

ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PENAL REFORMADO*

TITO E. SOLARI PERALTA
Universidad Católica de Valparaíso

Desde una perspectiva histórica, se nos presenta en primer lugar el sistema acusatorio, que adquiere mayor vigor al producirse la evolución que lleva al derecho penal material al período humanitario (científico); como en general la acción penal es pública aparece la dualidad de acción penal por un lado y acción civil por el otro.

Las funciones capitales serán las de acusar, defender y decidir. Así se centraliza lo que estrictamente es el verdadero juicio penal, con las tres funciones fundamentales radicadas en sujetos diversos: un acusador, un defensor y un Juez que buscará la solución del conflicto, naciendo así un proceso entre partes.

Se afirma con especial énfasis que en los Estados de Derecho de corte democrático predomina el sistema acusatorio a contrario en sistemas monárquicos, autoritarios y con poblaciones de escasa cultura jurídica en donde predomina el sistema inverso, es decir, el inquisitivo.

No quiero con esto decir que el acusatorio haya aparecido bruscamente con las características mencionadas; durante largo tiempo, existiendo confusión entre lo que es delito y lo que era un simple incumplimiento de obligación, había un solo procedimiento en que sus rasgos secundarios transitaban entre escrituración –oralidad y secreto– publicidad. La evolución al inquisitivo comienza cuando se inicia la pesquisa de oficio.

Son criterios básicos de un sistema acusatorio:

- a) No hay juicio sin acusación de un particular planteada ante autoridad competente;
- b) Sólo acusa el ofendido o alguien a su nombre;
- c) El Juez no es representante del Estado; el Juez es el pueblo mismo, eligiéndose esa parte al azar;
- d) De ahí deriva que el Juez no debe fundar su sentencia, sólo condena o absuelve;
- e) No es necesario que funde su decisión ya que el pueblo es soberano, y como sus

* El texto corresponde a la Primera Conferencia del Ciclo realizado en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, "Proceso Penal Reformado" (3 de mayo de 1999).

miembros no son letrados no motivan el fallo –como consecuencia de lo anterior– si el pueblo es soberano sus decisiones son inapelables, pero procede la casación;

- f) Es en el fondo un debate entre acusador y acusado, donde el Juez permanece atento pero inactivo;
- g) Se da una relación de contradicción; los pro y los contra, “lo que el acusado niega y el acusador afirma”;
- h) Si no hay acusación no habrá juicio;
- i) Se decide o juzga en atención al valor formal de la prueba y,
- j) Todos los actos del juicio son públicos y orales.

Representa según Fontecilla el “máximo de garantía para el acusado, pero deja en peligro la tutela del Derecho”.

El Proceso Inquisitivo:

Se inicia cuando de la acción pública surge la necesidad de persecución de oficio. Al haber pesquisas de oficio se transforma el sistema acusatorio que se había mantenido hasta el siglo XIII, en un sistema de pesquisas que se extiende a todo el orden penal.

Esto conduce a las informaciones sumarias, las que preceden a la acusación y se llevan a efecto sin conocimiento del inculgado.

- a) En el inquisitivo juzga un técnico, un funcionario nombrado por la autoridad, nombrado por el Estado por su capacidad técnica;
- b) El juicio se transforma en una encuesta técnica para descubrir la verdad. No cabe desistimiento alguno;
- c) El Juez tiene iniciativa propia y amplios poderes para investigar;
- d) La confesión pasa a ser la reina de las pruebas; para llegar a ello en alguno casos se utilizaba cualquier medio;
- e) No hay conflicto de parte, sino exclusivamente averiguación técnica del Juez, consecuencia de esto su fallo es apelable; y
- f) Los actos del juicio son secretos y escritos.

Este esquema tiene como defecto reunir en un solo órgano al Juez y al Acusador. Y se ha dicho que si el acusador es el Juez sólo Dios puede ser el abogado defensor.

Muchos piensan que para subsanar este esencial defecto, se creó la institución del Ministerio Público.

En todo caso el secreto absoluto de esta fase es un gran retroceso.

A partir de la Revolución Francesa empiezan a surgir las formas mixtas.

Sistemas Mixtos:

En el hecho el proceso se divide en dos:

- I. Una fase secreta y escrita llamada Instrucción; y
- II. Una fase pública y oral, que constituye en principio el juicio propiamente tal.

Como algo propio de un Sistema combinado, el proceso mixto puede generar modelos hasta el infinito, según predomine lo acusatorio o inquisitivo.

Se presupone un oficial especial, el Ministerio Público que representa la ley, de un modo imparcial y marginal a los resultados del juicio.

a) Características de la fase de Instrucción:

- es inquisitiva
- es escrita
- es secreta
- desde el punto de vista del imputado hay prisión preventiva
- dirigida por el Juez (existiendo o no un Ministerio Público más o menos poderoso)
- los actos de esta fase se llevan a efecto con intervalos arbitrarios
- el procedimiento es analítico y la decisión que se adopta es secreta, o sin defensa, o sólo con defensa escrita.

b) Características de fase Acusatoria (Juicio propiamente tal)

- Acusación (que en Chile la hace el Juez)
- Con publicidad
- Si hay Ministerio Público y éste acusa termina el análisis y empieza la síntesis probatoria. Nace así un juicio a la vista del público.

Comienza efectivamente la asistencia del defensor pues se le devela lo indagado en la etapa anterior,

Se realizan audiencias públicas,

Los actos escritos no valen si no se refrendan en el proceso oral,

El acusador debe defender su acusación y el acusado formular sus descargos,

De la sentencia se hace una lectura en público,

Todos estos actos se realizan sin interrupción alguna.

Se indica como ventaja que la publicidad en el proceso oral es una garantía para el acusado, y se evita la sorpresa en cuanto ésta es enemiga de la verdad.

Nuestro Actual Proceso Penal:

Muchos dicen que es un sistema mixto, pero con marcado predominio de lo inquisitivo con detrimento de lo acusatorio. Lo que se visualiza con la etapa del sumario que es eminentemente escrita, y los actos que en ella se realizan adquieren validez no para el juicio sino para la sentencia, en circunstancia que como fase previa debiera ser sólo en apoyo para la acusación.

No se tiene un ente acusador. Lo que produce el más grave de los defectos en su estructura, que al concentrar las funciones de investigador, acusador y sentenciador en un único y mismo Juez, resulta indefendible en cualquier foro jurídico ilustrado.

No hay un adecuado marco para la contradicción, toda vez que esta etapa termina “cuando está agotada la investigación”, lo que deprime la llamada fase acusatoria equivalente a nuestro plenario; etapa que por lo dicho, queda reducida a su mínima expresión. El secreto del sumario representa un atentado contra el derecho a defensa; la verdad material sólo nace con un debate abierto y para ello es necesario la publicidad para la parte imputada. La prueba recopilada en fase sumarial violenta el principio del contradictorio siendo éste un principio fundamental para decir que estamos en presencia de un debido proceso. El sumario penal debiera ser una instrucción, es decir, una fase investigativa previa, no debiendo formar parte del proceso penal mismo. El secreto debe ser reemplazado por una publicidad relativa, como mínimo.

Así decía don Rubén Galecio allá por el año 1964, cuando fundando su anteproyecto hablaba “de la crítica situación en que se encuentra el proceso penal chileno, que ha dejado traslucir nuestra apasionada necesidad de obtener una respuesta a la gran pregunta de cómo debiera ser entre nosotros una justicia penal al sabor de hombres de Derecho idealistas y prácticos y en todo caso mentalmente contemporáneos. Pero nada pasó con dicho proyecto, queremos confiar que no ocurra otro tanto con el que ahora comentaremos.

Tenemos pues el derecho a creer que hoy día ello no sucederá toda vez que está aprobada la Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público y en ella se ordena un procedimiento y una investigación racionales y justos. Y a la vez se prescribe que la investigación la hará el Ministerio Público pero careciendo de funciones jurisdiccionales, las que si deben adoptarse necesitan contar con la autorización de un ente jurisdiccional, el Juez de Control o Juez de Garantía.

Veamos qué dice el Mensaje del actual anteproyecto en relación a un punto -que si bien no es el fundamental, pues entendemos por tal lo que toca a la justicia y a la racionalidad del sistema- es textualmente “...la baja tasa de sentencias definitivas que se logran, no más de un 6% del total, pues el actual sistema es ineficiente en la criminalidad común e inexistente con respecto a la criminalidad socialmente menos vulnerable y de más alta lesividad.”

“Es pues necesario, continúa el Mensaje, instituir un órgano, el Ministerio Público, que en base a *criterios políticos criminales explícitos y sometidos a controles de responsabilidad*, conduzca a la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva.” La Reforma procesal penal supondrá, así, una persecución más eficiente y una selectividad en base a criterios políticos criminales explícitos. El gasto público en el sector deberá optimizarse en base a criterios que permitan su control.”

¿Qué es lo que se busca con todo esto?

1. Implementar un sistema de administración de justicia en lo criminal, acorde con los valores de un Estado de Derecho, que por serlo sea capaz:

- De satisfacer las exigencias del debido proceso;
- De garantizar el Principio que obliga a tratar al imputado como inocente, mientras no se dicte una sentencia condenatoria en su contra;
- Garantizar el derecho a la defensa jurídica, que tiene toda persona desde el momento mismo en que se le atribuye la comisión de un delito.

Los bajos porcentajes del sistema, corroboran su ineficiencia para esclarecer los delitos.

El sobreseimiento temporal por las causales N° 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal se alza a un porcentaje cercano al 80%, y éste por transcurso del tiempo deviene en un sobreseimiento definitivo.

Podemos calificar este hecho como un índice que revela su proverbial ineficiencia.

- Robo con fuerza menos del 3% de sentencias
- Violación algo más del 4%
- Tráfico de Estupefacientes más de 5%
- Robo con Violencia más de 8%
- Hurto más de 15%
- Homicidio (sic) más de 47%

Creemos que la lectura de estos guarismos evita cualquier tipo de comentario.

2. Un sistema con separación de funciones; la investigación a cargo del Ministerio Público y el Juzgamiento a través del Tribunal Colegiado Letrado del Juicio Oral, que garantiza el Principio de Imparcialidad.
3. Se respeta al imputado en el establecimiento de un trato como inocente e interpretación restrictiva; y
4. Los derechos de las víctimas a la que se califica como sujeto procesal aunque no se apersona como querellante.

Tendré nuevamente que referirme a las “Reglas Mínimas del Proceso Penal” conocidas como Reglas de Mallorca suscritas por un selecto grupo de juristas alemanes, italianos, españoles y latinoamericanos. Los que fijaron un parámetro de 43 cánones, por convocatoria del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, a invitación de la Consellería Adjunta a la Presidencia del Govern Balear y con la cooperación de la Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena.

Estas reglas pueden agruparse en:

- a) Principios generales del Proceso;
- b) Principios de Realización del Proceso;
- c) Derechos del Imputado;
- d) Derecho a la Defensa;
- e) Medios coercitivos;
- f) Recursos; y
- g) Derechos de la Víctima.

Quien quiera lea detenidamente el articulado del Proyecto del nuevo Código de Procedimiento Penal, podrá constatar cómo esas reglas mínimas tienen, casi en la totalidad de los casos, una concreta consagración en el respectivo articulado.

Así podemos hablar de la estructura del nuevo proceso penal y determinar los aspectos generales de la Reforma. Con todo, este examen podrá parecer demasiado generalizador, lo que pudiera confundirse con superficialidad, en circunstancias en que así se hará deliberadamente para no invadir los restantes temas del Seminario, en que habrá exposiciones detenidas y concentradas sobre los sujetos públicos intervinientes, en particular el Ministerio Público y la Defensoría Pública; sobre las salidas alternativas, procedimientos abreviados y Juez de Control de la Instrucción; otra exposición centralizada exclusivamente en el juicio oral y público, finalizando un examen detenido de los recursos procesales.

El nuevo proceso penal que se postula separa nítidamente la función de investigar con la función de juzgamiento.

La primera función, la de investigar, corresponde en exclusiva al órgano técnico llamado Ministerio Público (cuya Ley Orgánica Constitucional está en avanzado estado trámite legislativo) establecido como ente autónomo bajo el mando de un Fiscal Nacional. Este órgano se define como autónomo y jerarquizado cuyas misiones serán: en general la investigación de los delitos y la correspondiente persecución penal a nombre de la sociedad; dirigir la actuación de la Policía Civil y uniformada y presentar la acusación en el Tribunal del Juicio Oral.

En cambio, la función de juzgar, corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia, para lo cual se crea un Tribunal Colegiado compuesto por 3 Jueces Letrados, que no habiendo participado en la fase de investigación conocen los antecedentes que expone el Fiscal, los que esgrime la defensa y, procede a decidir el asunto.

Dejan así los Jueces de tener funciones investigativas, para dedicarse exclusivamente a lo que es su función natural, JUZGAR CON ARREGLO A DERECHO. Este aspecto es de particular relevancia en tanto garantiza que los sentenciadores estén dotado de una real y efectiva imparcialidad.

Este nuevo proceso penal es Oral, lo que hace desaparecer los voluminosos expedientes que retardan, entran y burocratizan el proceso respectivo. Con lo dicho se da cumplimiento a la conocida fórmula de que quien instruye no falla y quien deba fallar no debe haber participado en la instrucción.

Este proceso penal oral se asienta también en la premisa de que el material surgido en la etapa de investigación, debe ser refrendado ante estos sentenciadores, pues ese tal material es base de acusación y no base de fallo.

Este nuevo proceso permite que se haga realidad el *Principio de Inmediación*, lo que habilita a que las partes tengan contacto directo con el Juez durante todas las actuaciones y a su vez garantiza que los sentenciadores tendrán acceso directo a la prueba que deberá rendirse. Adicionalmente impide la mala práctica de la delegación de funciones, en funcionarios de rango subalterno.

Podemos caracterizar también este nuevo proceso como un *Sistema Desburocratizado*. La fase de investigación no tiene un ritual formal, lo que permite la fluida interrelación entre el Fiscal con los Organos Auxiliares de la Administración; con contactos directos sin tener que recurrir al conocido oficio o escrito formal, lo que hace más ágil, eficiente y rápida la investigación.

Otro elemento distintivo de este proceso es que da cumplimiento efectivo al *Principio de Concentración*, lo que elimina la existencia del trámite o instancias prolongadas, concentrando en pocas audiencias la solución del conflicto. Este juicio Oral ante el Tribunal Colegiado es un ejemplo de esa concentración, pues en audiencias sucesivas se escucha lo que alega el Fiscal, lo que alega el defensor, se presentan las pruebas y el Tribunal está obligado a fallar sea absolviendo o condenando. Hecho ya ello tiene 30 días para redactar el fundamento del fallo.

Con lo que hemos señalado, se insta al parecer de algunos, un Proceso Penal Acusatorio, abandonándose el sistema actual de corte inquisitivo (puro, reformado o reforzado). Es decir, se estructura un sistema que hace posible un debate entre partes en condiciones de relativa paridad.

Se crea dentro del Anteproyecto un conjunto de Sistemas de solución de controversias, diverso al Juicio Oral y público ante el Tribunal Colegiado, lo que implica la *Diversificación del Proceso*, y por ende la racionalidad del sistema punitivo.

La necesaria racionalidad del Sistema Punitivo, permite diversificar las medidas

o sistemas a través de los cuales se puede poner fin a un proceso penal, en forma selectiva dependiendo del delito de que se trate, de la posible pena y de la entidad del bien jurídico protegido.

Finalmente todo lo anterior redundaría en un Proceso Penal más transparente, más garantizador de los derechos de cada una de las partes, ligado esto último a la necesaria presencia del Juez, a la oralidad y a la publicidad de los actos.

Esta función de garantía puede mirarse de la perspectiva de la víctima y del victimario. En lo que toca a la víctima se admite la presencia del querrelante particular, y puede solicitar todas las medidas de carácter cautelar real o de carácter cautelar personal, en lo que el Proyecto es pródigo, siendo del caso señalar que tendrá el auxilio del Ministerio Público para ejercer la acción indemnizatoria civil cuando la víctima no cuente con abogado particular y se le otorga a la víctima por el sólo hecho de ser tal, el carácter de sujeto procesal aunque no intervenga como querrelante, y aún en ese caso, tiene derecho a ser informado del resultado del procedimiento, solicitar medidas de protección ante eventuales futuros atentados, obtener reparación de perjuicios y recurrir en contra de un sobreseimiento definitivo o de una sentencia absolutoria.

En lo que concierne al victimario tiene la gran garantía de la llamada *Presunción de Inocencia* (que no todos entienden del mismo modo), pues sería regla de juicio, que se traduce en indubio pro reo, en regla de conducta, cual es la garantía de un proceso previo legalmente tramitado, o como me parece, en una norma que altera la carga de la prueba partiendo de la premisa presuncional de la inocencia mientras no se pruebe lo contrario, es decir, la culpabilidad.

Así el Proyecto consagra la aplicación de normas Constitucionales y de Tratados Internacionales, concretamente su artículo 8° que establece:

Serán DIRECTAMENTE aplicables al procedimiento penal.....

- a) Las Normas Constitucionales que fijan bases generales del ordenamiento jurídico y las que establecieron los derechos y garantías individuales; y
- b) Las Normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile.

Desde hace tiempo la doctrina procesal debate acerca de los *criterios de legalidad* por un lado, y de *oportunidad o selectividad* por el otro; concepciones que muchos califican de necesarias pero abiertamente resistidas por otros.

El punto se conecta directamente con algo que es común en prácticamente todos los sistemas de proceso penal cualquiera sean sus raíces; el ingreso de causas desborda todo sistema y, “tratar de investigarlo todo, llega a transformarse en una verdadera utopía”.

Baummann lo decía en forma muy concreta, si el sistema propugna que todo sea investigado... ello conduce a la larga a su saturación y consecuente decadencia.

Tanta fuerza han adquirido estos criterios de oportunidad y legalidad, que el Proyecto de Ministerio Público elaborado durante la presidencia de don Patricio Aylwin, en cuya Comisión tuve la honra de participar, por invitación de uno de nuestros expositores don Manuel Guzmán Vial, establecía en su artículo segundo que el Ministerio Público “se sujetaría a una serie de normas: Norma Tres: Su intervención se regirá por los Principios de legalidad y oportunidad, y en el artículo cuarto, plasmando esa declaración disponía: “la aplicación imperativa del Principio de Legalidad cuando se trata de hechos delictivos que tuvieran signada una pena de crimen y cuando se tratare de constitutivos de simples delitos se postulaba la oportu-

tunidad o selectividad reglada, es decir, que el Ministerio Público podía decidir acerca de su intervención debiendo considerar para ello: la entidad del bien jurídico agraviado, la cuantía del daño ocasionado, la alarma pública que hubiere producido la perpetración del ilícito, el número de hechos y el número de delitos cometidos, si se trataba de sujetos reincidentes, si se trataba de sujetos que al momento del delito estaban en libertad provisional, condicional, o beneficiados con las medidas alternativas de la Ley 18.216.- si se tratara de sujetos que se hubieren fugado o tratado evadir de la acción de la justicia “y en general” decía aquel texto, por circunstancias de análoga significación.

La elección entre legalidad y oportunidad resulta un tema de suyo difícil, pues por un lado el criterio de legalidad es más satisfactorio para:

- el derecho penal que determina el límite de lo punible, respecto de lo que no lo es. Se quiera o no selectividad hace difusa esa determinación;
- la aplicación desigual del derecho penal en cada proceso conserva un sesgo de desigualdad;
- el principio de legalidad evita un conflicto entre los diversos poderes del Estado, el de selectividad; en cambio conserva el germen de ese conflicto; y además digamos ya, que el principio de legalidad, vieja conquista del Derecho Penal Liberal asegura a todos la igualdad, una igualdad encarnada, igualdad de tratamiento en igualdad de situaciones. La oportunidad a contrario, entra en conflicto difícil de resolver con el antedicho principio.

Pero el criterio de oportunidad o selectividad naturalmente reglado, tiene también ventajas dignas de destacar. Citando a Soto Piñeiro:

“En el proceso penal no sólo se reflejan las normas del derecho penal material, su función como sistemas de garantías no es sólo la realización del derecho penal material, antes es Derecho Constitucional aplicado y por ende la relación entre derecho penal y procesal penal que supone el principio de legalidad no se corresponde con la actual evolución normativa”.

Pero hay otras ventajas adicionales ya señaladas al citar a Baunmann; es deseable de todo punto de vista la formulación de un criterio que permita descongestionar el ingente trabajo de los Tribunales Penales, eliminando por la vía de la oportunidad a los hechos punibles de escasa significación. El Proyecto opta por salidas alternativas o procedimientos abreviados. Otra opción que podría considerarse es el sistema minimalista jurídico-penal, conocido como derecho penal del mínimo, criterio éste que lamentablemente no ha llegado a la conciencia de nuestros legisladores que nos dan la señal que para solucionar el problema de la criminalidad la panacea es una tendencia a penarlo todo, y si ya está penado, la tendencia casi sacrílega es aumentar la penalidad.

¿Hasta cuándo me pregunto yo?

Séame permitida la ironía, hasta que se les acabe la escala de penas.

Finalmente, se sostiene que la oportunidad es un espléndido mecanismo, especialmente en países que asignan pocos recursos al sistema judicial, resultando antieconómico invertir los ya escasos medios en una aplicación estricta del criterio de legalidad.

Respecto de este eje de la discusión legalidad u oportunidad reglada, debo decir y se me comprenderá, que no tengo una respuesta personal enteramente definida;

sólo tengo muy en claro una natural resistencia a un sistema de oportunidad abierto discrecional, pues lo estimo arbitrario.

Los sistemas abreviados no solamente se justifican para la criminalidad de baja significación, sino que también pueden ser aplicables a delitos en los que está comprometido un bien jurídico disponible y en tanto otros casos, descongestionando así un sistema pobre de recurso, pobre en calidad y cantidad de funcionarios especializados, que por virtud de una legalidad llevada al extremo, impone la inexorable obligación de INVESTIGARLO TODO, es decir, nuestros jueces tienen la obligación, cualquiera sea la significación del hecho, de transitar en forma lenta por todos aquellos pasos que ordena la ley, desde el minuto que ese Juez dispone la instrucción del sumario correspondiente, debiendo continuarlo hasta el agotamiento y, si es el caso, seguir hasta la dictación de la sentencia en una misión que les resta tiempo en sus tareas de importancia y que más tarde incluso puede agobiar el trabajo de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

¿Podría alguien sostener que se justifica todo este largo transitar si estamos frente a un delito de poca gravedad, en situación de delito flagrante y de inculpado confeso?

A esa forma de salida alternativa es la que se le llama sistema abreviado.

En mi particular opinión, parte de la situación de crisis o colapso o como se la quiera llamar, puede estar en un esquema que propugna que todo se investigue, aunque pueda presumirse con mucho fundamento que esa investigación nace frustrada.

A partir de un postulado de legalidad, propugnar también un criterio de oportunidad naturalmente reglado. Esto se concilia con una concepción diminutiva del Derecho Penal Material o del Derecho Penal del Mínimo (última ratio), pudiendo de ese modo combatir con más éxito una criminalidad creciente, tecnificada, dinámica y creativa. Pienso entonces en la corrupción, en la criminalidad económica, en el lavado de dinero, en el tráfico de influencias, en el abuso de la posición ventajosa, en el transplante de órganos a título oneroso, que son todas formas nuevas y de muy difícil persecución.

Llama la atención en lo que toca al Ministerio Público que se considere como un órgano dotado de demasiados poderes y potestades, en circunstancias, que el examen del anteproyecto permite aseverar precisamente lo contrario. Es el Juez de Control de la Instrucción quien siempre es el llamado a decir la última palabra.

De allí que debemos detenernos a analizar en qué consisten, cuáles son, quién los ejerce, los diversos controles que atraviesan no sólo el proceso en sí mismo sino que se desarrollan desde el momento en que el Ministerio Público recibe una denuncia.

Podemos distinguir entonces, Controles Previos a la Afectación de Derechos, Controles Mutuos de las Partes Intervinientes y Controles consagrados en el Estatuto Jurídico del Ministerio Público.

1) Controles Previos a la Afectación de Derechos:

Mientras no exista sentencia condenatoria, es el Juez de Control quien resuelve los conflictos que puedan emanar de la acción persecutoria desplegada por el Ministerio Público o por la Policía, en relación con los derechos que este Anteproyecto le reconoce al imputado.

Este control representa el límite de las amplias facultades del Ministerio Público, y presupone la previa intervención judicial si se van a afectar derechos de los imputados. La reforma contenida en la Constitución, después de la creación del Ministerio Público (Art. 80 A. inciso 3° de la Ley 19.519) es la que ordena la autorización de la medida por el Juez de Control, exigiendo que ella deba ser exhibida. Es decir, es el Juez de Control quien puede ordenar la afectación de Garantías a partir de una solicitud del Ministerio Público.

De modo excepcional, sólo cuando hay amenaza cierta del orden público y la seguridad de los ciudadanos, el Ministerio Público podrá actuar sin previa orden judicial y, estando obligado una vez finalizada la diligencia, a obtener la convalidación u orden convalidante, todo ello bajo sanción de nulidad de lo obrado y sin perjuicio de eventuales responsabilidades penales.

2) Controles durante la Fase Intermedia:

A esta altura, el Juez de Control puede ordenar la corrección de todo vicio procesal, independientemente decide y falla las cuestiones de previo y especial pronunciamiento, y finalmente puede ser un Contralor de la Actitud del Fiscal, lo que lo habilita a rechazar una propuesta de sobreseimiento, o a forzar la acusación.

Con ello, el Juez de Control pasa a ser quien garantiza la legalidad de los actos del Ministerio Público en relación con los justiciables.

Es decir, no acepta la acusación y dispone el sobreseimiento, o se niega al sobreseimiento pedido por el Ministerio Público, forzándole a la acusación.

3. Control Mutuo de los Organos:

El Proyecto propicia este tipo de controles por tratarse de una Justicia de única instancia, en la que por ende habrá un solo juicio. Se trata pues de controles horizontales y recíprocos entre los varios sujetos procesales intervinientes, es decir, Ministerio Público, querellante, imputado y actores activos y pasivos de la acción civil.

Este control recíproco adquiere especial significación dada la improcedencia del Recurso de Apelación y la falta de la existencia de la Consulta subsidiaria, control que se hace aún más necesario para asegurar la vigencia del estado de Derecho, sin menoscabar el Principio de la Inmediación.

4. Control que atraviesa todas las decisiones del Ministerio Público respecto de la Noticia Criminal:

a) Conforme al principio de Discrecionalidad Fiscal, se otorga al Ministerio Público la facultad de actuar libremente, según le parezca más conveniente, principio que es contrario a la competencia reglada, otorgándose facultades en apariencia de orden discrecional.

Sin embargo, en los hechos no resulta así pues el Ministerio Público podría no iniciar la persecución penal cuando se tratare de un hecho que por su insignificancia no comprometiére gravemente el interés público (Principio de Oportunidad);

b) Porque podría utilizar la facultad de no investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito, o cuando de los antecedentes resulta establecida la circunstancia de estar extinguida la responsabilidad penal del imputado;

c) Por decisión de archivo provisional, cuando de los antecedentes resulte que no tiene pruebas.

Sin embargo, la ley somete estas decisiones del Ministerio Público a un control judicial (art. 258 del Anteproyecto) que consagra la idea de que la víctima podrá provocar la intervención del Juez de Control por el sólo hecho de interponer querrela. Si el Juez de Control admite a tramitación esta querrela, el Ministerio Público deberá seguir con la tramitación conforme con la tramitación general. En lo que toca al archivo provisional en sentido estricto la víctima podrá solicitar al Fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación concretas y determinadas, pudiendo esta misma, reclamar de la denegación a dicha solicitud ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga su Ley Orgánica.

De lo que se sigue, que tanto en el archivo provisional, como en la facultad de no iniciar investigación, será preferida la opinión del Juez de Control.

El Ministerio Público podría invocar el criterio de oportunidad (art.259 del Anteproyecto) es decir, podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de un hecho que por su insignificancia no comprometiére el interés público, a menos que la pena asignada al delito fuere superior a presidio o reclusión menor en su grado mínimo o cuando se tratare de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para los anteriores efectos el Fiscal deberá emitir una decisión motivada, que se comunicará al Juez de Control de la Instrucción y éste a su vez a los demás intervinientes si los hubiere.

En definitiva, este criterio de oportunidad puede ser desestimada por el Juez de Control o porque lo desestima la víctima.

Efectuada ya la formulación de cargo por el Ministerio Público se producen los efectos previstos en el art. 323 del Anteproyecto. A saber:

1. Se suspende la prescripción de la acción penal (Art.328);
2. Comienza a correr el plazo de dos años para que se cierre la investigación (art.336); y
3. Pierde la facultad de archivar provisionalmente.

Más adelante, ya hecha la formulación de cargos, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez que se pase directamente al Juicio Oral, lo que representa el Juicio Oral Inmediato sin previa audiencia intermedia.

5. Otros Controles:

Una vez formulados los cargos, debe adoptarse decisión acerca de la posibilidad de la suspensión condicional del Procedimiento (art. 331 a 333) o de un acuerdo reparatorio (art. 334) y la decisión que se adoptare en uno u otro sentido debe contar con el asentimiento del Juez de Control.

6. La Ley Orgánica de Ministerio Público:

En los casos en que el Juez de Control desestimare la petición del Ministerio Público en orden a sobreeser, el Anteproyecto dispone (art. 345), por considerar que procede la apertura del Juicio Oral, que puede remitir a las autoridades del Ministerio Público según lo que diga su Ley Orgánica, para que se acuse o ratifique el pronunciamiento del Fiscal de la causa.

Por otra parte, el Juez de Control de la Instrucción podrá forzar al Fiscal para que formule la acusación, bastando para ello que así lo solicite el querellante, y siempre que los antecedentes acumulados en la Instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado.

Llegamos entonces al Procedimiento Intermedio.

En él se desarrolla la que podríamos denominar clásicamente la fase de discusión; entendiendo por tal aquella en la que se determinan los contenidos de la acusación del Ministerio Público, de lo que en su oportunidad exprese el querellante particular adhiriéndose o acusando particularmente y la indispensable propuesta escrita o verbal que hará la defensa del imputado.

En esa audiencia intermedia se ventilan y resuelven las excepciones de previo y especial pronunciamiento que pudieren haberse opuesto, desarrollándose la referida audiencia intermedia bajo parámetros de oralidad e intermediación pudiendo en ella hacerse corrección de eventuales vicios formales, pero básicamente en esa audiencia se receptiona la acusación del Ministerio Público, la presentación en que se vuelca la pretensión del querellante particular, sea de adhesión o de separada acusación particular.

A su vez, hasta la víspera de la audiencia intermedia si es por escrito, o al inicio de ella si es en forma oral, tiene la oportunidad el imputado de realizar el acto formal que representa el ejercicio de su derecho a defensa.

Acontece que tanto el Fiscal Acusador (art. 346 letra H), como el defensor están llamados conforme a la letra del Proyecto a que se proceda o no se proceda de conformidad al Procedimiento Abreviado, lo que constituye la última oportunidad para no llegar al Juicio Oral y Público, resolviéndose la contienda en conformidad a las reglas de este procedimiento abreviado.

Es presupuesto para llegar a este procedimiento que el Ministerio Público haya requerido la imposición de una pena no superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo o bien cualquier otra pena de distinta naturaleza, exceptuada la de muerte fueren éstas únicas conjuntas o alternativas.

El acuerdo que presten el acusado o su defensor debe constar por escrito y ser ratificado por el Juez de Control de la Instrucción en la audiencia intermedia.

Para resolver sobre esta solicitud el Juez de Control de la Instrucción consultará al acusado con los siguientes fines:

1. Que ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y espontánea;
2. Que conoce su derecho a exigir el Juicio Oral;
3. Que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste puede significarle; y
4. Que no ha sido objeto de presión o coacción por parte del Fiscal o de terceros.

Si no se dieran los presupuestos que se han señalado el Juez de Control dicta el Auto de Apertura del Juicio Oral.

No se dará lugar al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular, haya terminado solicitando una pena que exceda el límite ya señalado.

Con todo, si no se opta por el Procedimiento Abreviado, llegamos con ello al caso que exista una acusación que se plantee ante el Tribunal del Juicio Oral. Esto puede ocurrir porque así lo considera el Ministerio Público, pero también es factible si el Juez de Control de la Instrucción ordena la formulación de ella cuando lo solicite el querellante y siempre que los antecedentes den mérito suficiente.

Presentada la acusación, se realiza la audiencia de preparación del Juicio Oral, audiencia que es presidida por el Juez de Control y de naturaleza también oral, dictándose acto continuo el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución señala el Tribunal Colegiado competente para dicho juicio oral, la o las acusaciones objeto de ese juicio, la o las demandas civiles, las pruebas que deban rendirse en la audiencia oral y la individualización de quiénes deben ser citados a la audiencia principal.

Así llegamos al Juicio Oral y Público cuyos aspectos centrales son:

- En él como es natural, las alegaciones, las declaraciones y la recepción de la prueba serán orales;
- Las resoluciones dictadas sólo tienen fundamento verbal;
- El Juicio oral se desarrolla de manera continua y puede prolongarse en audiencias sucesivas hasta su finalización (Principio de Concentración).
- Se debe realizar con la presencia ininterrumpida de todos los Jueces que integran el Tribunal y del Fiscal del Ministerio Público;
- El acusado tiene derecho a estar presente en todas las audiencias.
- La presencia del abogado defensor durante todo el juicio oral es un requisito de validez del mismo;
- El juicio oral será público, pero puede por excepción el Tribunal de oficio o a petición de parte, y en resolución fundada disponer en contrario cuando ello resulte necesario para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que deba tomar parte en el juicio, o evitando la divulgación de un secreto protegido por la ley;
- Puede impedir el acceso u ordenar la salida de persona determinada;
- Puede impedir el acceso a público en general u ordenar su salida para prácticas de pruebas específicas;
- En general no se puede utilizar los medios de difusión social, pero el Tribunal podrá autorizar cuando considere que ello contribuye a la adecuada información del público, y bajo condición de acuerdo de todos los intervinientes presentes en el juicio. Discrepando en lo personal con esta última exigencia;
- Se recibirán las pruebas presentadas por las partes en un orden estricto prefijado por la ley, y que puede ser alterado en casos calificados;
- El Tribunal puede ordenar la recepción de prueba que no hubieren sido solicitada oportunamente por las partes, cuando justificaren no haber sabido de su existencia hasta ese momento;
- Por una sola vez y procediendo de oficio el Tribunal puede ordenar la presentación de pruebas cuando lo considere indispensable para esclarecer los hechos;
- Terminada la recepción de la prueba, el presidente del tribunal otorgará la palabra al Fiscal, al acusador, al defensor y a las partes civiles para que expongan sus conclusiones;
- Luego otorgará al Ministerio Público y al defensor la posibilidad de réplica, debiendo ella sólo referirse a las conclusiones formuladas por las partes;
- Por último se otorgará al acusado la palabra, para que manifieste lo que estime conveniente;
- Con ello se declara cerrado el debate, levantándose un registro de lo ocurrido en la audiencia;

- Clausurado ese debate sin suspender la audiencia, los Jueces pasarán a deliberar en privado;
- El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral;
- Terminada la deliberación, los Jueces deben volver a la Sala comunicando su decisión de absolución o condena. Sólo pueden deferir en el tiempo la redacción del fallo y la determinación de la pena, por un plazo que no puede exceder de 30 días, bajo sanción de nulidad de lo obrado, salvo que la decisión hubiere sido absolutoria.

Concluye el Proyecto con el tratamiento que se da a los Recursos Procesales, destacando en este acápite que son inapelables las resoluciones dictadas por el Tribunal Colegiado del Juicio Oral, de lo que se infiere la procedencia de la apelación en los demás casos, con los Procedimientos Especiales y de la Ejecución de las Sentencias Penales y Civiles cuyo control se entrega al órgano judicial.

Me resulta particularmente grato, por haber influido desde el año 1995 en el planteamiento de una Cátedra de Derecho Procesal Penal reforzada en términos de dedicación horaria para preparar a nuestros egresados en el conocimiento de los criterios del Derecho Procesal Penal en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, haber contado para ello con el respaldo irrestricto del Jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Profesor Gonzalo Calvo Castro y de las autoridades de la Escuela de Derecho que me cobija.

No puedo terminar con estas reflexiones sin manifestar los reparos o cautelas que este Proyecto me merece. A saber:

1. Lo que podría ser rotulado como un sistema inverso, es decir, el diseño de un nuevo sistema de realización del Derecho Penal Material, con la cierta posibilidad de un desajuste o entramamiento con las ya antiguas formas de nuestro Código Penal;

Conceptualmente al menos en el llamado mosaico para la Reforma estimo que debió reformularse previamente el cuerpo punitivo con el objeto de introducir figuras nuevas que se nos presentan con inusitada frecuencia, y para al mismo tiempo suprimir de ese cuerpo legal todo aquello que tenga de superfluo;

2. Dudas, muy fundadas acerca de la real igualdad de condiciones entre acusador y acusado; no se trata de leer cuáles son las facultades de uno y otro sino de evaluar a priori si se trata realmente de un juicio calificable de acusatorio y por ende de igualitario y garantizador de un debate en términos de mediana igualdad;

3. Necesidad inmediata de provocar una revisión de planes y programas en las Escuelas de Derecho, una revisión completa y a fondo de los contenidos del currículum;

4. Necesidad de ir formando una cultura de proceso penal, diversa a la inquisitiva, que termine aceptando en los hechos la división de las funciones que se involucran en la decisión de la controversia penal. En concreto qué es y qué significa la presunción de inocencia y no se mantenga en la ambigüedad el concepto en cuya virtud se dice por uno que la presunción de inocencia es sólo una pauta, o es sencillamente una cuestión básica y elemental de *onus probandi*. Definirlo parece ser una cuestión elemental;

La idea es que un cambio en el hombre es de suyo necesario. El precede a toda

reforma e importa una formación jurídica, de educación y de reformulación de criterio, adoptando así variantes de política criminal;

5. La estructura de Proyecto de Defensoría Pública no se visualiza con claridad, es más, parece de nivel precario frente a los poderes del ente investigador; ¿no se verá con ello deprimido el derecho de defensa?

6. La Reforma es generosa en cuanto a los medios para investigar los hechos, y en el principio de libertad probatoria que consagra, pero deja la sensación de un delicado vacío en el debate propiamente jurídico; y

7. Finalmente, no deja de preocupar el destino de lo proyectado frente al Tribunal Constitucional, en lo que dice relación con el Principio de Igualdad ante la Ley

Lo dicho no es argumento válido para posponer la Reforma, pero sí advierte acerca de decisiones políticas conducentes a su necesaria implementación.