





Ideas de la Defensoría para restablecer el equilibrio original del sistema

# PROPUESTAS DE CAMBIO PARA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

▶ Luego de identificar y explicar distintos nudos o prácticas vigentes que terminan por afectar los derechos del imputado y las opciones procesales de la defensa, el jefe del Departamento de Estudios y Proyectos (DEP) de la Defensoría Penal Pública propone cambios específicos en tres ámbitos -formalización, prisión preventiva y derecho al recurso-, que permitirían recuperar las ideas y criterios que fundaron la reforma procesal penal.

▶ Por **Rubén Romero Muza**,  
jefe Departamento de Estudios y Proyectos,  
Defensoría Nacional.

No puede negarse que la reforma procesal penal significó un cambio histórico en el modelo de administración de justicia de nuestro país, desde el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1905. Estos cambios se materializaron en importantes avances en la calidad, eficiencia, rapidez y transparencia del proceso, así como en la legitimidad del sistema. También significó una mejora sustancial en materia de garantías de la víctima, el imputado y el debido proceso, que se instaló como un aspecto central del proceso penal.

La idea de debido proceso como parámetro básico -es decir mínimos necesarios para entender que un pronunciamiento judicial goza de legitimidad-, se vio reflejada en diversas de las instituciones que se reformaron dentro del proceso: desde el secreto de las imputaciones, las diligencias de investigación y las pruebas contenidas en el sumario, se transitó a consagrar ya en un temprano momento a la formalización como un acto de garantía del imputado.

Desde la privación de libertad como consecuencia casi directa del sometimiento a proceso, pasamos a la necesidad de excepcionalidad, proporcionalidad y subordinación a los fines del procedimiento de la medida cautelar que implique privación de libertad. A su vez, se incorporaron a nuestra legislación tratados internacionales que aseguraron la posibilidad de defensa del imputado hasta la última etapa del proceso, por ejemplo a través de la garantía del derecho al recurso.

Hoy, a casi 18 años de la puesta en marcha de la reforma, como resultado de diversas modificaciones legales, de prácticas de los intervinientes del sistema penal y de razonamientos de los propios tribunales de justicia, han ido quedando atrás algunas de las ideas que se plantearon en los inicios.

De esta forma, veremos cómo se han ido de-construyendo aquellas ideas inspiradoras de la reforma, para luego formular potenciales líneas de cambio que permitirían iniciar un proceso de reconstrucción, en pos del respeto de las garantías del imputado y el correcto funcionamiento del sistema. Para ello, abordaremos algunas de las instituciones procesales que han sido afectadas por estos cambios y prácticas, tras lo cual se hará una propuesta de revisión respecto de ellas.

► “Hoy, a casi 18 años de la puesta en marcha de la reforma, como resultado de diversas modificaciones legales, de prácticas de los intervinientes del sistema penal y de razonamientos de los propios tribunales de justicia, han ido quedando atrás algunas de las ideas que se plantearon en los inicios”.

#### LA FORMALIZACIÓN

Por la función de garantía que el legislador le dio a la formalización, debió haberse constituido como una de las principales herramientas de la defensa a la hora de ejercer su rol, precisamente porque le permite saber al imputado, en un temprano momento, los hechos por los cuales se le investiga y, de esa manera, desarrollar una estrategia adecuada a sus intereses.

Sin embargo, observamos que en diversas ocasiones se convierte en una institución que potencialmente afecta sus derechos, por ejemplo cuando se dan en los hechos formalizaciones que podrían catalogarse como arbitrarias, en las que el fiscal sobre califica los hechos o realiza una imputación artificial más gravosa, a fin de obtener con mayor facilidad medidas cautelares de mayor intensidad como la prisión preventiva.

Ello tiene especial relevancia si consideramos el alza registrada en las estadísticas de imputados que han sido sometidos a prisión preventiva y que luego terminan con sentencias absolutorias o con un sobreseimiento definitivo.

Por otra parte, la formalización puede operar como una institución que limita la posibilidad de preparar adecuadamente la defensa, como ocurre cuando, por diversas razones, el Ministerio Público no formaliza, pero realiza diligencias de investigación sin conocimiento del imputado, en circunstancias que éste desconoce el hecho específico de lo que se investiga.



Otro caso ocurre con la llamada reformatización, cuando se comunican nuevos hechos poco tiempo antes del cierre de la investigación, impidiendo investigar a la defensa. Su aplicación extendida puede operar además como un incentivo a realizar formalizaciones con una lógica de “tejo pasado” o dispuestas de forma apresurada o improvisada y que luego terminen “desinflándose”, a medida que la investigación avanza, lo que afecta el correcto funcionamiento y legitimidad del sistema, al generarse expectativas que luego no se podrán cumplir.

Aun cuando dos de las tres situaciones descritas tienen una “solución” en el marco del ordenamiento jurídico, éstas no resultan suficientes. Primero, respecto de aquellas formalizaciones que pueden calificarse de arbitrarias, se contempla un reclamo administrativo ante el Fiscal Regional correspondiente. Sin embargo, considerando la importancia de la formalización, en términos de posibilitar la solicitud de medidas cautelares o de diligencias intrusivas, aparece en la práctica como un mecanismo inidóneo para la consecución de tales fines, entre otras razones porque es el propio Ministerio Público el que resuelve la reclamación, y procede únicamente frente a formalizaciones arbitrarias, sin definirse qué se entiende por ello.

En ese sentido, una forma de enfrentar tales formalizaciones la constituye el control del juez de garantía ante el requerimiento de la defensa, en la medida que se sostenga haber sido víctima de una formalización en los términos descritos. Claro está, no cualquier alegación podría dar lugar a la revisión, pues siempre será riesgoso que el juez pueda pronunciarse sobre el mérito de ella, al ser una decisión propia del Ministerio Público. Por lo mismo, el estándar debe ser alto.

Luego, respecto de aquellas investigaciones desformalizadas, que mantienen al imputado en una situación de incertidumbre y desprotección, si bien existe el artículo 186 del Código Procesal Penal (CPP), que permite al juez establecer un plazo para que se formalice u obligar al fiscal a informar acerca de los hechos por los cuales se investiga, la norma no prescribe ninguna consecuencia en caso de incumplimiento de los fiscales.

Por ello, y para asegurar la garantía del imputado de la comunicación previa y detallada de cargos consagrada a nivel internacional<sup>1</sup>, parece adecuado que se establezcan efectos para el incumplimiento. Ello permitiría contribuir al fortale-

<sup>1</sup> Artículo 14.3 letra a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 8.2 letra b, Convención Americana de Derechos Humanos.

► “Para asegurar la garantía del imputado de la comunicación previa y detallada de cargos consagrada a nivel internacional, parece adecuado que se establezcan efectos para el incumplimiento”.

cimiento de dicha institución y concretar el espíritu de la reforma en cuanto a transparentar las investigaciones penales para el imputado.

Por último, en cuanto a la reformalización, debe reconocerse que es positiva, en la medida que permite adecuar la imputación correctamente e informar al imputado de los resultados y conclusiones que arrojen las distintas diligencias de investigación, pero puede resultar vulneradora del derecho a la defensa cuando se realiza inmediatamente antes del cierre de la investigación. Los casos más patentes son aquellos en que el fiscal agrega hechos y luego declara cerrada la investigación, sin permitir a la defensa solicitar nuevas diligencias, haciendo imposible solicitar la reapertura, dejando de este modo al imputado en la indefensión.

Igualmente, otro riesgo de la reformalización es la práctica de formalizaciones improvisadas, apresuradas o sobre calificadas para satisfacer más fácilmente el debate sobre medidas cautelares, lo que tiene efectos directos tanto en la libertad del imputado como en la legitimidad del sistema ya que, como se señaló, genera expectativas desmesuradas en los resultados del sistema, que luego no son factibles de cumplir. Por lo anterior, la reformalización debiera reservarse para casos en los que sea necesario reorientar la investigación hacia la dirección correcta, conforme a los antecedentes que vayan surgiendo con posterioridad a la formalización.

### PRISIÓN PREVENTIVA

En los años de vigencia del nuevo sistema procesal penal, la prisión preventiva ha ido sufriendo una serie de cambios que la han ido convirtiendo en una de las instituciones más reformadas, no solo por la cantidad de modificaciones legales, sino por los cambios en su uso.

Suficiente es comparar el texto original con las actuales normas que hoy la regulan o las cifras de los últimos años sobre su uso con aquellas de hoy, para advertir que la idea de excepcionalidad y proporcionalidad que debían regir su aplicación ha ido desapareciendo, abriéndose camino una serie de normas que tienden a favorecer la aplicación de prisión preventiva sobre la base de criterios abstractos y peligrosistas, lo que se traduce en una tendencia -por ejemplo- a aplicar la prisión preventiva por defecto o cierto automatismo en determinados delitos, en que resulta suficiente que se verifiquen ciertas circunstancias abstractas.

Todo esto, en el contexto del nuevo sistema de corte acusatorio que se instauró en el país, acorde a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, en los que se impone la necesidad justificar la privación de libertad sobre la base de antecedentes propios y específicos del caso concreto, que se vean reflejados tanto en el debate como en el análisis particular del juez, más aun si consideramos que el imputado debe ser tratado como inocente mientras no exista una sentencia que determine su responsabilidad.

En un escenario como el descrito, la necesidad de cambio es patente y clara: si se desea que la prisión preventiva recupere el carácter excepcional que se buscó con la reforma, es necesario que se dé estricto cumplimiento a la proporcionalidad, principio que debiera ser de aplicación general tratándose de medidas cautelares.

Para ello, resulta esencial reincorporar la alusión explícita a la proporcionalidad como límite a la aplicación de la prisión preventiva, que fue eliminada por la Ley N° 20.074 de 2005, y reinstaurar una regla de improcedencia de la misma en determinados casos, por ejemplo delitos que tengan asignadas penas bajas, o bien cuando a través de una prognosis de pena se considere procedente una pena sustitutiva<sup>2</sup>.

Sin embargo, para corregir la utilización excesiva de la prisión preventiva, se requieren cambios más específicos a la normativa vigente. Lo primero sería introducir cambios a los presupuestos que habilitan la procedencia de la prisión preventiva, específicamente a los establecidos en la letra C del art. 140 del CPP, para que éstos sean tratados como lo que efectivamente son: criterios. En ese sentido, más que introducir presuncio-

<sup>2</sup> Situaciones que originalmente también estaban contempladas por el art. 141 letra a y c original del CPP, eliminadas por la Ley N° 20.074 de 2005

nes de peligrosidad, podría avanzarse hacia la incorporación de ciertas circunstancias concretas del caso, que el juez debe necesariamente tener en cuenta a la hora de resolver la solicitud de prisión preventiva, como por ejemplo aspectos sociales, de salud y género del imputado o imputada que puedan resultar relevantes o la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal en otros.

Luego se debe avanzar en entender que la necesidad de cautela basada en el peligro para la seguridad del ofendido, o peligro de fuga, no se satisface única y exclusivamente con la prisión preventiva. Por ello, sería deseable reforzar el catálogo de medidas cautelares del art. 155, por ejemplo por medio del uso de tobilleras que permitan monitorear el cumplimiento de un arresto domiciliario.

Si se sigue en la búsqueda de la adecuación de la prisión preventiva a la lógica de racionalidad y excepcionalidad de la medida, se deben plantear cambios a la regulación de la apelación verbal para determinados delitos. Específicamente, a la obligación de permanecer privado de libertad mientras no se conozca el recurso presentado, tal como lo establece el art. 149 del CPP.

Si la libertad es la regla general y la privación de ella es lo excepcional, lo lógico sería que la resolución del recurso se esperara en libertad. Aun cuando plantear una regla en tal sentido podría generar cierto debate al ser absoluta, bien podría considerarse que en determinadas situaciones se limite tal efecto, cuando -por ejemplo- se determine por el juez una calificación jurídica diversa a la de la formalización.

Esto permitiría que la normativa que regula la institución en cuestión se encuentre conforme con la Constitución. En efecto, en su artículo 19 n°7 e) ésta señala que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. Es decir, es el tribunal quien debe entenderla necesaria.

En el caso planteado, es decir cuando existe un juez que discrepa de la calificación jurídica del fiscal y que no da lugar a la prisión preventiva, lo correcto sería que el imputado quedara en libertad. Sin embargo, cuando se apela verbalmente contra la resolución que rechaza o modifica la prisión preventiva para ciertos delitos (art. 149 del CPP), el imputado queda privado de libertad mientras se resuelve el recurso.



Con ello se afecta la decisión jurisdiccional, ya que a pesar de la decisión del juez, se mantiene privada de libertad a una persona por la sola decisión de recurrir por un órgano distinto del tribunal, lo que es inconstitucional. De hecho, esta norma fue incluso objeto de varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, presentados por los propios jueces de garantía en 2008<sup>3</sup>.

Por ello, una propuesta de cambio podría ser establecer dentro del art. 149 del CPP que el tribunal, durante el examen de admisibilidad del recurso de apelación verbal, se pronuncie fundadamente sobre la calificación jurídica de la formalización (con los antecedentes expuestos en la discusión de medidas cautelares), a fin de determinar si se enmarca dentro del catálogo de los delitos que permiten apelación verbal y ver si concede o no el recurso.

Incluso si se lograra limitar el uso de la prisión preventiva, esto podría ser insuficiente si en los casos en que ella tenga lugar su extensión se prolonga hasta vulnerar la racionalidad de su duración exigida por tratados internacionales. Para evitarlo, podría ser conveniente establecer plazos fijos de acuerdo con la gravedad del delito, o limitarla a la mitad de la pena probable, tras lo cual debería ser sustituida por arresto domiciliario total, tobillera u otra.

## DERECHO AL RECURSO

Para finalizar, otro ámbito en que la defensa debe enfrentar diversas limitaciones que terminan afectando garantías del imputado y generando una desigualdad entre intervinientes se da en torno al derecho al recurso. Varias son las normas que impiden a la defensa recurrir, aun cuando se trata de una garantía del imputado o condenado<sup>4</sup>.

Así, encontramos el artículo 277 del CPP, que solo permite apelar al Ministerio Público cuando a éste se le excluya prueba de cargo; el artículo 115 del CPP, que permite apelar solo la resolución que declare la querrela inadmisibles y no aquella que la declara admisible; el artículo 132 bis del CPP, que solo per-

mite la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, cuando se realice por el Ministerio Público, entre otras. Un cambio explícito en la normativa que regula las situaciones planteadas parece un camino plausible a seguir.

Además de las limitaciones que directamente establece la ley, existen otras que se producen de manera indirecta. Un caso es el artículo 387 inciso 1 del CPP, que establece la improcedencia de recurso alguno contra el fallo de un recurso de nulidad.

Aquí la doctrina ha discutido la procedencia del recurso de queja, primando actualmente por mayoría aquella postura que está por su inadmisibilidad. Sin embargo, algunos fallos de la Corte Suprema<sup>5</sup> han admitido el recurso<sup>6</sup> y en otros se ha declarado inadmisibles, con la diferencia de que la Corte ha decidido de oficio conocer el fondo del asunto, por existir falta de motivación o motivación incompleta del fallo de la Corte de Apelaciones que resuelve la nulidad, con infracción a lo dispuesto en el artículo 384 del CPP<sup>7</sup>.

Otro caso ocurre con el inciso 2 del artículo 387 del CPP, que prescribe que no será susceptible de recurso alguno aquella sentencia que se dictare en un nuevo juicio que se realiza como consecuencia de la resolución que hubiere acogido un recurso de nulidad. En nuestro concepto, la formulación actual de la norma atenta contra el derecho al recurso de cuatro formas:

a) No habría derecho de recurrir contra la sentencia del segundo juicio, situación que ya ha sido calificada como inconstitucional por un sector de la doctrina<sup>8</sup>; b) En cuanto al agravio que sufre el condenado, por ejemplo cuando se compara el resultado del primer juicio con el segundo, el análisis del

3 A modo de ejemplo, destacan los requerimientos de Patricio Rondini Fernández-Dávila, juez del Juzgado Garantía de Puerto Montt; Marcela Figueroa Castillo, juez del Decimotercer Juzgado de Garantía de Santiago; Fernando Guzmán Fuenzalida del Primer Juzgado de Garantía de Santiago; Luis Avilés Mellado, juez del Decimotercer Juzgado de Garantía de Santiago

4 Artículo 8.2 e) Convención Americana de Derechos Humanos.

5 Los ministros Rodríguez y Dolmestch han sostenido en sus votos de minoría la admisibilidad del recurso de queja por aplicación del artículo 63, N° 1°, letra b) del Código Orgánico de Tribunales en relación al inc. 1° del art. 545 de dicho código, citando también los artículos 8°, N° 2°, letra h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el derecho al recurso y el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

6 Roles Corte Suprema N°4.181-2009 y 4.182-2009

7 Roles Corte Suprema N° 493-2011, 3.019-2011, 5.524-2011, entre otros.

8 VODANOVIC, Natalio "Restricciones del recurso de nulidad. Algunos alcances comparados y doctrinarios". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 7. Igualmente LÓPEZ MASLE, Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo II, Editorial Jurídica, 2004. pág 446.



► “Si se desea que la prisión preventiva recupere el carácter excepcional que se buscó con la reforma, es necesario que se dé estricto cumplimiento a la proporcionalidad, principio que debiera ser de aplicación general tratándose de medidas cautelares”.

agravio debe ser a partir de la teoría del caso del interviniente y no solo desde la decisión absolutoria o condena, de modo que es perfectamente posible la existencia de agravio en dos sentencias condenatorias ; c) En cuanto a la decisión de no recurrir en el primer juicio, la norma actual opera como incentivo para que la defensa no recurra, si ésta vislumbra que en un segundo juicio existe el riesgo que se le imponga al imputado una pena superior a la aplicada en el primero, considerando que la norma impide recurrir de este nuevo y peor resultado.

Dicho de otra forma, se trata del riesgo de “ir por lana y salir trasquilado”<sup>9</sup>, y d) El caso en que el Ministerio Público recurre contra una sentencia condenatoria a pena menor a la solicitada, anula el juicio y luego, tras un nuevo juicio, se vuelve a condenar al imputado pero a una pena mayor. ¿Puede recurrir la defensa? La respuesta es negativa. Por ello, es necesaria la introducción de normas que aclaren y regulen dicho escenario, de manera que se asegure efectivamente el derecho a recurrir.

Incluso el plazo para interponer el recurso de nulidad puede constituir un problema para la defensa, debido al tiempo que debe emplear en su elaboración. La preparación de un recurso que permita asegurar una defensa efectiva supone una revisión tanto de la sentencia como de los registros de audio. Esto, en juicios que se han extendido durante un largo periodo, resulta una ardua labor<sup>10</sup>.

9 BARRIENTOS PARDO, Ignacio, “Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado)”. Revista de Estudios de la Justicia, N° 9 Año 2007

10 Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el denominado ‘caso aeropuerto’, donde el tribunal se tomó para dictar sentencia más de 30 días, mientras que la defensa mantuvo los 10 días para recurrir. Más gráfico aún fue lo sucedido en el denominado ‘caso Bombas dos’, donde el tribunal tuvo casi tres meses para redactar la sentencia.

Por ello, parecería conveniente un aumento del plazo para interponer el recurso de nulidad en estos casos, lo que sería coherente con la norma del artículo 344 del CPP, que aumenta los plazos de días para la redacción de la sentencia en razón de la duración del juicio.

Aun cuando podríamos seguir enunciando ejemplo de normas que limiten las posibilidades de actuación de la defensa, resulta esencial plantear y entender que lo que debe guiar y subyacer a todas las soluciones -si se quiere respetar el derecho al recurso como una garantía- es la materialización del principio de igualdad de armas entre los intervinientes, buscando equilibrio y no desmejorando la posición de la defensa<sup>11</sup>.

## CONCLUSIÓN

Si bien es entendible el sentimiento de insatisfacción e inseguridad de la ciudadanía, hay que prestar atención cuando se legisla y se actúa enfocado exclusivamente en la eficacia del sistema. Las modificaciones al CPP y prácticas como las descritas perjudican su correcto funcionamiento y su legitimidad, como también tienden a socavar los valores centrales que deben regir a un sistema acusatorio en el marco del debido proceso, en la medida que se desmejoran las exigencias para una persecución penal de mayor calidad.

Si examinamos el sentido de los cambios normativos a partir del inicio de la reforma, es posible advertir que solo se buscan soluciones con meras modificaciones procesales. Esta premisa es engañosa, pues la solución no pasa por cambios procesales que operan *ex post* al hecho que se investiga, sino por entender que el problema debe abordarse desde la óptica de la prevención del delito y la reinserción social del condenado. Por ello, creemos que cambiar el enfoque y avanzar en el restablecimiento del equilibrio con propuestas como las descritas parece ser un buen primer paso.

11 Debe tenerse presente que aun cuando muchas de las limitaciones se plantean a nivel normativo, otras tantas se dan a nivel jurisprudencial, por ejemplo, la imposibilidad de interponer recurso de amparo respecto de resoluciones emanadas de las Cortes de Apelaciones. En ese sentido, *vid.* Sentencia Corte de Apelaciones San Miguel 498-2017; Sentencia Corte Suprema 45.638-2017; Sentencia Corte Suprema 45.448-2017. Por ende, la necesidad de modificación abarca dichas situaciones