelación al tribunal superior y consagran la acción de reclamación por entorpecimiento en el ejercicio de los derechos que se otorgan a los indígenas ante el Juez de Letras, sí son materias propias de ley orgánica constitucional (rol N° 175).

También lo es aquella que ordena que determinadas materias se sometan al arbitraje del Directorio de una Comunidad Agrícola; regula la forma como se sustancia dicho asunto ante el juez ordinario y otorga competencia a ese juez, para conocer de determinadas peticiones de la Comunidad, cuando un comunero ha alcanzado un grado determinado de morosidad (rol N° 170).

Asimismo ha resuelto que tienen ese carácter aquellas normas que le otorgan competencia al juez de menores para adoptar medidas de resguardo o para aplicar sanciones en caso de violencia a menores (rol N° 187).

Por su parte, el abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquel del lugar donde aquella se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades antes referidas.

La norma que se analiza, indiscutiblemente asigna una competencia al juez de garantía, le confiere claras atribuciones tendientes a tutelar la libertad personal y la seguridad individual, y en tal sentido es materia propia de ley orgánica constitucional.

2.- **El juez podrá recomendar al ministerio público la realización de diligencias de investigación.** Esta es una atribución que se le otorga explícitamente en el inciso 4º, del artículo 98.

En efecto, luego de reconocerse que durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere, declaración judicial que aquel prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, y que no podrá recibirse bajo juramento, se establece que si el imputado o su defensor solicitaren la práctica de diligencias de investigación, el juez podrá recomendar al ministerio público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

Se trata de una facultad o prerrogativa que se le reconoce al juez, que aunque tiene carácter limitativo, pues se trata de una mera «recomendación» para la realización de diligencias en el caso que lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad, representa indiscutiblemente la asignación de una competencia o atribución que debió ser otorgada a través de una norma propia de ley orgánica constitucional.

Lo anterior es aún más evidente cuando se coloca al juez en una hipótesis en que sólo hará una mera recomendación, lo que aparece como contrario a la esencia resolutoria de todo tribunal.

De otra parte no nos pronunciamos frente a la conformidad de aquel precepto con el artículo 80 A de la Constitución, que establece que el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación.

3.- Si el querellante particular se opone a la solicitud de sobreseimiento que formule el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, para que éste revise aquella decisión. Este puede decidir que el ministerio público formule acusación, en cuyo caso señalará qué fiscal proseguirá la misma.

Por el contrario, si el fiscal regional ratifica la decisión del fiscal a cargo del caso, se le reconoce al juez de garantía la competencia o atribución para disponer que la acusación correspondiente sea formulada directamente por el querellante, quien la sostendrá en lo sucesivo en los mismos términos en que el Código lo autoriza al ministerio

público. Es este precisamente un caso en que contrariando la voluntad del Ministerio Público, órgano que dirige en forma exclusiva la investigación, se forzará la acusación.

No hay duda que en la hipótesis anterior estamos frente a una materia propia de ley orgánica constitucional, de momento en que dicho precepto confiere una competencia o atribución especialmente relevante al juez de garantía para **forzar la presentación de una acusación**.

4.- El juez de garantía cita a todos los intervinientes a una **audiencia para resolver sobre el sobreseimiento definitivo o temporal** (art. 249). Le corresponde también resolver y decretar todo lo concerniente al sobreseimiento definitivo (art. 250) o al sobreseimiento temporal (art. 252). También se lo faculta para decretar la reapertura del procedimiento cuando cesare la causa que hubiere motivado el sobreseimiento temporal (art. 254). Las prerrogativas o facultades reseñadas son ejercidas por el juez de garantía en pleno ejercicio de la jurisdicción, e importan la asignación de competencias o atribuciones que debieron otorgársele por medio de una norma propia de ley orgánica constitucional.

5.- La **vista de un recurso penal** no podrá suspenderse por la falta de jueces que pudieren integrar la sala, ordena el artículo 356. Incluso más, el precepto citado señala que si fuere necesario se interrumpirá la vista de recursos civiles para que se integren a la sala jueces no inhabilitados. Sólo se autoriza suspender excepcionalmente dicha vista, si no se alcanzare, con los jueces que integraren ese día el tribunal, el mínimo de miembros no inhabilitados que debieren intervenir en él.

La norma referida se asocia directamente con la organización y el funcionamiento de aquellos tribunales que están llamados a ejercer jurisdicción en materia penal. En efecto, las normas relativas a la integración de un tribunal, en especial para la vista y fallo de un recurso penal, atinge directamente a un aspecto propio de su organización en razón de lo cual es una materia propia de ley orgánica constitucional.

6.- Atañe también directamente al funcionamiento del tribunal oral en lo penal las **atribuciones que se le confieren al juez presidente de la sala**, quien, en la audiencia del juicio oral dirigirá el debate, informará al acusado de lo ocurrido en su ausencia, ordenará la rendición de las pruebas, podrá autorizar al testigo a no responder acerca de su domicilio, interrogará a testigos menores de edad, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que corresponda y moderará la discusión, impedirá que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, limitará el tiempo del uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, interrumpirá a quien hiciere uso manifiestamente abusivo de su facultad y, en general, ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate, entre otras facultades y prerrogativas que se le asignan en el artículo 292.

7.- Las **resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal son inapelables**, señala el artículo 364. La norma alude a todo tipo de resoluciones, incluidas las sen-

tencias definitivas dictadas por aquellos tribunales que son colegiados. La única instancia en el proceso oral seguido ante el tribunal de juicio oral se instaura de modo definitivo, contrariando para algunos modernas orientaciones doctrinarias y de derecho comparado hoy vigentes, como debiera inferirse de una interpretación finalista y armónica de diversos artículos contenidos en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, que reconocen el derecho de toda persona a recurrir mediante el recurso de apelación en contra de la sentencia agravante dictada en un proceso, especialmente penal, en que se es parte.

Para otros, la idea de un juicio oral ante tribunal colegiado es contraria y excluye a la apelación como un recurso amplio, jerárquico, en que el tribunal superior tiene amplitud de conocimiento sobre todo en los aspectos del proceso de primera instancia. Tampoco la apelación estaría exigida en los Pactos Internacionales o en las garantías del debido proceso por la Constitución. Lo primero, porque la apelación exigiría que el juicio se repitiera para permitir que el tribunal que falle conociera la prueba directamente. La otra alternativa sería concebir la apelación como medio de control, lo que significa que el segundo tribunal, el que falla, el que realmente va a tomar la decisión, lo haría a través de la lectura de las actas y eso es por mediación, lo cual es propio del sistema inquisitivo que se abandona.

Lo que no se puede suprimir es el derecho a un recurso, se afirma. No se puede dictar un fallo sin que haya posibilidad de reclamar, pero esto no quiere decir que sea el recurso de apelación. De suerte que no tendría sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la intermediación necesaria que debe tener el tribunal. Más aún, cuando es el juicio penal oral y público, con un tribunal colegiado, la máxima garantía del debido proceso y la justificación del ministerio público como órgano acusador independiente, por lo que permitir luego que todo sea revisado en base a actas sería anular las bases mismas en que la reforma al sistema procesal se sustenta.

No resultaba indiferente que el Tribunal Constitucional emitiera pronunciamiento acerca de si de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico y a lo establecido en los Pactos Internacionales que reconocen garantías judiciales resulta legítima la posibilidad de eliminar la apelación en la hipótesis descrita. No resultaba indiferente determinar si la noción de debido proceso que se incorporó a nuestro texto constitucional a instancias del profesor José Bernal, que incluye entre sus presupuestos la existencia de recursos al tribunal superior considera o no la existencia de tribunales colegiados que fallan en una primera instancia. O si el número de instancias compromete o no el derecho de defensa. O en otras palabras, si el derecho de defensa depende o no del número de instancias que se establezcan. O si es constitucional sustituir la apelación, como finalmente ocurrió, por un recurso de nulidad. Ciertamente que todas estas interrogantes, a pesar de que fueron consideradas por los órganos legisladores y desestimadas, no resultaban indiferentes y debieron ser resueltas por el Tribunal Cons-

titucional, para que en forma definitiva se hubiera resuelto si al haberse negado el recurso de apelación se vulneraba o no la obligación de un racional y justo procedimiento que contempla la Carta Fundamental, o infringía el derecho a revisión de la sentencia penal condenatoria que contemplan el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con todo, de lo que no existe duda alguna es que el conocimiento y fallo del recurso de nulidad que se asigna por algunas causales a las Cortes de Apelaciones y por otras directamente a la Corte Suprema, constituyen competencias o atribuciones que caen dentro del ámbito propio de la ley orgánica constitucional y, en razón de ello, debieron ser calificadas y votadas dichas normas con tal carácter por ambas Cámaras y sometidas al control obligatorio del Tribunal Constitucional.

En efecto, el recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, motivo por el cual dicho recurso será de competencia de la Corte Suprema, la cual también lo conocerá y fallará si respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, entre otras hipótesis. En los restantes casos por los que se concede el recurso de nulidad la competencia se asigna a las Cortes de Apelaciones respectivas.

8.- De conformidad a la nueva normativa ahora será la Corte Apelaciones respectiva la que se pronunciará acerca de la **extradición activa** (arts. 431 y 432). Ante ella tendrá lugar la audiencia de extradición (art. 433). Durante la tramitación de esta podrá solicitarse al Ministerio de Relaciones Exteriores que pida al país en que se encontrare el imputado su detención previa u otra medida destinada a evitar su fuga (art. 434). Finalizada la audiencia referida deberá resolver en un auto fundado si debiere o no solicitarse la extradición del imputado (art. 435). Si acoge la solicitud de extradición será la misma Corte de Apelaciones la que le pedirá al Ministerio de Relaciones Exteriores que se practiquen gestiones diplomáticas para obtener la extradición (art. 436). Finalmente, la Corte ordena que el imputado que ha sido extraditado sea puesto a disposición del tribunal competente, a fin de que el procedimiento siga su curso o de que cumpla su condena, si se hubiere pronunciado sentencia firme (art. 437).

En esta materia hay una modificación sustancial, de momento que se optó por no mantener a la Corte Suprema como tribunal competente para conocer de la solicitud de extradición activa. Por el contrario, esta atribución se asignó a las Cortes de Apelaciones respectivas, al estimarse que atendidos los supuestos en que procede solicitarla no se justificaba la dilación que representa hacerla llegar a la Corte Suprema, ni tampoco recargar el trabajo de esta Corte, porque los requisitos exigidos para su procedencia son antecedentes suficientes como para que pueda sobre los mismos resolver la

Corte de Apelaciones respectiva, posibilitándose, además, una mayor cercanía entre los órganos requirentes de la extradición y el tribunal encargado de resolver sobre el particular.

9.- La **querrela de capítulos** tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del ministerio público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley.

Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito en contra de alguna de esas personas, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que si hallare mérito declare admisibles los capítulos de la acusación (art. 425).

Por otra parte, si durante la investigación el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de algunos de esos imputados u otra medida cautelar en su contra, deberá igualmente remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva.

A la misma Corte deberá ocurrir el querellante, antes de que se admitiere a tramitación por el juez de garantía la querrela que hubiere presentado por un delito de acción privada, solicitando igual declaración.

En todas las situaciones reseñadas se les otorga una explícita competencia a las Cortes de Apelaciones para, por una parte, si hallare mérito suficiente declare admisibles los capítulos de la acusación, y por la otra, acceda a imponer la prisión preventiva de algunos de esos imputados u otra medida cautelar en su contra, todo lo cual implica asignar a dicha Corte una explícita atribución o competencia, materia propia de ley orgánica constitucional.

10.- A petición del fiscal, el juez puede autorizar, por resolución fundada, la **retención de la correspondencia** postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, se entiende cuando ello fuere de utilidad para la investigación. Del mismo modo, podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

También el juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas (arts. 218 y 219).

Por otra parte, cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la **interceptación y grabación** de sus **comunicaciones** telefónicas o de otras formas de telecomunicación, la

cual, incluso, podría hacerse extensiva a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios (art. 222).

En todos los casos indicados se va a privar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura, o van a ser aquellos restringidos o perturbados.

Es cierto que como principio general la nueva normativa exige que tales restricciones sean dispuestas a través de una autorización judicial previa (art. 9), lo que es reiterado en cada uno de aquellos preceptos. Pero ello no es óbice para igualmente haber cumplido con la exigencia constitucional de someter al control del Tribunal Constitucional dichas normas, habida consideración de que cada una de ellas otorga explícitas atribuciones a un órgano jurisdiccional, como lo es el juez de garantía, a fin de que fueran revisadas, como correspondía, en su consistencia constitucional por dicho órgano jurisdiccional, como en más de una oportunidad tuvo ocasión de pronunciarse dicho Tribunal en otros casos análogos.

11.- Atañe directamente a aspectos relativos a la organización y funcionamiento del tribunal de juicio oral en lo penal, la facultad que se le reconoce para constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, cuando lo estime necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes en relación al caso de que conozca (art. 337).

Pues bien. Todas las normas precedentes se hayan contenidas en el Código Procesal Penal y versan sobre materias que, de conformidad al artículo 74 de la Constitución, se vinculan con lo necesario «para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República». De consiguiente, debieron calificarse y votarse por las respectivas Cámaras como normas propias de ley orgánica constitucional, por exigirlo el inciso 2º del artículo 63 de la Constitución. Asimismo, el Presidente de la Cámara de Origen debió remitir al Tribunal Constitucional, dentro de los cinco días siguientes de que quedara totalmente aprobado, el nuevo Código, para que el expresado Tribunal ejerciera el control de constitucionalidad previsto en el artículo 82, Nº 1, de la Carta Fundamental. Como no se dio cumplimiento a la preceptiva constitucional reseñada, se ha configurado un vicio de inconstitucionalidad de forma, que podría plantearse y exigirse resolver por la Corte Suprema.

Es cierto que con posterioridad a la publicación y entrada en vigencia del nuevo Código se dictó la ley Nº 19.708, (D.O., 5-1-2001) por la cual se reiteró la asignación de atribuciones y competencias que con anterioridad el referido Código, ya en vigencia, había reconocido. Así ocurre, por ejemplo, con aquellos preceptos que le entregan el conocimiento y fallo del recurso de nulidad a las Cortes de Apelaciones y/o eventualmente a la Corte Suprema, o el conocimiento y resolución de la extradición activa a

las Cortes de Apelaciones. Pero existen otras materias en que esta dudosa convalidación constitucional no se ha producido y, por ende, cualquiera podría sostener e impetrar la inconstitucionalidad de tales preceptos por vicios de forma.

La nueva normativa procesal penal anula o priva de eficacia distintas normas constitucionales.

En el nuevo Código Procesal Penal no se hace referencia al reo o procesado. No existe dentro de aquel sistema procesal penal resolución alguna que pudiera estimarse análoga al auto de procesamiento.

Lo anterior no es indiferente pues la Constitución Política alude, en diversas disposiciones, al procesado o sometido a proceso. También utiliza la expresión ciudadano con derecho a sufragio, derecho que se suspende por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista (art. 16 N° 2).

Lo anterior trae consigo significativas consecuencias en el orden institucional. Desde luego, si la causal de suspensión del derecho a sufragio se deriva del mencionado auto de procesamiento, el individuo afectado pierde un requisito de elegibilidad para el acceso a diversos cargos públicos, sean o no de elección popular. No podrá optar al cargo de Presidente de la República, Diputado, Senador, miembro del Consejo Regional, Concejal o Alcalde, pues para todos ellos la Constitución Política exige, entre otros requisitos, ser ciudadano con derecho a sufragio (arts. 25, 44, 46 y 113). La misma exigencia se impone para ser designado Intendente o Gobernador, mientras que para ser nombrado Ministro de Estado se deben reunir los requisitos generales para el ingreso a la Administración Pública, entre los que el artículo 11 de la ley 18.834 exige acreditar aquel status, lo que se generaliza igualmente como condición de ingreso a cualquier empleo o función pública. Todo ello sin considerar la frondosa legislación en la que se alude también al reo o procesado, en la mayoría de las situaciones como una causal de inhabilidad sobreviniente para el ejercicio de un cargo, actividad o función.

La expresión procesado se reitera en diversas otras disposiciones de la Carta Fundamental. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de procesado, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público (art. 19 N° 7, letra d). La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por delitos terroristas, deberá siempre elevarse en consulta. Mientras dure la libertad provisional el reo (procesado) quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple. (art. 19 N° 7, letra e). El que hubiere sido sometido a proceso por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales

que haya sufrido. (art. 19 N° 7, letra i). Ningún ex Presidente de la República, ningún diputado o senador puede ser procesado si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa (arts. 30 y 58). Ningún tribunal procederá criminalmente contra un Intendente o Gobernador sin que la Corte de Apelaciones respectiva haya declarado que ha lugar la formación de causa (art. 113).

Al terminar el Código Procesal Penal con el auto de procesamiento, las normas constitucionales citadas quedan desdibujadas y no se corresponden ni se concilian con el nuevo sistema procesal penal. En efecto, cualquier imputado respecto del cual se hubiere formalizado la investigación, decretado una medida cautelar personal -la prisión preventiva, por ejemplo-, o formulado acusación y se encontrare enfrentando el juicio ante el tribunal de juicio oral en lo penal, podrá ahora proclamar e inscribir su candidatura a un cargo público, sea o no de elección popular, todo ello porque la preceptiva constitucional no lo impide explícitamente y no se ha adecuado al nuevo esquema procesal penal.

Es cierto que la presunción de inocencia adquiere por primera vez relevancia en nuestro ordenamiento jurídico. Acorde con aquel principio el imputado deberá ser siempre considerado y tratado como inocente mientras no se acredite su culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada. Tal postulado, sin embargo, no puede aplicarse ilimitadamente. Si así fuera, no podría justificarse ninguna medida cautelar que afectare a un imputado. De allí que nadie podrá entender cómo en el marco del nuevo proceso penal un individuo sometido a prisión preventiva está habilitado, si así lo resuelve, para optar a cargos públicos, sean o no de elección popular.

La necesidad de adecuar la preceptiva constitucional a aquel sistema procesal penal se manifiesta, de otra parte, al comprobar cómo el derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales frente a un error judicial, que se reconoce en el artículo 19, N° 7, letra i), de la Carta Fundamental, queda abrogado en la hipótesis de una prisión preventiva derivada de un auto de procesamiento que la Corte Suprema luego declare injustificadamente erróneo o arbitrario. En efecto, si por requerirlo un fiscal del ministerio público el juez de garantía decreta la prisión preventiva de un imputado, y con posterioridad se concluyere que la resolución judicial que impuso dicha medida cautelar tuvo el carácter de ser una resolución injustificadamente errónea o arbitraria, no podría el afectado así solicitarlo ante la Corte Suprema para que se entienda cumplido el requisito de procesabilidad previo que la habilite luego a demandar la justa indemnización derivada de aquel error judicial.

Finalmente, de conformidad a la preceptiva constitucional, la resolución que otorgue la libertad provisional a un delincuente terrorista deberá siempre elevarse en consulta. Pero resulta que el trámite de la consulta desaparece en el nuevo Código, pierde toda

su razón de ser en la medida que los jueces de garantía, como también aquellos que integran el tribunal de juicio oral en lo penal recuperan su importancia y legitimidad, pues su pronunciamiento lo emiten como resultado de un contacto inmediato con la prueba y mediando la intervención directa de las partes, todo lo cual hace que un control obligatorio por parte de un tribunal de jerarquía superior, que no estuvo presente ni intervino en el debate y que lo obligaría a resolver en base a registros o actas, es absolutamente contrario a los principios en que se funda el nuevo sistema procesal penal.

Se colige de todo lo anterior, en aras de la defensa del principio de supremacía constitucional, la urgencia que reviste una enmienda constitucional que concrete la explícita voluntad del constituyente de suspender el ejercicio de los derechos políticos a quienes son acusados por delitos graves, que reconozca el derecho a ser indemnizado a todos quienes resulten afectados por una resolución judicial que en forma errónea o arbitraria, en grado de injustificada, le imponga una medida cautelar personal privativa de su libertad personal, y que suprima la consulta como trámite obligatorio para conceder el beneficio de la libertad provisional a los delincuentes terroristas.

Una mínima deferencia al orden constitucional vigente exigía la previa adecuación de la Carta Fundamental al nuevo sistema procesal penal. Si ello no ocurrió, la permanente consideración y respeto por el principio de supremacía constitucional exige en esta materia la pronta reforma de la Carta Fundamental.

Aplicación del nuevo Código Procesal Penal en el procedimiento inquisitivo.

En principio las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, y sólo cuando aquel haya entrado a regir en la región respectiva, en la fecha que establece el cronograma previsto en la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y que explicita el artículo 484 del precitado cuerpo legal.

Lo anterior, sin embargo, sería válido si el nuevo Código consultara únicamente normas de procedimiento, pero como ya se ha dicho, su sola denominación, «Código Procesal Penal», es indicativa de que en él se regula un conjunto muy amplio de derechos y garantías para los justiciables.

Al reconocer la nueva normativa derechos y garantías de carácter sustantivo, es perfectamente posible exigir su inmediata aplicación sin esperar que dicha preceptiva entre a regir en la región respectiva en la fecha que el citado cronograma establece. Más aún, si aquellos derechos y garantías no resultan incompatibles con el sistema procesal penal que se reemplaza.

De consiguiente, cualquier imputado que actualmente lo fuere con sujeción al denominado modelo inquisitivo podrá exigir entonces la plena aplicación de los derechos y garantías que explícitamente consulta el nuevo Código Procesal Penal, siempre que aquellos no sean incompatibles con aquel procedimiento, pues nadie podría racionalmente justificar un doble tratamiento a imputados por los mismos delitos pero sujetos a sistemas procesales diversos.

Así, por ejemplo, no podría sostenerse fundadamente que sólo en determinadas regiones del país los jueces están limitados para prolongar por mucho tiempo el examen del imputado, o dirigirle un número de preguntas tan considerable que provoquen su agotamiento, mientras que en otras regiones donde aún se mantiene el sistema inquisitivo tales restricciones no regirían. ¿Que fundamento podría existir para que sólo en aquellas regiones en que se aplica el nuevo sistema procesal penal los jueces están obligados a conceder al imputado que interrogan un descanso prudente y necesario para su recuperación? ¿O es que acaso en el procedimiento penal inquisitivo no está absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar, como explícitamente lo precisa el nuevo Código Procesal Penal? De modo que todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis quedan también excluidos aun en el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de dichos métodos vedados.

En el nuevo sistema procesal penal el juez de garantía debe excluir las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas otras obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Nadie podría con fundamentos serios sostener que análoga obligación o carga no pesa también sobre el juez del crimen.

Al imputado privado de libertad el nuevo Código Procesal Penal le reconoce un conjunto más amplio de garantías y derechos que aquellos otros que reconoce el Código de Procedimiento Penal. Siendo así, no se divisa razón alguna para que la nueva normativa no pueda igualmente ser invocada por todo imputado con prescindencia del sistema procesal penal al cual se encuentre sometido. Así, por ejemplo, podrá invocar el derecho a que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere. A que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos que le asisten. A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención. A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo debe contemplar restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto. A

tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare, y a recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio.

Es cierto que algunos de los derechos o garantías que establece el nuevo Código Procesal Penal se hallan ya reconocidos, quizás con menor intensidad, por la preceptiva constitucional. La normativa contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos o directamente en el Código de Procedimiento Penal que se reemplaza. Sin embargo, hay otros que se reconocen sólo en el nuevo Código, como por ejemplo, aquel que habilita al afectado a exigir que se publique la sentencia que lo absuelve en el Diario Oficial cuando se acredite su completa inocencia (art. 479). ¿Podría sostenerse fundadamente que tal prerrogativa únicamente podrá ser invocada por quienes sólo sean absueltos de conformidad al nuevo sistema acusatorio y adversarial?

En el nuevo sistema procesal penal el juez de garantía está obligado, en cualquiera etapa del procedimiento, a adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir que el imputado que no está en condiciones de ejercer los derechos y garantías que se le otorgan por la Constitución Política, las leyes o los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, pueda ejercerlos en plenitud. Aún más, si estima que dichas medidas no serían suficientes a tal propósito y de ello pudiere seguirse una afectación sustancial de sus derechos deberá ordenar la suspensión del procedimiento, como paso previo para resolver acerca de la continuación del procedimiento o decretar el sobreesimiento temporal del mismo (art. 10).

La norma referida tuvo su origen en el Senado durante el estudio de las medidas de seguridad que pueden aplicarse a los enajenados mentales (Título VII, Libro IV). En esa oportunidad se trajo a colación el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de «enajenado mental», no se presente en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que les asegura la Constitución Política ni a las garantías judiciales que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en particular las que configuran el derecho de defensa. En esa oportunidad se estuvo de acuerdo en que, si bien tales derechos están suficientemente perfilados, era preciso establecer un mecanismo expedito que permitiera hacerlos efectivos, de otra forma tales derechos y garantías serían ilusorios.

El juez del crimen debe igualmente cautelar los derechos y garantías de los imputados, aun cuando esté gobernado por una normativa que pronto caerá en desuso y que no consigna explícitamente tal obligación. Diversas normas constitucionales y otras contenidas en tratados internacionales serían desconocidas si los jueces del crimen no cumplieran con tal obligación.

Se advierte así, de los ejemplos precedentes, que las normas del nuevo Código Procesal Penal que reconocen derechos y garantías de carácter sustantivo, aun cuando no hayan entrado a regir en el ámbito territorial que corresponda, podrán y deberán ser aplicadas por lo jueces del crimen.

Síntesis

Diversas normas contenidas en el Código Procesal Penal son propias de ley orgánica constitucional. En tal virtud debieron ser calificadas y votadas con el quórum respectivo tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, y ser sometidas al control obligatorio del Tribunal Constitucional. Al haberse omitido el cumplimiento de la preceptiva constitucional que así lo exige se ha incurrido en una inconstitucionalidad de forma.

La nueva normativa procesal penal anula o priva de eficacia distintas normas constitucionales, violentando de ese modo el principio de supremacía constitucional.

Los preceptos contenidos en el nuevo Código que reconocen derechos y garantías más favorables para los imputados, aunque no se encuentren vigentes para la región respectiva, podrán ser invocados por cualquier imputado si aquellos no resultan incompatibles con el sistema procesal inquisitivo.