

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS: *“Instituciones del Nuevo Procesal Penal”*. Editorial Jurídica de Chile, 2007, 440 páginas.

Permítaseme la licencia de comenzar con un recuerdo personal. El 24 de julio de 1996 presenté una ponencia relativa a la verificación de la proponibilidad de la acción, la fijación y la depuración de la litis, en el marco de una jornada de reflexión sobre los elementos para la preparación de un proceso civil eficaz. Con gran generosidad, Raúl Tavolari, aun sin conocerme personalmente, tuvo la delicadeza de aceptar ser el comentarista de mi trabajo, reflejando así su humanidad.

Han pasado los años y Raúl Tavolari no solamente ha seguido apoyando a quienes nos hemos vinculado con el Derecho Procesal sino que se ha convertido en uno de los más importantes representantes chilenos de la disciplina en el foro internacional, acortando el aislamiento propio de una posición periférica. Reflejo de ello es su actual cargo de Secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la reciente publicación del Instituto Chileno de Derecho Procesal, coordinada por su discípulo Alejandro Romero Seguel, *“Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros”*, con ocasión de sus treinta y cinco años de actividad docente en las cátedras de Derecho Procesal Civil y de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Chile y en la Universidad de Valparaíso. Tal obra contó con la participación de granados cultores de la Ciencia Procesal iberoamericana, incluyendo, por

¹ .- ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magister en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM), miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

nombrar solamente a algunos, a Roberto Omar Berizonce, Manuel Ortells Ramos, Jairo Parra Quijano, Ada Pellegrini Grinover y Joan Picó y Junoy.

Su libro "*Instituciones del Nuevo Proceso Penal*" no es sino el reflejo de su experiencia, profundidad y, diría yo, amor por la ciencia procesal. En él se revisa el gran cambio que ha experimentado Chile con la reforma procesal penal, antecedente de una serie de otras transformaciones, que incluyen a la justicia de familia y laboral y las ya anunciadas modificaciones a la justicia civil y tributaria.

El autor, a la remembranza de la escuela socrática, analiza transversalmente la reforma procesal penal -a partir, fundamentalmente, de preguntas formuladas sobre la base de casos reales- a lo largo de las cuatro partes en que se divide el libro: (I) generalidades sobre el proceso penal, (II) la prueba en el proceso penal, (III) los sujetos y (IV) las medidas cautelares.

En la primera parte -generalidades sobre el proceso penal- se consideran los fenómenos de la seguridad ciudadana y del proceso penal en la sociedad del riesgo, para luego revisar el Código Procesal Penal chileno y la experiencia de su implementación.

Destaca -a propósito de los fenómenos de la seguridad ciudadana y del proceso penal en la sociedad del riesgo- la existencia de un desafío cultural en la reforma procesal penal, el que resulta de la necesidad de armonizar los valores jurídicos de la libertad y de la seguridad. Tal desafío demanda fortalecer la seguridad pública a partir de la existencia de un proceso penal de garantías, en concordancia con un sistema democrático y republicano respetuoso del Estado de Derecho. A tal tarea deben sumarse la profesionalización y delimitación del trabajo policial y el armonizar, en la perspectiva procesal, las nociones del derecho procesal mínimo y de acto antes que de autor y la del derecho penal como última *ratio*, con las ideas de la seguridad ciudadana y de la presunción de inocencia, a la cual el autor prefiere denominar principio de inocencia.

A la hora de revisar el Código Procesal Penal, el autor analiza las bases del nuevo sistema procesal, en lo orgánico y en lo funcional. Tal ejercicio permite advertir al lector el profundo cambio que supone un nuevo proceso penal en Chile, con su organicidad -constituida por los tribunales penales (juzgados de garantías y tribunales orales en lo penal), el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, actores que constituyen la trílogía estructural del nuevo sistema procesal penal- y su dimensión funcional, la cual incorpora importantes instituciones procesales, entre ellas los mecanismos de solución

temprana de los asuntos (los acuerdos reparatorios, el archivo provisional, el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento).

Los antecedentes aportados por una Comisión de Expertos de amplia representación política indican que el proceso de la reforma procesal penal en Chile ha sido muy exitoso en diversos aspectos tales como el calendario de implementación, la instalación de las instituciones, la implementación de la oralidad, el resguardo del debido proceso y de los derechos de las personas, la consideración de la situación de la víctima, la eficiencia y la eficacia del sistema, la transparencia y la atención al público.

En la segunda parte del libro -la prueba en el proceso penal- se revisan, en el orden que se indica, la declaración de testigos en la investigación, como condición para su testimonio en el juicio oral; la prueba pericial por videoconferencia; la prueba ilícita; el testimonio policial de oídas; las competencias probatorias y los deberes del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; las atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad, en relación a los hechos consignados en la sentencia; y las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal penal.

A partir de un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual acogió un recurso de nulidad entablado por la defensa en contra de la sentencia de un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que había dictado sentencia condenatoria, sobre la base de prueba en la que figuraba el testimonio de dos funcionarios de Carabineros de Chile y de las dos víctimas, todos los cuales no habían prestado declaración ante el Ministerio Público, durante la investigación, el autor analiza la declaración de testigos en la investigación, como condición para su testimonio en el juicio oral, concluyendo que la referida sentencia *“altera y distorsiona principios del enjuiciamiento penal y, definitivamente, no se ajusta a la filosofía sobre la que opera el nuevo régimen procesal vigente”*.

Una autorización del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama en orden a que una perito prestara su declaración a través de una videoconferencia, permite al autor revisar la procedencia de esta forma probatoria en el nuevo proceso penal, a cuyo respecto señala que dado que ella es una modalidad de comunicación integral, interactiva y sincrónica, *“admitir y ponderar una prueba pericial producida a través de videoconferencia no infringe garantía constitucional alguna y no importa incurrir en la causal de anulación prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal”*.

En la revisión de la prueba ilícita, Raúl Tavolari considera el estado de situación de la misma y denuncia la aparición de un proceso lamentable,

según indica, “*encaminado a relativizar la dureza del principio de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías y derechos constitucionales, para concluir que, bajo determinados supuestos, el ordenamiento permita su valoración*”.

A propósito de un recurso de nulidad de la defensa destinado a restarle valor probatorio a las declaraciones de los funcionarios policiales ante los cuales declaró el acusado, por dudar de la credibilidad de las mismas, se revisa el testimonio policial de oídas, indicándose que “*es posible que terceros atestigüen en juicio lo que escucharon decir al imputado, sin que ello represente infracción constitucional alguna. Si se trata de agentes estatales, para calificar la situación es necesario atender a la eventual amenaza a la libertad del sujeto declarante que resulte de las circunstancias específicas que rodearon la declaración*”.

Son los “*problemas suscitados en los juicios orales cuando en ellos se promueve discusión referida a la procedencia de la prueba cuya producción ha dispuesto el auto de apertura dictado por el juez de garantía*”, lo que lleva al autor a considerar las competencias probatorias y los deberes del Tribunal de Juicio Oral, concluyendo que “*un Tribunal de Juicio Oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez, o finalmente sobre cualquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables, sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado*”.

Frente a un recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual nace de la convicción de la Corte de no encontrarse acreditadas las circunstancias fácticas que la ley penal emplea para tipificar el delito de robo con fuerza en las cosas, se analizan las atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia, consignándose que “*determinar los hechos que resultan o no acreditados en el juicio oral es atribución exclusiva y excluyente del Tribunal de Juicio Oral*”.

Las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal penal chileno son analizadas también por Raúl Tavolari, quien concluye que “*el abogado, público o privado, al que la Constitución Política le entrega la tarea de llevar a cabo la promesa de garantía de la defensa jurídica, tiene no sólo la posibilidad jurídica, sino el deber ético y legal de averiguar los hechos y determinar los medios con los que podrá probar en el*

juicio: esta tarea constituye una investigación que, por la diferente finalidad a la que apunta, no reemplaza ni puede confundirse con la que privativamente debe desarrollar el Ministerio Público”.

En la tercera parte del libro -los sujetos- se pasa revista a temas tan relevantes como lo son los reproches defensivos a los “*vicios formales*” de la acusación; los estándares de actuación de la defensa penal; el derecho del Ministerio Público a un debido proceso; el juez de garantía; la situación de la víctima del delito en el proceso penal; el principio de inocencia y la destitución de jueces; los desafíos actuales de la Policía; los fiscales, defensores y jueces; y las consideraciones históricas y dogmáticas sobre el desafuero de los parlamentarios.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas en un fallo ha mantenido un sobreseimiento definitivo, dictado en aplicación de lo señalado en el artículo 270 inciso 3° del Código Procesal Penal, como consecuencia de la negativa del Ministerio Público a modificar la petición de pena consignada en su acusación, accediendo a una solicitud de la defensa en orden a que se efectuara tal cambio por constituir un “*vicio formal*” de la acusación. A propósito de tal reproche defensivo a los “*vicios formales*” de la acusación señala Raúl Tavolari que, constitucional y legalmente, corresponde al Ministerio Público, y a otras personas que señala la ley, entre las que no figuran los órganos jurisdiccionales, ejercer y sustentar la acción penal. En consecuencia, “*comete gravísima falta y abuso judicial el juez de garantía -y los jueces superiores que lo respaldan- que, arrogándose atribuciones que constitucional y legalmente son privativas del fiscal, intenta, o en los hechos impone, que este cambie su petición de penalidad*”.

El autor presenta, a continuación, detalladamente y a través de las distintas etapas del proceso los estándares de actuación de la defensa penal; esto es, los “*parámetros de conducta profesional, con arreglo a los cuales se medirá la calidad e idoneidad del trabajo profesional de quienes presten tal defensa pública*”.

A propósito del derecho del Ministerio Público a un debido proceso, concluye que “*es procedente que el Ministerio Público deduzca recurso de nulidad fundado en el desconocimiento del señalado deber constitucional por parte del órgano de la jurisdicción que, correlativamente, importa un desconocimiento de una garantía/derecho que como litigante procesal penal tiene reconocida*”.

El autor estudia, a continuación, el rol del juez de garantía, en particular en cuanto cautelador de los derechos de las personas. Tal competencia

conservadora en función del imputado puede ser ejercida antes de la judicialización o bien después de la formalización.

La situación de la víctima del delito en el proceso penal es objeto de una preocupación particular en cuanto el Código Procesal Penal la ubica como una persona que merece la atención y protección del sistema de justicia penal, razón por la cual los órganos de la prosecución penal tienen el deber de asistirle y proporcionarle la información necesaria para que adopte las decisiones que estime pertinentes para el adecuado resguardo de sus intereses, sin perjuicio de la posibilidad de actuaciones directas durante el desarrollo del proceso penal. Una especial referencia se hace a la víctima colectiva, considerada en el artículo 111 del Código Procesal Penal.

A propósito del requerimiento en contra de un juez por conducir en estado de ebriedad el autor verifica si se está ante una causal de expiración de sus funciones, de acuerdo a lo señalado en el artículo 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales; y si la circunstancia de suspenderse, de conformidad con el artículo 398 del Código Procesal Penal, una eventual sentencia condenatoria importaría incurrir en la causal de cesación ya mencionada, en relación con los numerales 5° y 6° del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales. Raúl Tavorari opta por considerar a las normas de los artículos 256 N°s 5 y 6 y 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales como expresiones del derecho sancionatorio y, como tales, amparadas por el principio de inocencia, el principio de reserva legal y el criterio hermenéutico del *in dubio pro reo*. A ello, agrega que “*la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria, decretada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal, impide que el fallo cuya vigencia queda sujeta a una condición resolutoria, consistente en que no se formule nuevo requerimiento al sujeto ni se formalice una investigación penal en su contra en el lapso de la suspensión, sirva de base o fundamento de sanciones, en tanto no haya transcurrido el período de la suspensión*”.

El autor explora los desafíos actuales de la Policía -a cuyo respecto sugiere, entre otros aspectos, la necesidad de incorporar un modelo de policía comunitaria (o de proximidad)- y luego la situación de los fiscales, defensores y jueces en el actual sistema procesal penal.

Concluye esta parte del libro con una serie de consideraciones históricas y dogmáticas sobre el desafuero de los parlamentarios con una revisión crítica de un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, el cual, según indica el autor, incurre en numerosas insuficiencias al momento de establecer los requisitos que deben concurrir para que se pueda otorgar el desafuero.

En la cuarta parte del libro -medidas cautelares- se analiza la evolución de las medidas cautelares alternativas y la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento simplificado. En cuanto a lo primero, el autor destaca que la ampliación de tales medidas resulta en un desafío para la dogmática procesal, la cual frente a la prisión preventiva reconoce una serie de otras medidas, las cuales son de mayor importancia práctica que la primera e incluyen, en orden de frecuencia decreciente, la presentación ante el juez u otra autoridad, el arraigo, la prohibición de acercarse a la víctima, la prohibición de visitar lugares, el arresto domiciliario, la sujeción a vigilancia, la prohibición de comunicarse, la prohibición de asistir a reuniones y la obligación de salir de la morada. En cuanto a lo segundo, Raúl Tavolari considera “*que no es posible imponer medidas cautelares en el procedimiento simplificado*”, considerando para ello que toda norma que autorice limitaciones a la libertad debe ser interpretada restrictivamente y el que las normas que autorizan la disposición de medidas cautelares personales en contra del imputado exigen que ello ocurra una vez formalizada la investigación, no existiendo esta etapa en el procedimiento simplificado y considerando que el requerimiento no constituye una formalización.

La lectura de este libro nos confirma el gran impacto de la reforma procesal penal, lo que habla de una dimensión dinámica del derecho, la que, normalmente, fue poco considerada en Chile ya que, en oposición a la evolución de las tecnologías, el derecho nacional se abrazó a cuerpos legales más que centenarios. El asumir tal realidad de quietud jurídica como un paradigma de nuestra cultura de pronto comenzó a ser desafiado por la aparición de nuevas instituciones, lejanas a la insular realidad nacional. Era el hado inevitable del impacto de las evoluciones recientes de los sistemas jurídicos, en particular en el ámbito del acceso a la justicia y de la constitucionalización e internacionalización del derecho. Tales derroteros -sumados, en este caso, a la urgencia de los problemas de la justicia penal- permitieron la aparición de respuestas tan profundas como la reforma procesal penal.

El autor revisa la referida reforma con la claridad y la profundidad que le son habituales, reuniendo exitosamente en este volumen textos pertenecientes a diferentes épocas. Se trata de un logrado esfuerzo de sistematización, sin perjuicio de la necesidad de considerar la conveniencia de mantener ciertas discusiones o referencias que, al día de hoy, han perdido actualidad.

Sin duda el presente libro es una importante contribución a la ciencia procesal en Chile. Es una obra rigurosa en lo científico y testimonial de un proceso histórico y de los desafíos que su implementación ha planteado. La ciencia y la realidad se combinan armoniosamente en el texto. No estamos

en el cielo de los conceptos -que denuncia Ihering en “*Jurisprudencia en Broma y en Serio*”- sino en la armónica equidistancia entre práctica y teoría. Bien hace, entonces, a la comunidad de lectores de obras jurídicas esta reimpresión de la primera edición de “*Instituciones del Nuevo Proceso Penal*”, de Raúl Tavolari.