

# V. Fases intermedia y plenaria

## A. INSTRUCCIÓN FORMAL.

### 5.1. Función del juez de instrucción

El legislador ha optado por mantener la denominación INSTRUCCIÓN FORMAL para referir a la etapa del proceso posterior a la celebración de la audiencia inicial, cuyo inicio es a partir de la emisión del auto de instrucción.

La expresión pareciera dar a entender que en esa fase el juez mantiene potestades inquisitivas. En la realidad ello en la sustancia no sucede así, en tanto que la iniciativa en la investigación se mantiene en manos del fiscal. El juez con competencia en la fase de instrucción lo más que puede hacer es sugerir, no encomendar algunas actividades de investigación; la iniciativa la debe tener el fiscal.

Del texto del código es dable entender que la presentación del requerimiento fiscal constituye un supuesto para que la instrucción pueda tener su inicio, no estando facultado el juez de paz para sobreseer en la audiencia inicial tomando como parámetro en mérito de las diligencias de investigación.

Por lo antes dicho la función del juez de la instrucción consiste en velar por el cumplimiento de la legalidad y el respeto de los derechos y garantías de las partes. En el sentido anterior le corresponde autorizar los anticipos de prueba como los actos urgentes de investigación que impliquen afección de derechos fundamentales, así mismo intervenir en los primeros.

### 5.2. Actuación del fiscal en la instrucción

Al fiscal le corresponde la dirección de la investigación, sujetándose a la autorización judicial cuando aquella suponga la afección de derechos fundamentales.

Debe considerarse que las potestades del fiscal tienen su variante atendiendo al momento procesal, de ahí que algunas ubicadas temporalmente antes de la presentación del requerimiento ya no las tiene iniciada la

fase judicial: medidas cautelares como la restricción migratoria, la detención administrativa, medidas que si las pretende debe solicitarlas al juez, resultando al margen de la ley aquellas que provea una vez presentado el requerimiento fiscal.

### **5.3. Contenido del auto de instrucción.**

Si se compara el contenido del auto de instrucción del código del 2008 con relación al código de 1998 se advierten algunas variantes, para el caso ya no se faculta al juez de instrucción para que de inmediato al recibo del expediente revise las medidas cautelares impuestas por el juez de paz, lo que obedece a la necesidad de evitar decisiones contradictorias en los casos que aquella es objeto de impugnación por la vía del recurso de apelación, de manera tal que la decisión del juez de instrucción de variar el sentido de las medidas impuestas en audiencia inicial gire en un sentido distinto del emitido por la cámara de segunda instancia.

Todo lo anterior es sin perjuicio que bajo el procedimiento de revisión de medidas cautelares pueda el juez e instrucción establecer otras consecuencias; no queda en el marco del criterio expuesto si alguna situación extraordinaria se presenta en el momento del recibo del expediente que lleve al juez instructor adoptar alguna variante en las medidas cautelares, claro en tal caso es preciso que esa situación extraordinaria esté debidamente motivada.

### **5.4. Anticipo de prueba testimonial**

La regla general es que las pruebas que han de fundar la sentencia definitiva deben vertirse en el juicio, sin embargo hay circunstancias especiales que hacen temer la pérdida de la posibilidad de la producción de esa prueba de esperarse hasta tal etapa, por lo que en tal evento se justifica su realización en la instrucción dejándose constancia en acta, la que es susceptible de ser incorporada por su lectura en el juicio.

El anticipo de prueba implica que las condiciones del juicio se trasladan al momento de su realización: jurisdiccionalidad, contradicción. Una característica de esta figura procesal es la jurisdiccionalidad, la que rige no sólo para autorizar su realización, sino además para la realización del acto en sí, aspecto que no es indispensable en los casos de actos urgentes de investigación.

En el sentido anterior la presencia judicial se exigirá en diligencias de anticipo, para el caso cabe referir la recepción de testimonios o la práctica de reconocimientos, que tiene en común la intervención de un testigo quien expresará lo que sabe.

El art. 305 al establecer las situaciones que pueden dar pie al anticipo tiene como novedad referir de manera expresa algunas que en la práctica han sido discutidas, a los fines de pacificar las diversas interpretaciones que se han dado con relación al mismo.

Circunstancias como la enfermedad grave o el peligro de amenaza sobre el testigo se han abordado tradicionalmente como supuestos para el mismo.

Algunas situaciones pueden entenderse incluidas por una formula genérica que funde la necesidad del anticipo, sin embargo en aras de pacificar las interpretaciones en derredor de este instituto se ha optado por referir a algunos supuestos concretos.

Para el caso se entiende que hay base para el anticipo en las circunstancias que las amenazas se extiendan a parientes del testigo. En realidad según las circunstancias propias del caso, el temor de un testigo puede resultar más efectivo cuando la amenaza se cierne a sus parientes que a sí mismo. A los fines de evitar una interpretación desproporcionada es que la regulación se refiere a parientes muy cercanos como padres, hijos, hermanos, cónyuge.

El supuesto de falta de residencia en el país o la proximidad a abandonarlo constituye una situación de relevante importancia en El Salvador dado que por un lado existe una cantidad de salvadoreños residentes en otros países, especialmente Estados Unidos de América, que suelen viajar, circunstancia que lo vuelve potenciales testigos de hechos delictivos.

La no disponibilidad del testimonio para el juicio en caso de no anticipar la prueba puede constituir una circunstancia que impida esclarecer un hecho.

Cuando se trata de una persona residente legalmente al menos puede resultar localizable una persona y ser examinada vía suplicatorio.

Una realidad que no puede ser pasada por alto es el hecho que

muchas personas emigran de manera ilegal, por lo que las dificultades de localización y por períodos de tiempo largos son potenciales. Esa inminente indisponibilidad de una persona para declarar como testigo justifica que su expresión se reciba anticipadamente.

Otros supuestos novedosos son los casos de rebeldía o de incapacidad sobreviniente. Estas dos figuras implican la posibilidad que el proceso se mantenga en suspenso en períodos de tiempo que pueden ser extensos.

Las pruebas personales tienen el defecto que el transcurso del tiempo puede significar la posibilidad que circunstancias como el temor, las amenazas, la memoria hagan modificar la versión testimonial dada en un juicio, o en otros casos resultar imposible: la muerte, incapacidad mental absoluta.

Tal suspensión del proceso quien sabe si dura por años. La posibilidad de pérdida de información constituye una razón más que suficiente para optar por anticipar la declaración.

Otro supuesto que se incluye es el de los menores de doce años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico, que evalúe su condición física y psicológica.

En realidad el tema del testimonio de los menores de la edad referida constituye un aspecto muy delicado. Del dicho de los menores se ha hecho afirmaciones en sentido contrario, por un lado que “los menores no mienten”, otros que bajo ciertas condiciones un niño puede bajo la influencia de la fantasía crear una historia falsa.

Debe considerar que los menores son altamente sugestionables, por el transcurso del tiempo pueden variar su expresión en torno a un hecho.

Es de considerar el obvio detrimento de su memoria con respecto a un hecho por el paso del tiempo como consecuencia de que al tener una limitada experiencia sobre la vida la capacidad de retención es menor que si se relaciona con respecto a la de un adulto, a lo que es de adicionar un aspecto muy fundamental cual es la influencia bajo lo que se pueda encontrar en el período de tiempo anterior al juicio, por ejemplo el contacto con miembros de su familia los que al tener un punto de vista con relación al hecho pueden influir y con ello contaminar la evidencia

que pudiera proporcionar el menor.

En otro orden de ideas debe decirse que enfrentar al menor al escenario judicial constituye en muchas ocasiones una razón para revictimizarlo, de ahí que la práctica de un examen psicológico se vuelva necesario. El mismo tendrá como función conocer la capacidad cognitiva del menor como lo relacionado al trauma que puede significar el relacionarlo en un escenario exigido para la celebración de un juicio.

Para los efectos de lo anterior es que el código prevé la grabación audiovisual de la declaración, lo que sumado a las exigencias de contradicción en la diligencia permitirán que el tribunal sentenciador tenga una inmediación aunque no directa, indirecta que le permita una valoración, y con ello lograr un equilibrio entre buscar traumatizar lo menos posible a un menor con el interés del procesado de defenderse.

En cada caso el tribunal sentenciador habrá de valorar la necesidad de hacerlo comparecer al juicio.

### **5.5. Prórroga del plazo de instrucción.**

En materia de fijación de plazo de instrucción el juez instructor mantiene el control en sentido de estimar el que corresponde, claro respetando el máximo de seis meses.

La versión del código de 1998, al regular esta figura resultó en su redacción muy confuso lo que generó diversas interpretaciones, las que van desde aquella que cualquier ampliación que no rebasara los seis meses podía hacerla el juez de instrucción, por lo que la intervención de la cámara de segunda instancia lo es para ampliar después de transcurridos los primeros seis meses.

Otra interpretación ha girado en torno a que independientemente si el plazo originalmente dado sea de seis meses o menos (tres meses por ejemplo), cualquier ampliación debe ser otorgada por la cámara de segunda instancia.

La confusión probablemente se generaba en el hecho que el art. 275 del código de 1998 determinaba que el juez de instrucción dentro del plazo de instrucción podía modificar la fecha de la audiencia preliminar. En el punto anterior es de advertir que una cosa es establecer la facultad

de modificar la fecha de audiencia preliminar y otra ampliar el plazo de instrucción.

Como un mecanismo tendiente a evitar diversas interpretaciones, y con ello apostarle a seguridad jurídica, se optó por establecer un procedimiento en que quede claro el alcance de lo que compete al juez instructor.

En el sentido anterior será el juez instructor quien fijará dentro de los seis meses como máximo el plazo de instrucción, por consiguiente el mismo no necesariamente será el máximo antes referido.

A los fines de hacer menos burocrático el trámite y que el juez instructor está más cercano a la investigación que la cámara de segunda instancia es que se le faculta a aquél para que valore o no la procedencia de la prórroga y en su caso sea su decisión la que al final determine si cabe acceder o no, y sólo en caso de negativa es que se faculta a la cámara para examinar la decisión vía recurso de apelación.

Como una limitante en plazo a conceder como prórroga se establece que no puede ser superior al originalmente solicitado por el fiscal

## **5.6. Valor de las actuaciones de la instrucción.**

Partiendo del principio de oralidad las pruebas vertidas en el juicio son las que han de fundar la sentencia definitiva; sin embargo ante la posibilidad que la totalidad de los actos productores de información relevante en una investigación pueda ser desarrollada en el juicio, se establece que actas relativas a investigaciones de la instrucción puedan ser introducidas en el juicio por lectura.

El art. 311 inc. 2 establece ***“Sólo los medios de prueba reconocidos en este Código tendrán valor para probar los hechos en el juicio; las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor”*** disposición que debe entenderse en relación a lo que dispone el art. 372 que establece a lo que puede ser introducido por su lectura al juicio.

Cuando el legislador refiere a tener valor debe entenderse que se trata de supuestos que ingresan en el menú de informaciones que el juzgador podrá considerar, lo que no significa que necesariamente se habrá de tener por cierto, debe considerarse que una información se

vuelve más confiable en la medida que es sometida a contradicción-.

El art. 372 hace referencia a actividades en que hay presencia de juez (anticipos de prueba) como otras en que no lo hay. Es importante advertir que uno de los principios que operan en el juicio es el de contradicción.

En la prueba anticipada, dado que se configuran principios como el de jurisdiccionalidad (un juez lo realiza), de contradicción (presencia del defensor del imputado, salvo circunstancias excepcionales) pueden ser menos los cuestionamientos a los efectos de valoración; pero en los actos urgentes de investigación si bien la lectura de las actas (registro, inspección, intervención corporal) está permitida, dado que las mismas contienen diversos aspectos como descripción de lugares, narración de hechos, la necesidad de someter a contradicción, lo que ahí se expresa determina la necesidad que los intervinientes en tales diligencias declaren el juicio. Debe tenerse en cuenta que la aproximación a la verdad puede lograrse únicamente a través de un procedimiento contradictorio en que el testigo pueda aportar información no sólo como derivado de las preguntas formuladas de parte de quien lo ofreció como declarante, sino además de las realizadas por la contraparte, o en palabras de FERRAJOLI que la tesis afirmativa (modus ponens) tenga como contrapartida una tesis que la refute (modus tollens).

### **5.7. Medidas cautelares.**

En este capítulo las variantes que se presentan giran en torno a la vinculación del imputado al proceso.

Como se advertirá, en algunos casos se mantiene y en otros por primera vez, la facultad del fiscal para que pueda ordenar algún tipo de medidas cautelares, sin embargo no queda ello sujeto a una situación indefinida, por cuanto en un plazo corto el control judicial determinará atendiendo a los principios propios de las medidas cautelares, si compete o no ratificarla.

### **5.8. Caso especial para inquirir**

Éste constituye un supuesto que en apariencia pueda entenderse como un resabio del legislador, pues ya existía en los sistemas en que la investigación durante la fase judicial estaba a cargo del juez (Código Procesal Penal derogado que estuvo vigente desde 1974) como el que

se estableció a partir de 1998.

El art. 322 se refiere a un supuesto de comisión de un hecho delictivo en que haya si bien dentro del universo de un grupo de sujetos, uno o algunos han sido los intervinientes, pero no es posible individualizarlos.

En ese sentido se dice ***“Si en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas, no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables...”***. La disposición por un lado busca un mecanismo de eficacia en cuanto a evitar que quien cometió el hecho pueda huir y por otro, dado que se trata de una decisión muy delicada, en tanto que no hay una sospecha individualizada, deberá ser únicamente la decisión de un juez la que la determine.

Este caso tiene un carácter especial, en tanto que requerirá una decisión del juez bajo un trámite urgente y al ser una medida cautelar deberá ser fundada. Naturalmente que cada caso generará una propia secuencia, desde aquellos en que al juez se le pueda presentar un acta para resolver, a aquellos en que la expresión de quien la solicita sea de manera verbal, y el juez reciba ello y a su vez en la misma disponga la medida en referencia, debiendo documentar ello en acta.

## **5.9. Detención en flagrancia**

El legislador ha mantenido una flagrancia amplia. La variante que presenta el código para no limitar a veinticuatro horas algunos supuestos como es la persecución, la que por consiguiente, en la medida que sea continua no está limitada a tal período de tiempo.

## **5.10. Orden de restricción migratoria.**

El art. 325 establece la posibilidad que el fiscal pueda emitir una orden de restricción de salida del país en contra de un imputado.

Atendiendo a lo que dispone el art. 5 de la Constitución ***“Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca”***.

El proceso penal va exigiendo en sus diversas fases la presencia del imputado, de ahí que ante la ausencia de éste, no puede continuar el



trámite. Ni la audiencia preliminar ni el juicio puede realizarse en ausencia del procesado (salvo el caso de quien por segunda vez niega comparecer a la primera).

A los fines de garantizar la presencia del procesado normalmente se adopta la orden de restricción personal, la que puede ser ordenada por el fiscal, pero está sujeta a que posteriormente el juez determine si debe o no continuar.

La restricción migratoria gira en torno a la búsqueda del mismo fin, aunque supone una afección en menor grado por cuanto al menos deja abierta la posibilidad que el afectado pueda circular libremente dentro del país. Naturalmente que no hay óbice que a una orden de restricción de la libertad personal sea aparejada la de orden migratorio.

La libertad de circulación contempla varios supuestos: entrar, permanecer, salir. La medida en comento afecta a la última, por lo que su ámbito no es amplio.

El constituyente deja una libertad de configuración al legislador, claro en cada caso debe respetarse la proporcionalidad. Tal proporcionalidad supone necesariamente que haya circunstancias que funden la medida, en esos términos el fiscal deberá ordenarla pero por resolución motivada que deje plasmada por un lado las circunstancias en que se basa la imputación y por otro las que evidencian el peligro procesal.

Tal criterio de proporcionalidad está sujeto al control judicial en la medida en que una vez ordenada, en el plazo de setenta y dos horas debe someterse a ratificación judicial.

Ante el cuestionamiento que pudiera advertirse acerca de la constitucionalidad de esta medida, cabría decir lo mismo con respecto a la detención administrativa, medida que en términos de afección a la libertad resulta ser de mayor intensidad. Si es permisible la prisión preventiva que es una medida de mayor intensidad se desvanece la refutación a cualquier idea que cuestione a otra de menor intensidad como es la restricción a la posibilidad de salir del país.

La intervención judicial tiene dos ámbitos cronológicos que es preciso distinguir en razón de los alcances. Si se da en un momento anterior al requerimiento fiscal la decisión judicial tiene un ámbito

temporal de diez días. En la medida en que hay decisiones que afectan derechos fundamentales de las personas los plazos para someter el proceso a la fase judicial se reducen, aspecto que a su vez funda la necesidad de imponer la sujeción a plazos de restricciones a la libertad de tránsito.

Naturalmente que ya una vez el proceso se encuentra en la fase judicial no hay óbice para que el juez pueda ordenarla, sin que ello esté sujeto a los plazos cortos de la disposición legal, por ejemplo puede optarse por aplicar alternativamente o sustituir la prisión preventiva por la restricción migratoria y ésta quedar de acuerdo a los plazos del proceso y al régimen de la revisión de medidas cautelares.

### **5.11. Detención administrativa**

De igual manera que en el caso de la restricción migratoria, para el caso de la detención administrativa se establece un control cierto de la actividad del fiscal.

En el código de 1998 tal facultad no tiene un claro control, por cuanto si bien se establece la obligación de presentar requerimiento fiscal, únicamente en el caso que como resultado de la orden administrativa se logre la captura del procesado como efecto del término de la detención administrativa se genera un plazo corto de tiempo para electo.

El legislador ha entendido que por razones estratégicas no puede establecerse un período tan corto, porque debe tenerse en cuenta que la orden puede estar referido a un número elevado de personas, y que su ejecución requiera de varios días; a los fines de potenciar esa eficacia pero por otro lado la seguridad jurídica, en cuanto a que no sea una autoridad no judicial quien restrinja derechos que se vinculan a un proceso penal es necesario establecer un plazo para requerir judicialmente, ello a partir de la emisión de la orden.

En cuanto a la contabilización de los diez días habría que entenderlos corridos pues está en juego la libertad de una persona. La contabilización del plazo de forma corrida está en sintonía con el hecho que una orden de captura existe tanto en días hábiles como en no hábiles.

### **5.12. Detención por inquirir**

La variante que presenta el código en este tópico es en relación al inciso segundo del art. 328 Pr. Pn. que refiere que ***“Si en requerimiento el fiscal no solicita la imposición de medidas cautelares, el juez deberá ordenar la inmediata libertad...”***

Siempre ha planteado la polémica en torno a qué debe decidir el juez de paz cuando le es presentado el procesado a su orden. En este caso el legislador ha sido claro en indicar que la prisión por inquirir procederá cuando el fiscal lo solicite, por lo que por contrario sensu, cuando no se solicite se impone la libertad.

### **5.13. Detención provisional**

En esta parte el código no presenta más novedades que la corrección de la redacción de los supuestos de la prisión preventiva, y ello es en el sentido que la misma exija nada más que la existencia de elementos de prueba indicativos de la probable comisión de un delito, no hay referencia una certeza, dado el estado procesal en que se provee.

### **5.14. Medidas alternativas o sustitutivas.**

En este tema se ha dispuesto mantener el régimen de prohibición legal de las medidas sustitutivas, art. 331.

Sobre este punto debe advertirse que si bien la Sala de lo Constitucional (**Inconstitucionalidad 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006** doce de abril de dos mil siete) al examinar la constitucionalidad de la disposición que de forma equivalente está en el código de 1998 (294 inc. 2), ha expresado que no riñe con los principios de igualdad, presunción de inocencia, a su vez ha afirmado la necesidad de motivar las decisiones judiciales.

En el tema de la motivación es de considerar que el Art. 144 Pr. Pn. regula: ***“Es obligación del juez o tribunal fundamentar las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. Igual obligación tendrán cuando tomen sus decisiones en audiencia.***

***La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, en todo caso se expresarán las razones de la admisión o no de las pruebas, así como la indicación del valor que se le otorgue a las que se hayan producido.***

*La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.*

*La falta de fundamentación producirá la nulidad de las decisiones”*

La anterior disposición legal se ve confirmada por el Art. 320 Pr. Pn. que establece: *“Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación”*.

Con relación al tema de la fundamentación la **Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** en la resolución emitida a las nueve horas del día veintitrés de diciembre del dos mil tres, en el proceso de Amparo marcado bajo el número 674-2001, ha expresado que la motivación cumple múltiples finalidades: *“a) permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública y las partes; b) hace patente el sometimiento del Juez al sometimiento de la Constitución y las leyes; c) logra el convencimiento de las partes sobre la justicia de la decisión judicial; eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer los fundamentos de su contenido; d) garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos, y e) potencia el derecho de defensa.*

*Con ella se evidencia que la obligación de motivar las resoluciones judiciales no es un mero formalismo procesal, sino que, al procurar sumisión del juzgador al imperio*

*de la Constitución y la leyes, disminuye la posibilidad de arbitrariedad en sus proveídos, logrando que en la tramitación de los procesos sometidos a su conocimiento, se maximice la observancia de las leyes referidas”*.

En tal sentido al analizar la resolución de la **Sala de lo Constitucional** en el proceso de inconstitucionalidad se puede advertir que lo que la misma determina es la no contradicción de la prohibición establecida por el Legislador en el Art. 294 Inc. 2º Pr. Pn., con relación a los Art. 3, 12 y 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana de derechos Humanos.

La Sala reconoce la constitucionalidad de la prohibición considerando que la misma obedece a una aplicación excepcional, pues solamente tiene lugar al tratarse de determinados delitos que se encuentra taxativamente regulados en el artículo, sin embargo debe de ser vista de manera integral y no puntualizada, pues la misma no se limita solamente a declarar que el Art. 294 Inc. 2° Pr. Pn., no es contrario a las disposiciones Constitucionales en mención, sino que además se plasman consideraciones como que la misma no es automáticamente aplicable, debiendo de fundamentarse la resolución que la imponga.

En el anterior sentido la **Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, en el romano V número 2, se refirió que: *“De la lectura del inciso 2° ha establecido la prohibición de sustituir la detención provisional del artículo 294 del C. Pr. Pn. se desprende que, en efecto, el legislador por otras medidas; lo cual, visto desde una perspectiva afirmativa implica que las medidas cautelares que afecten la libertad personal como la sujeta a análisis deben fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes. Todo en relación con los requisitos ya indicados.*

*Ello significa que, para imponer la detención, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer la medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el Art. 292 del C. Pr. Pn., referidos al Fumus Boni Iuris y el Periculum In Mora.*

*Por tanto, la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, tanto en lo relativo al fumus boni iuris como al periculum in mora, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican su adopción; por un lado, la libertad de una persona cuya inocencia se presume, y por otro, la realización de la administración de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente”. (el subrayado es nuestro).*

En el romano VI número 3, la Sala expresa: *“..., en cualquier caso, incluyendo los contenidos en el Art. 294 Inc. 2° Pr. Pn., las medidas cautelares y, por supuesto, al tratarse de la aplicación de la detención provisional ya sea en forma explícita o implícita su motivación*

*debe establecer la razonabilidad o ponderación de la misma como resolución jurisdiccional, en cumplimiento de la referida disposición y, en cumplimiento de los parámetros expresados por el Art. 292 Pr. Pn., con un énfasis en la ponderación razonable de los presupuestos habilitantes de la medida, siempre en función del aseguramiento de sus objetivos procesales, tal como se ha indicado en esta sentencia; ya que en ningún caso las disposiciones de una ley, en especial las de procedimiento jurisdiccional, pueden tener aplicación sin razonamiento o sin justificación fáctica, particularmente en materia procesal penal, cuando se trata de restringir la libertad de una persona”.* (el subrayado es nuestro).”

Lo anterior significa que el criterio de la **Sala de lo Constitucional** en el tema de la imposición de la medida cautelar de la detención provisional, es que la motivación de la misma es imprescindible, estableciendo que debe **fundamentarse** la resolución que impone la medida privativa de libertad en hechos concretos que rodean al caso, haciendo referencia a los dos presupuestos legales (**Fumus Boni Iuris** y **Periculum in Mora**).

Sobre esa base, para la imposición de la detención provisional no basta solamente con citar algunos de los elementos contenidos en los Art. 329 e incluso en la prohibición del 331 Inc., y aplicarlos de manera directa y automática por que se cumple con alguno de ellos como sería el caso de la prohibición de aplicar medidas sustitutivas en caso que el delito imputado sea de homicidio, pues la aplicación de la misma debe de ser analizada y fundamentada de manera lógica y coherente, haciendo énfasis en las circunstancias específicas del caso en concreto.

En los términos anteriores la referida resolución debe leerse no en un contexto aislado sino sistemático, por consiguiente no conducir a la existencia de resoluciones inmotivadas en cuanto referir a los presupuestos de peligrosidad procesal (peligro de fuga, peligro de obstaculización de la investigación) como base para decretar la prisión preventiva.

Otra de las variante estriba en el uso de conceptos sustitutivo o alternativo. La variante es en relación al hecho que cuando un juez se encuentra en el supuesto de imponer por primera vez una medida cautelar relativa a garantizar la comparecencia del procesado, no es preciso imponer primeramente la prisión preventiva para luego sustituirla. En realidad el juzgador puede optar por imponer cualquier medida distinta de la

prisión preventiva sin requerir a la formula de tener que referir primeramente a la prisión. Lo anterior tiene su sustento en el hecho que sobre la base del principio de proporcionalidad el juzgador debe escoger de entre aquellas medidas la que le resulte idónea para conseguir el fin (asegurar la presencia del procesado), en tal sentido deberá tener como primera opción aquellas menos lesivas, de ahí que si se opta por una distinta de la prisión preventiva es porque esta última no fue precisa considerarla. Cuestión distinta es cuando la prisión preventiva existía y se ha dispuesto optar por alguna distinta, caso en el que tiene sentido aludir a sustitución de la referida medida cautelar restrictiva de la libertad.

### **5.15. Internación provisional**

En cuanto a esta medida cautelar el cambio estriba en cuanto a que la peligrosidad del sujeto como derivado de su estado mental sea alternativo y no concurrente con el peligro ya sea de fuga o de obstaculización de la investigación.

En la redacción del código de 1998 parece dar a entender que deben ser concurrentes, lo que no tiene sentido.

### **5.16. Revisión de medidas cautelares.**

En este tópico se ha optado por evitar la exigencia de que cada tres meses se revisen la medidas cautelares impuestas al procesado, y que sea la petición de las partes la que vaya determinando la celebración, claro en cualquier caso tiene el juez la potestad de calificar el carácter dilatorio de la solicitud, supuesto en el cual tendrá la posibilidad de denegarla.

Además de lo anterior para exigir un mayor grado de responsabilidad de quien peticiona la revisión, la ausencia injustificada dará lugar a tener por desistida su petición.

### **5.17. Recursos sobre medidas cautelares.**

En materia de medidas cautelares se mantiene el criterio en cuanto a otorgar controles en las decisiones que se emiten, es en tal sentido que a diferencia de otro tipo de decisiones se franquea la posibilidad de plantear el recurso de revocatoria, quedando luego previsto el Recurso de Apelación.

Debe advertirse que cuando la detención se ordena en forma oral, y dado que la revocatoria se plantea de forma oral no queda vedada la posibilidad de recurrir en apelación por el simple hecho de no haber anunciado la apelación. En este punto como más adelante se dirá la apelación subsidiaria se dispone únicamente para los casos en que resulta admisible la revocatoria por escrito.

Un aspecto importante que significa variante es en torno a la impugnabilidad objetiva al generar mayor claridad, en cuanto a que cualquier decisión que imponga, o deniegue cualquier medida es apelable. En el orden de lo anterior es impugnabile aun aquellas decisiones del juez de paz en que no ordena ningún tipo de medida cautelar.

## **B. Del sobreseimiento y la audiencia preliminar:**

### **5.1. La naturaleza del sobreseimiento. Instrumentalización conclusiva de la fase de instrucción.**

Es una cuestión fundamental la ubicación del sobreseimiento como institución en el proceso penal, el mismo tiene por naturaleza ser una fase conclusiva del merito de las investigaciones es decir que solo procede una vez que la investigación ha sido completada debidamente, y por lo cual puede tenerse un panorama suficiente respecto de la existencia del hecho que se ha investigado y de la participación de la personas a quienes se había imputado la ejecución de la conducta delictiva<sup>83</sup>. En la mayoría de los supuestos que se establecen para el dictado del sobreseimiento cuando se trata del definitivo, que el hecho no ha existido, que no constituye delito, que no ha participado en el mismo el imputado, cuando no es posible fundar la acusación finalizada la investigación, cuando se encuentra excluida la responsabilidad penal, se requiere de una investigación completa para afirmar con un grado aceptable de razonabilidad la procedencia de cualquiera de esas causales.

Lo anterior justifica el por que el sobreseimiento no es una institución que pueda funcionar debidamente cuando se ubica al inicio de la investigación en fase judicial, por cuanto ni el término administrativo, ni el término de inquirir suponen un tiempo suficiente para investigar plenamente la ejecución de un hecho delictivo, claro esta que estamos

**83.** Por ejemplo PEDRAZ PENALVA Ernesto MARTÍNEZ LAZARO Javier "Comentarios al Código Procesal Penal" Tomo II. Op cit p 205; con toda claridad sobre el tema LÓPEZ ORTEGA Juan José en CASADO PÉREZ José María y otros "Código Procesal Penal Comentado" Tomo II. Op cit p 308.



hablando de una investigación asumida, seriamente, con responsabilidad, no en la percepción de meros indicios, o de valoraciones subjetivas o del merito de las primeras investigaciones, la investigación penal requiere de una mayor rigurosidad, por cuanto se trata de la determinación de si

se ha cometido un conducta delictiva o no, y de establecer quienes son los autores y partícipes de la misma, esa es la razón fundamental de por que el sobreseimiento se ubica, no en la fase inicial de las investigaciones,

sino en la fase de instrucción. En el caso del sobreseimiento provisional el mismo se corresponde con la finalización de las investigaciones cuando cumplidas éstas, no es posible fundar la acusación, pero existen probabilidades de que puedan incorporarse elementos con carácter probatorio si se practican posteriores actos de investigación que no se han podido realizar.

## **5.2. El sobreseimiento definitivo y provisional. Su dictado excepcional en otras etapas.**

Lo que conviene resaltar del sobreseimiento definitivo y provisional es la oportunidad de su dictado, la reubicación de la institución genera efectos importantes sobre las actuaciones de los operadores, básicamente de la actividad de los jueces. Así debe indicarse sin ambages que el juez de paz se encuentra imposibilitado de dictar sobreseimiento provisional como consecuencia del conocimiento de los meritos de la investigación en la audiencia inicial, esa facultad le ha sido suprimida por que la ley no la contempla.

En el caso de los sobreseimientos definitivos también el juez de paz se encuentra imposibilitado de dictar el mismo por las causas que aparecen nominadas en los numerales del uno al tres, como se expresó, el establecimiento de estos supuestos requiere de una investigación. La única posibilidad de que el juez de paz dicte un sobreseimiento definitivo es en relación al número cuatro que comprende las causas de extinción de la acción penal, las cuales si pueden ser objeto de pronunciamiento por su peculiaridad y por aparecer la mayoría de ellas como atribuciones posibles de realizar por el juez de paz en la audiencia inicial.

Recuérdese que la extinción de la acción penal, del 350 N° 4 CPP se relaciona debidamente con el artículo 31 CPP y supuestos comprendidos en el mismo se desarrollan por el juez de paz, como lo tiene previsto el mismo inciso final del artículo 350 precitado, de tal manera que esas serían las causales previstas para el dictado del sobreseimiento definitivo.

Si debe añadirse otro motivo de prescripción de la acción penal por vía de la aplicación sistemática de la ley, y es el nominado como sexto en el artículo 31 CPP el caso del criterio de oportunidad, la razón de procedencia es que el juez de paz puede pronunciarse sobre el mismo, como queda establecido en el artículo 295 N° 2, 300 N° 2 y el artículo 20 CPP.

### **5.3. Control del sobreseimiento y sus efectos. Modificaciones.**

El sobreseimiento puede ser objeto de control por vía de la apelación, el énfasis de lo dicho, aunque parezca una perogrullada, es menester expresarlo, para despejar dudas, ello indica que contra el sobreseimiento por ser una decisión que versa sobre el fondo de la cuestión jurídica no procede la interposición del recurso de revocatoria, el cual únicamente se deduce contra incidentes o cuestiones interlocutorias (art. 461 CPP) En tal sentido, la vía de control del recurso del sobreseimiento definitivo como provisional es la apelación, artículo 354 CPP y la variante respecto de las medidas cautelares responde a la gravedad del delito y no a la clase de sobreseimiento.

### **5.4. La admisibilidad de la acusación.**

En lo relativo a la acusación la modificación más esencial la ha sufrido su forma de control, el código anterior establecía una nulidad del acto, cuando el mismo no cumplía los requisitos previstos para su presentación (art. 314 CPP-1996) ciertamente se trataba de una nulidad absoluta cuando la afectación de la misma se vinculaba al derecho de defensa (por ejemplo en la indeterminación de los hechos); ese aspecto se ha modificado sólo en su forma de control, se ha escogido en lugar de la nulidad, la inadmisibilidad, como acto que permita garantizar una adecuada presentación de las acusaciones. Empero el motivo de nulidad como tal, como motivo sustantivo se mantiene pero para otras formas de control que tienen un trámite diferente, precisamente el de la nulidad absoluta cuando lo son por infracción de garantías constitucionales y el control casacional que también permite anular vicios improcedendo.

### **5.5. El carácter distintivo de la audiencia preliminar respecto de la fase instructoria.**

La configuración que ha tenido la audiencia preliminar pretende

marcar una más clara separación de la etapa de instrucción, los problemas que se habían presentado conforme al modelo diseñado en el código anterior, era la menor nitidez en la separación de ambas fases, lo cual terminaba afectado el transcurso de la etapa de instrucción en cuanto a la duración del plazo de la misma, se ha tratado en el texto actual de mejorar ese aspecto, lo cual se ve reflejado en algunas normas, por ejemplo en el auto de instrucción formal a diferencia del código anterior (art. CPP-1996) no se fija la fecha de la audiencia preliminar (art. 302 CPP); en la prórroga del plazo, la Cámara de segunda instancia tampoco fija un plazo para la audiencia preliminar si se admite la prórroga; y en el art. 355 se reconoce claramente que la proposición de los acusadores es posterior al vencimiento de la instrucción.

#### **5.6. La posibilidad de realización de la audiencia preliminar sin la presencia del imputado.**

La realización de la audiencia preliminar sin la presencia del imputado no tiene una configuración amplia, queda limitada al caso de los imputados detenidos que por motivos propios decide no comparecer a la celebración de la misma; se requiere por la ley “incomparecencia por segunda vez” debido a la negativa del procesado detenido a comparecer a la audiencia, es en este caso en el cual acreditado fehacientemente este aspecto por informes fidedignos de que por decisión propia del encartado se niega a ser trasladado a la audiencia, el juez puede desarrollar tal acto sin la presencia del inculcado.

#### **5.7. El ejercicio de las facultades de las partes civiles en la etapa intermedia.**

Es una cuestión fundamental que la preparación de la instrucción pueda ir desarrollando toda la actividad de investigación y de ubicación de fuentes probatorias, respecto del ejercicio de la responsabilidad civil. Precisamente por ello, en la etapa intermedia, las facultades de las partes civiles quedan debidamente delimitadas a efectos de que en el debate, la cuestión civil pueda ser conocida de manera eficaz. Así se establece como requisito en el dictamen de acusación, el ofrecimiento de prueba en el orden civil para ser incorporado en la vista pública (art. 356 N° 5 CPP) y como facultad de las otras partes civiles se garantiza por un lado la ratificación de la pretensión civil (en el caso del actor civil) y el ofrecimiento de las pruebas conducentes tanto para el actor como para el civilmente responsable, art. 358 N° 14 CPP. Lo cual encuentra su

correspondencia con las resoluciones que podrá pronunciar el juez de instrucción entre ellas: “admitirá o rechazara la prueba ofrecida para la vista pública” y “admitirá o rechazará la constitución de las partes civiles o ratificara su actuación como tales” art. 362 N° 10 y 13.

### **5.8. El control sobre la falta de acusación.**

Sobre la falta de acusación se sigue manteniendo un sistema que permite desarrollar el control del juez sobre la actuación del fiscal, sin que por ello la autoridad judicial pueda irrogarse la facultad de perseguir oficiosamente el delito, en tal sentido se permite al juez de la causa ante una falta de acusación del ministerio fiscal, fundar la disconformidad. Ahora bien, los derechos de las víctimas se encuentran suficientemente garantizados por cuanto, en este caso el ejercicio de la acción penal sufre una modificación, por cuanto ya no se trata de un modelo de querella adhesiva como al inicio de la promoción de la acción penal, aquí se transforma en un modelo de querella conjunta, en la cual no importa si el fiscal acusa, el querellante tiene reconocido por la ley la facultad de continuar con la acusación, lo cual permite mantener el equilibrio del ejercicio del poder punitivo por cuanto hay un acusador distinto al juzgador, y se permite por el sistema de querella conjunta el acceso a la justicia por parte de las víctimas.

## **C. Fase plenaria, juicio y procedimiento por jurados.**

**5.1. Delimitación del conocimiento unipersonal y colegiado. Tramitación.** Los tribunales de sentencia han sufrido una importante modificación en cuanto a su integración, el tribunal colegiado se ha reducido a unos supuestos particulares (los enunciados a partir del inciso segundo del artículo 53 CPP) y el tribunal de sentencia unipersonal tiene una mayor extensión para el conocimiento de los hechos. Es por ello que el artículo precitado inciso final determina que la tramitación de la fase plenaria le corresponde a uno sólo de los jueces cuando se trate de causas sometidas al conocimiento del jurado o excluidas del tribunal en pleno, lo cual se completa con la reglamentación sobre el señalamiento de vista pública prevista en la parte final del artículo 366 CPP.

### **5.1.1. La solicitud de audiencia para denegación de pruebas.**

Aspecto importante es la nueva facultad que tiene el tribunal de sentencia para conocer de los casos de in admisibilidad de pruebas.

Para ello se requiere necesariamente que la parte que se dice perjudicada haya ofrecido en su momento la prueba pertinente, que la misma se le haya denegado y que ante tal resolución haya interpuesto revocatoria, sin que

la misma se le haya resuelto favorablemente. Si se colman los presupuestos se habilita para que el tribunal de la fase plenaria señale una audiencia en la cual se examinará los meritos del ofrecimiento de pruebas, si la parte solicitante no concurre la petición se tiene por desistida. En la misma forma habrá de procederse cuando se trate de prueba sobrevenida, que es el caso previsto en el artículo 366 inciso cuarto, pero en este caso el solicitante deberá acreditar al tribunal el desconocimiento razonable del elemento de prueba que propone.

### **5.1.2. Las formalidades de la estipulación de prueba.**

Un aspecto relevante es el reconocimiento de las estipulaciones probatorias, las cuales abarcan, la prueba pericial, la prueba documental y la prueba de objetos, el significado de la estipulación es acordar de forma unánime la admisión o en su caso la producción de un elemento de prueba de los medios relacionados, con lo cual se evita la realización del trámite previsto por la ley, por ejemplo que declare el perito, que se lea el documento, que se exhiba el objeto, el merito de la calidad de la prueba, no puede ser estipulado, ese es un aspecto que será objeto de la deliberación, de tal manera que la estipulación significa entre nosotros simplemente el abreviamiento del proceso de admisión o incorporación de una prueba. Su fundamento general se encuentra en el artículo 178 CPP el cual ha de vincularse a los medios de prueba respectivo a los cuales les es aplicable.

### 5.1.3. El control de las objeciones.

También en este punto se ha avanzado en el sentido de reconocer expresamente la ley, una reglamentación más detallada de las objeciones

y su forma de control, las mismas se encuentran previstas con exclusividad para las declaraciones de la personas. La objeción es un mecanismo de control de parte respecto del interrogatorio de la contraparte, se establece como requisito de admisibilidad implícito la oportunidad y la especificidad.

La no objeción oportuna implica renuncia del derecho, empero la información probatoria siempre puede ser objeto de un control posterior

(en la valoración); es posible objetar no solo que se declara, sino su comportamiento, conducta del declarante, o formas de expresión no verbales.

Para entender el supuesto de procedencia de la objeción, ha de atenderse a las preguntas permitidas, lo están en el interrogatorio directo están prohibidas por regla general las preguntas sugestivas, las cuales si están permitidas al contrainterrogador (art. 209 inciso 5 CPP) se encuentran prohibidas para todo tipo de interrogatorio las preguntas capciosas e impertinentes, encuentran prohibidas para todo tipo de interrogatorio las preguntas capciosas e impertinentes, regla del artículo antes citado. Se determina un control de objeción a las respuestas extensivas del testigo. También quedan prohibidas las respuestas especulativas, lo cual lógicamente prohíbe este tipo de preguntas (artículo 210 inciso final CPP). Se admite la procedencia de las llamadas objeciones continuas (artículo 210 inciso segundo CPP). El trámite de la objeción es sumarísimo,

se opone, se adjudica, en su caso se resuelve la denegatoria de la pregunta

o su nueva formulación, admitiéndose revocatoria de la adjudicación.

#### **5.1.4. La declaración del perito como opinión experta.**

En relación a la prueba pericial, el cambio es significativo en el sentido que permite en alguna medida superar un paradigma en el sistema, el cual es que el perito no emita opinión, al contrario como consecuencia de tratarse realizada por un experto con un rigor determinado, en un área especializada, es menester exigirle al perito que su declaración sea en términos de opinión, según los alcances de su ciencia, disciplina, técnica

o arte, de tal manera que a diferencia del testigo, el perito por regla general si declara en forma de opinión personal según su grado de conocimiento respecto del objeto que estudio. Como es un experto es necesario acreditar su idoneidad, tanto respecto de la calidad habilitante como de su capacidad como perito, para ello y para la impugnación de este aspecto se permite el acudir a cualquier clase de prueba siempre que sea legal.

#### **5.1.5. La redacción de la sentencia. Sistema de ponencia.**

##### **Plazo de la lectura de sentencia.**

En lo que respecta a la elaboración de la sentencia se ha optado por el sistema de ponencias, el cual es obligatorio. Empero debe quedar claro, que los actos de deliberación y votación, son conjuntos para todo el tribunal, conjunta la deliberación entre los jueces, y personal el acto de emisión del voto respecto de las cuestiones exigidas para la sentencia (art. 394 inciso segundo y numerales CPP). Se establece que los jueces formularan en forma conjunta sus

votos cuando estén de acuerdo y solo de manera separada cuando no lo estén. Se exige que uno de los jueces terminada la deliberación y votación de a conocer verbalmente y de manera sucinta los fundamentos de la sentencia, esta tarea obviamente debe corresponder al juez ponente de la sentencia.

Por último la redacción de la sentencia es obligación del juez que es ponente de la misma pero deberá ser firmada por todos, el artículo 396 lo expresa de la manera siguiente: “La sentencia será redactada por el juez ponente y firmada por todos”.

#### **5.1.6. Modificaciones esenciales al juicio por jurado. Recusaciones. Listas de jurado. Disolución del jurado.**

Las recusaciones se admiten por los mismos motivos que los jueces, pero se permite el uso de las recusaciones perentorias sin expresión de causa hasta un número de tres, pasado el mismo debe fundamentarse el motivo de la recusación (A esos fines también se permite que el tribunal insacule más de una lista de jurado, art. 407 inciso primero CPP).

Es oportuno también resaltar la facultad del juez de conocimiento en el sentido que al terminar la etapa de recepción de prueba, sino hubiera desfilado prueba de cargo, puede disolver el jurado y absolver al justiciable (artículo 410 inciso segundo CPP) cuando tal petición es rechazada indebidamente, la misma es motivo de nulidad, de conformidad al artículo 415 N° 6 CPP, y por último si el juez procede a disolver el jurado y absuelve de cargos, la sentencia puede ser controlada mediante el recurso de apelación.