

ANT. : Instructivo General N° 32 y Oficio N° 588 de 18.11.02 sobre prueba testimonial por anticipada.

MAT.: Amplía instrucciones respecto de la prueba anticipada, sea testimonial o pericial.

SANTIAGO, noviembre 19 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAIS

En el instructivo general N° 32 enviado por oficio N° 237 del 12.12.00, en sus N°s 19 y 20 y en el oficio N° 588 de 18.11.02, esta Fiscalía Nacional se refirió a la prueba testimonial anticipada prevista en los artículos 191, 192, 280 y 331 letra a) del Código Procesal Penal.

Se ha estimado ampliar los conceptos contenidos en dichos instructivos, con el objeto de precisar algunos aspectos que dan origen a problemas de interpretación y además referirse al tema de la prueba pericial anticipada, ya que si bien el nuevo Código Procesal Penal contempla la posibilidad de solicitar una prueba anticipada durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, en los Arts. 191, 192, 280 y 331, letra a), estas disposiciones, sin embargo, presentan una serie de vacíos e insuficiencias, cuyo análisis y posibles soluciones constituyen el objeto del presente oficio.

La ampliación de los criterios y orientaciones en esta materia se hace además muy necesario porque la práctica de la reforma en estos primeros tres años está evidenciando que existen dificultades crecientes en los testigos y peritos para trasladarse al lugar del juicio oral y prestar oportunamente su declaración.

1. Concepto de prueba anticipada

Una primera cuestión que es preciso dilucidar es en qué consiste la prueba anticipada. En doctrina se distingue entre *prueba anticipada* y *prueba preconstituida*, que si bien son conceptos afines, no son absolutamente idénticos. Pero en todo caso, tanto una como otra apuntan a una prueba que se produce *antes* de la oportunidad en que debiera hacerse, que, como bien sabemos, no es otra que el *juicio oral*, puesto que es la etapa en que tiene lugar el juicio propiamente tal, constituyendo todas las anteriores actuaciones una mera preparación del mismo.

Teniendo en común la característica ya anotada, lo que distingue a la prueba preconstituida de la prueba anticipada es que, en la primera, el medio de prueba se produce incluso *con anterioridad a la existencia de un conflicto*, precaviendo que éste pueda llegar a ocurrir en el futuro¹. Ejemplo por antonomasia de esta clase de pruebas son los *documentos*, especialmente las escrituras públicas y privadas, mediante las cuales se deja constancia de los términos de un contrato. Si bien el campo de acción de las pruebas preconstituidas parece ser el procedimiento civil, donde predomina el documento como medio de prueba, también tienen aplicación en el proceso penal, como cuando en los bancos y grandes tiendas se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos. Otro ejemplo serían las nuevas técnicas para facilitar la averiguación de delitos de narcotráfico, tales como la infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas.

¹ Cfr. Herman Rincón Cuéllar, "La práctica y aseguramiento de las pruebas en el proceso penal: la prueba preconstituida y la prueba anticipada" (documento digital)

En la prueba anticipada, en cambio, la prueba se produce con *posterioridad* a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso. Aquí nuevamente es preciso hacer algunas distinciones, derivadas, a su vez, de la necesidad de fijar ciertos medios de prueba *pericibles*, esto es, aquellos que pierden su virtud probatoria por el simple transcurso del tiempo. Ejemplos de este tipo de prueba son los exámenes físicos a que son sometidos quienes han sido víctima de delitos que afecten de alguna manera su cuerpo (homicidio, lesiones, delitos sexuales, etc.) o los análisis de laboratorio de muestras orgánicas, tales como sangre, semen, pelos, etc., con el fin de individualizar a la persona a que corresponden, o bien pesquisar la presencia de alguna sustancia química en ellos (tales como veneno, alcohol, estupefacientes, etc.). Caen también dentro de esta categoría de pruebas anticipadas la inspección ocular y la fijación fotográfica o por otros medios de ciertos objetos o lugares, como por ejemplo, el aspecto que presentaba el lugar en que sucedieron los hechos. Si bien es cierto que todo medio de prueba pierde su aptitud probatoria pasado algún tiempo, en los casos nombrados esto ocurre en un lapso muy breve, de manera que es necesario fijarlos de inmediato, aunque se vayan a presentar en el juicio mucho después. Es lo que algunos autores denominan "pruebas en conserva".

Pero el concepto de prueba anticipada que recoge el Código Procesal Penal es otro, pues no atiende al carácter intrínsecamente perecible de la prueba, **sino a la imposibilidad de rendirla en el momento y lugar donde haya de realizarse el juicio oral, o más exactamente, a la probabilidad de que ello ocurra.**

2. Carácter excepcional de la prueba anticipada:

Congruente con los principios de oralidad, intermediación, contradicción y transparencia, que informan el nuevo proceso penal, el legislador ha tenido especial cuidado de que sólo puedan considerarse pruebas las que se produzcan de manera inmediata y directa en el juicio oral, ya que sólo de esa manera se garantiza que los jueces formen su convicción sobre la base de pruebas que ellos han presenciado por sí mismos. Así lo dicen expresamente los Arts. 296, 291, 334 y 339 del C.P.P.

Pero, además, tratándose de la prueba testimonial, el principio de contradicción obliga a que ésta se rinda de manera tal que permita siempre a los demás intervinientes contrainterrogar a los testigos, con el fin de comprobar que se trata realmente de medios de prueba fiables y capaces de formar la convicción de los juzgadores, según lo prevé el Art. 329 del nuevo C.P.P.

Conforme a lo expuesto, los problemas que plantea la prueba anticipada derivan de la necesidad de compatibilizar su carácter anómalo con los principios rectores del juicio oral; en otras palabras, las garantías que es preciso observar para que pueda tener el mismo valor que las pruebas rendidas en el juicio oral.

De ahí que la regulación de la prueba anticipada en las disposiciones precedentemente citadas se refiere fundamentalmente a los siguientes aspectos: a) Especies de prueba que se pueden rendir anticipadamente; b) Circunstancias que la hacen procedente; c) Oportunidad en que se puede rendir; d) Tribunal ante el cual se rinde; e) garantías que deben observarse; f) Prueba anticipada en el extranjero y g) Forma de hacerla valer en el juicio oral.

3. Regulación de la prueba anticipada en el Código Procesal Penal

a) Especies de prueba en que procede la prueba anticipada

Del carácter excepcional de la prueba anticipada se desprende que sólo pueden rendirse en esa forma los medios de prueba que la ley expresamente contempla. Tales medios de prueba son dos: la **prueba testimonial** y la **pericial**.

² Sobre el carácter excepcional de la prueba anticipada puede verse Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Ed. Trivium, 1989, págs. 171 y ss.

Aunque, si bien se mira, pueden reducirse a la sola prueba testimonial, teniendo en cuenta que el tratamiento que tiene la prueba pericial en el nuevo código (Arts. 329 y ss. y 280) la equipara a la testimonial, con la salvedad de que el perito declara sobre la base de la pericia previamente efectuada, de manera que constituye una prueba compleja.

De manera que, en conformidad con los Arts. 331, letra a), 280 y 191 sólo pueden rendirse anticipadamente las declaraciones de testigos y de peritos.

De modo que la prueba pericial no está excluida de la prueba anticipada que el fiscal puede solicitar durante la investigación y de accederse a ella, los peritos deberán concurrir a declarar como testigos sobre la base de un informe pericial que ellos hayan previamente acompañado a la investigación.

b) Circunstancias que autorizan para rendir prueba anticipada

El Art. 331, letra a) enumera las siguientes circunstancias en que deben hallarse los testigos o peritos para que a su respecto sea procedente la prueba anticipada:

- 1) fallecimiento o imposibilidad física o mental sobrevinientes;
- 2) ausencia del país;
- 3) residencia desconocida, y
- 4) cualquier otro motivo difícil de superar que les imposibilite declarar en el juicio

Por su parte, el Art. 191 menciona como circunstancias habilitantes para rendir prueba anticipada el tener que ausentarse a gran distancia, la existencia de motivos que hicieran temer que se produzca la muerte o la incapacidad física o mental, **o algún otro obstáculo semejante**.

Como se advierte, ninguna de las dos normas contempla causales taxativas, sino que ambas admiten una interpretación analógica de las circunstancias que cada una de ellas contempla, esto es los conceptos de "cualquier otro motivo difícil de superar que les imposibilite declarar en el juicio" y "algún otro obstáculo semejante" admiten aplicarse en forma extensiva, según sean los casos concretos de que se trate.

De otra parte, si se comparan las causales expresamente previstas en cada una de las normas citadas, se observa que no existe congruencia absoluta entre ellas, puesto que el Art. 191 no exige que el testigo o perito se encuentre fuera del país, bastando que se encuentre a gran distancia.

La mayor dificultad la presenta, sin embargo, la situación a que se refiere en primer lugar el Art. 331, cual es **la muerte o incapacidad física o mental no previstas**, es decir, súbitas, de modo que no se haya podido rendir prueba anticipada con observancia de los resguardos que señala el Art. 191, según la misma disposición lo exige. En esto hay un contrasentido de la norma, porque parte diciendo que se podrá dar lectura a los registros en que consten las declaraciones de personas que hubieren fallecido o caído en incapacidad, sin distinguir si la muerte o la incapacidad fue previsible o no, para limitar luego la aplicación de la norma sólo a los casos en que se haya procedido en conformidad al Art. 191, para lo cual habría sido necesario prever la ocurrencia de tales hechos. Por lo demás, la exigencia de previsibilidad va en contra de la realidad, pues no toda muerte o incapacidad física o mental es susceptible de prever, como ocurre en los accidentes o enfermedades que se presentan repentinamente.

³ Interesa destacar que el Proyecto original del Ejecutivo contemplaba solamente a los testigos, pero no a los peritos, y además, la inspección personal del tribunal. La Cámara agregó a los peritos, y el Senado, por su parte, eliminó la inspección personal (cfr. Londoño, Moisés, Praetorius y Ramírez, *Reforma Procesal Penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Santiago, Ed. Jurídica, 2003, tomo II, págs. 456 y ss.)

⁴ Así, el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se refiere a los peritos como "testigos peritos o testigos expertos" (cfr. Londoño y otros, op. y loc. cit., pág. 599).

En la práctica, las razones más invocadas hasta ahora para solicitar la prueba anticipada han sido la de tener residencia o encontrarse de viaje en el extranjero, el traslado de sus funciones a un lugar distante del que se debe realizar el juicio, la necesidad de someterse a una intervención médica (por ejemplo, parto) o quirúrgica, la existencia de una enfermedad grave y/o incurable, etc. etc.

c) Oportunidad para rendir la prueba anticipada.

El Código menciona solamente la etapa de investigación (Art. 191) y la audiencia de preparación del juicio oral (Art. 280), pero nada dice respecto a que pueda rendirse después de esta última actuación y antes del juicio oral, no obstante que por definición la prueba anticipada es la que se rinde antes de que se realice el juicio oral, por lo que debería ser posible hasta que se realice el juicio⁵, más aún si se trata de impedimentos surgidos en el último minuto, imposibles de prever con anterioridad. Pero atendidos los estrechos límites en que está regulada esta forma excepcional de prueba, sería muy difícil que prosperara una petición en tal sentido.

Con respecto a la prueba que se rinde durante la etapa de investigación, ella no ofrece mayores problemas, porque puede solicitarse en cualquier momento mientras dure dicha etapa, la cual se extiende por un lapso más o menos prolongado, debiendo sólo tener cuidado de solicitarla con la suficiente antelación para que pueda autorizarse, efectuarse las citaciones que corresponda y rendirse antes de que se produzca el evento que la justifica y antes de que transcurran las oportunidades procesales en que se admite.

De los artículos 191 y 192 del C.P.P., se desprende claramente que durante la investigación sólo le compete al fiscal solicitar prueba anticipada al juez de garantía, derecho que carecen el resto de los intervinientes, tales como el imputado y su defensor, la víctima y el querellante. A lo sumo, éstos si necesitan una prueba anticipada deberán hacerlo a través del fiscal que en esta materia debe actuar en forma objetiva.

En el caso de la audiencia de preparación del juicio oral, la ley se limita a decir que durante ella se podrá *solicitar*, pero no especifica si se puede rendir durante la misma audiencia (en cuyo caso debería concurrir a ella el testigo o perito de que se trate) o si, por el contrario, una vez autorizada la rendición anticipada de la prueba, debe suspenderse la audiencia para recibir la prueba en otra audiencia especialmente convocada al efecto. Pensamos que cualquiera de las dos alternativas es posible⁶, pero en todo caso la prueba anticipada debe rendirse ante el juez de garantía y antes de dictarse el auto de apertura del juicio oral.

Al revés de lo que ocurre con la prueba anticipada durante la investigación, el Art. 280 del C.P.P. no circunscribiría la petición al fiscal sino que podrían solicitarla los demás intervinientes, aún cuando la remisión al Art. 191 hace discutible el asunto porque esta última norma sólo se refiere al fiscal.

Finalmente, es obvio que las preferencias del inciso 2° del Art. 280 del C.P.P. a "las normas del Párrafo 3° del Título VIII del Libro Primero", son manifiestamente equivocadas porque el párrafo aludido fue suprimido en las revisiones finales legislativas del nuevo Código. En el anteproyecto modificadorio del C.P.P. preparado por el Ministerio de Justicia a fines de 2002, se sustituye esta referencia por la frase "Párrafo 6° del Título III del Libro Segundo".

d) Tribunal ante el cual se rinde.

⁵ Así estaba previsto en el Anteproyecto de Código Procesal Penal y en el Proyecto del Ejecutivo, pues se referían al "procedimiento intermedio", expresión que fue reemplazada por la que figura en el texto legal ("audiencia de preparación del juicio oral") por la Cámara de Diputados, restringiendo considerablemente la aplicación de la prueba anticipada.

⁶ En un caso de la Fiscalía de Curicó, se solicitó rendir prueba pericial anticipada en la audiencia de preparación del juicio oral, pero la juez de garantía no dio lugar a ella, aunque fundó la negativa en no ser suficiente la causal invocada, y no en la oportunidad para rendirla.

Sea que la prueba anticipada se rinda durante la etapa de investigación o en la etapa intermedia (audiencia de preparación del juicio oral o audiencia especialmente convocada), el tribunal ante el cual ha de rendirse es el juez de garantía, según dispone el Art. 191, al que se remiten los Arts. 280 y 331, letra a).

Al respecto conviene tener presente que en el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal el tribunal competente para recibir la prueba anticipada cuando ésta se solicitaba durante la etapa intermedia (cuya duración se extiende desde el cierre de la investigación hasta la audiencia de juicio oral) era el tribunal de juicio oral. Pero la Cámara de Diputados fue contraria a esa solución, estimando preferible que se rindiera ante el juez de garantía, porque la composición del tribunal de juicio oral podría variar como consecuencia de eventuales recusaciones⁷. En consecuencia, el único tribunal habilitado para recibir la prueba anticipada es el juez de garantía, con lo cual no se respeta el principio de inmediación, ya que quien percibe directamente la prueba no es el mismo tribunal encargado de fallar el asunto. **Pero aquí, al parecer, primaron razones de orden práctico por sobre los principios.**

e) Garantías que deben observarse

Decíamos más arriba que la regulación de la prueba anticipada intenta conciliar la necesidad de contar con una prueba que puede ser valiosa con las garantías del nuevo proceso penal, particularmente las de la oralidad y contradicción. De ahí que el inciso 3º del Art. 191, que constituye la norma básica sobre la materia, disponga que cuando el juez de garantía acoja la solicitud de prueba anticipada, deberá citar a todos los intervinientes a la audiencia en que ella deba recibirse, a objeto de que puedan ejercitar los mismos derechos que la ley les reconoce en el juicio oral. Tales derechos son los que señala el Art. 329 y consisten fundamentalmente en la posibilidad de que cada parte pueda interrogar tanto a los testigos y peritos presentados por ella misma como a los presentados por los demás intervinientes (Art. 329, inc. 3º). Asimismo, cualquiera de las partes puede pedir que vuelvan a declarar las personas que ya lo hubieren hecho (Art. 329, inc. 5º).

f) Prueba anticipada en el extranjero

El Art. 192 permite que pueda rendirse prueba anticipada en el extranjero, a petición del fiscal, cuando concurren las mismas circunstancias que la hacen procedente dentro del país. En tal caso, la prueba puede rendirse ante el cónsul chileno o ante los tribunales del lugar donde se encuentre el testigo o perito, tramitándose la respectiva solicitud por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En el caso de que la prueba se rinda ante un cónsul chileno, se aplican las mismas normas del Código Procesal Penal. Pero si se realiza ante un tribunal extranjero, dada la característica de las normas procesales de regirse por el lugar en que se desarrolla el proceso (lo que suele designarse mediante la locución latina *locus regit actum*), la audiencia tendrá que conformarse a las leyes locales del país en que tenga lugar, pero siempre con la concurrencia de todos los intervinientes. Las dificultades apuntadas más arriba respecto a los gastos de desplazamiento son aquí obviamente mucho mayores que en el caso de prueba dentro del territorio nacional, lo que, a nuestro juicio, transforma esta posibilidad más bien en teórica que en real, salvo que se trate de juicios de una gran trascendencia.

De ahí que, ya se trate de pruebas que deban rendirse dentro del país o fuera de él, la mejor solución es hacerlo coetáneamente al juicio oral mediante videoconferencia, técnica de transmisión simultánea de imagen y sonido, que permite interactuar entre los puntos de emisión y recepción de las señales, garantizando así los principios de oralidad, inmediación y contradicción, amén de hacerlo a un costo que, aunque subido, es siempre inferior al que ocasiona el desplazamiento de todos los intervinientes. Adicionalmente, tiene también la ventaja de que la prueba se rinde íntegramente conforme a las leyes procesales chilenas.

⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (cfr. Londoño y otros, op. y loc. cit., pág. 460).

⁸ El cual no requiere ser abogado, lo que puede dar lugar a problemas en cuanto a la interpretación de las normas aplicables o incidir en una inadecuada conducción de la audiencia, debido a su falta de experiencia en la materia.

g) Forma de hacerla valer en juicio

En el caso de que el fiscal haya obtenido una prueba anticipada, sea testimonial o pericial, debe incluirla dentro de los medios probatorios que ofrece para probar los hechos de la acusación y solicitar en la audiencia del juicio oral se de lectura a la prueba anticipada o se escuche su contenido mediante el correspondiente CD.

Por ello, podría ser motivo de un rechazo del tribunal del juicio oral la pretensión del fiscal de incorporar por primera vez la prueba anticipada durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral sin haberla ofrecido en la oportunidad legal correspondiente, esto es en la acusación o durante la audiencia de preparación del juicio oral en el evento que se haya decretado en esta última.

Por consiguiente, en el auto de apertura del juicio oral debería incluirse la prueba anticipada que haya obtenido el fiscal y si se resuelve excluirla, habrá que deducir el correspondiente recurso de apelación.

4. La prueba anticipada en los procedimientos simplificado y abreviado

No obstante que la ley nada dice sobre la eventual aplicación de la prueba anticipada en los procedimientos simplificado y abreviado, ya que siempre discurre sobre la base del juicio oral, estimamos que no habría inconveniente alguno para solicitarla dentro de ellos cuando concurren las mismas circunstancias que la hacen procedente en el juicio ordinario.

Ahora bien, tratándose del procedimiento simplificado en que se trata de un proceso concentrado y las pruebas se rinden en la misma audiencia o en otra posterior inmediata, podría pensarse que casi no tiene ninguna utilidad la prueba anticipada. Sin embargo, puede ser que antes de efectuarse el requerimiento para el procedimiento simplificado, el fiscal haya practicado una investigación preliminar y durante ella ha estimado del caso solicitar una prueba anticipada por concurrir las circunstancias legales del caso. Es indudable que si ha sido prestada en las condiciones previstas en los Arts. 191 y 192, tal prueba es válida y puede ser ofrecida al juez de garantía en la audiencia del juicio simplificado.

También, tratándose del procedimiento abreviado, dado que éste se solicita después de cerrada la investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, es perfectamente posible el fiscal haya hecho uso de la prueba anticipada durante la investigación y en base al mérito de ésta y de otros antecedentes haya formulado acusación.

Por consiguiente, si el acusado acepta el procedimiento abreviado y los hechos de la acusación, incluye en ello las pruebas en que se haya fundado la acusación y por cierto entre éstas está la prueba testimonial y pericial anticipada.

5. Valor probatorio de la prueba anticipada

Sea que la prueba anticipada se haga valer en el juicio oral o en un procedimiento simplificado o abreviado, tiene el mismo valor que la prueba rendida de manera inmediata y directa en el juicio que se desarrolle ante el tribunal del juicio oral o el juez de garantía, respectivamente, a condición de que se haya rendido ante quien corresponda y se hayan observado las garantías que exige el Art. 191, es decir que se haya realizado en presencia de todos los intervinientes y que éstos hayan tenido la posibilidad de interrogar y contrainterrogar al testigo o perito de que se trate.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materias que aquí se tratan.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los fiscales regionales.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/SPW/crz