DERECHO PROCESAL PENAL

Cristián Maturana Miquel
Raúl Montero López

TOMO II

DERECHO Y PROCESO

AbeledoPerrot
LegalPublishing®

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL
RAÚL MONTERO LÓPEZ

DERECHO PROCESAL PENAL

TOMO II

AbeledoPerrot®
LegalPublishing®

DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO II
© Cristián Maturana Miquel - Raúl Montero López
2010 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.legalpublishing.cl
I.S.B.N. Obra Completa 978 - 956 - 238 - 913 -6
Registro de Propiedad Intelectual N° 193.316 • I.S.B.N. Tomo II 978 - 956 - 238 - 915 -0
1ª edición julio 2010 Legal Publishing Chile
Tiraje: 1000 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

Índice

Tomo II

Página

Capítulo Sexto

El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública

I. Generalidades 515
1. Recapitulación sobre la competencia de los tribunales 515
2. Enumeración de los procedimientos regulados en el Código Procesal Penal 516
3. Reglas de descarte aplicables para la determinación del procedimiento aplicable 517
3.1. Procedimiento especial para la solución del conflicto 517
3.2. Naturaleza de la acción deducida 517
A. Faltas 517
a) Procedimiento monitorio 517
b) Procedimiento simplificado 518
B. Crímenes y simples delitos 518
a) El procedimiento abreviado 518
b) El procedimiento simplificado 519
c) El juicio oral 519
II. El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública 521
1. Generalidades 521
A. Etapa de Investigación 521
B. Etapa de Preparación de juicio oral o Intermedia 522
C. Etapa de juicio oral 522

Página

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO 524
3. LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO 525
3.1. Generalidades y reglamentación 525
3.2. Concepto 525
3.3. Etapas de la fase de investigación 526
4. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN 529
4.1. Independencia y autonomía 529
4.2. Unidad de actuación 530
4.3. Jerarquía 532
4.4. Oficialidad 532
4.5. Legalidad 534
4.6. Objetividad 535
4.7. Eficiencia 539
4.8. Probidad administrativa 540
4.9. Transparencia y publicidad 540
4.10. Responsabilidad 542
5. CARACTERÍSTICAS DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN 543
6. FORMAS DE INICIAR EL PROCEDIMIENTO POR CRIMEN O SIMPLE DELITO DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA 551
6.1. Inicio de investigación de oficio por el Ministerio Público 551
6.2. Inicio de investigación por denuncia 552
a) Reglamentación 552
b) Concepto 552
c) Efectos 553
d) Clasificación 553
e) Sujetos que pueden formular la denuncia 555
f) Receptores de la denuncia 555
g) Forma y contenido de la denuncia 556
h) Oportunidad para presentar la denuncia 556
i) Actitudes del Ministerio Público frente a la denuncia 556
j) Responsabilidad del denunciante 557
6.3 La querella como medio para la iniciación del procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública 558
a) Reglamentación 558
b) Concepto 558
c) Objetivos de la querella 558
d) Personas legitimadas para querellarse 559
e) Requisitos de forma de la querella 561

Página

f) Oportunidad para presentar la querella 561
g) Actitudes del tribunal frente a la querella 561
h) Forma de terminación de la querella 563
6.4 Paralelo entre la denuncia y la querella 563
7. MEDIOS DE CONTROL DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA 564
8. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 566
9. LA LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN GENERAL 568
10. DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE NO DAN INICIO A UNA INVESTIGACIÓN, Y QUE DEBEN ADOPTARSE CON ANTERIORIDAD A LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍA 576
10.1. El archivo provisional 578
a) Reglamentación 578
b) Concepto 578
c) Finalidad 578
d) Características 578
e) Requisitos para que se decrete el archivo provisional 579
f) Control de la decisión administrativa de archivo provisional 580
10.2. Facultad de no iniciar la investigación 580
a) Reglamentación 580
b) Concepto 580
c) Finalidad 580
d) Características 581
e) Requisitos para que se ejerza la facultad de no iniciar la investigación 581
f) Control de la decisión de no iniciar la investigación del fiscal 581
10.3. Principio de oportunidad 582
a) Reglamentación 582
b) Concepto 582
11. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 583
a) Reglamentación 583
b) Concepto 583
c) Función 583
d) Diferencia entre la formalización de la investigación y el auto de procesamiento contemplado en el antiguo sistema procesal penal 584
e) Efectos de la formalización de la investigación 585
f) Oportunidad para formalizar la investigación 587

Página

g) Derechos de la víctima frente a la decisión del Ministerio Público de no formalizar la investigación 592
h) Procedimiento para la formalización de la investigación 595
h.1.) Formalización respecto de persona que se encuentra detenida 595
h.2) Formalización de persona que no se encuentra detenida 596
1. Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación 596
2. Citación a una audiencia al imputado, defensor y demás intervinientes 596
3. Audiencia de formalización de la investigación 596
i) Reclamación por formalización arbitraria 598
12. La investigación del Ministerio Público autónoma y aquella sujeta al control jurisdiccional del juez de garantía 598
12.1. Actuaciones autónomas de la policía 599
12.2 Actuaciones autónomas del fiscal 600
12.3. Actuaciones que el fiscal debe realizar previa autorización judicial 604
12.4. Proposición y asistencia a diligencias por el imputado y los demás intervinientes 615
12.4.1. Proposición de diligencias 615
12.4.2. Asistencia a diligencias 616
13. La investigación y la participación que le corresponde en ella al juez de garantía 616
14. El principio de oportunidad y las salidas alternativas 618
14.1 Generalidades 618
14.2 El principio de oportunidad en sentido estricto 619
a) Reglamentación 619
b) Concepto 619
c) Sujeto que debe aplicar el principio 619
d) Requisitos de procedencia 620
e) Efectos 623
15. Las salidas alternativas 624
a) Concepto 624
15.1 La suspensión condicional del procedimiento 627
a) Reglamentación 627
b) Concepto 627
c) Objetivos 627
d) Requisitos 631

Página

e) Oportunidad 634
f) Efectos 635
g) Revocación 635
15.2. Los acuerdos reparatorios 637
a) Reglamentación 637
b) Concepto 637
c) Objetivos 637
d) Requisitos 639
e) Oportunidad 649
f) Efectos 649
15.3. Registro de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios 650
16. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN, SOBRESEIMIENTO Y DECISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO 650
a) Reglamentación 650
b) Concepto 650
c) Naturaleza jurídica del cierre de la investigación 651
d) Plazo para declarar el cierre de la investigación 651
e) Apercibimiento al Fiscal para declarar el cierre de la investigación 652
f) Actitudes que puede asumir el fiscal luego de declarado el cierre de la investigación 653
g) Reapertura de la investigación 653
17. FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN 654
a) Concepto 654
b) Fundamento 655
c) Requisitos 655
18. EL SOBRESEIMIENTO 656
a) Reglamentación 656
b) Concepto 656
c) Clasificación 657
c.a)En cuanto a sus efectos 657
c.b)En cuanto a los delitos e imputados a que se refiere 658
d) Oportunidad 659
e) Sujeto legitimado para solicitar que se decrete un sobreseimiento 661
f) Sujeto legitimado para impugnar el sobreseimiento que se decrete por el tribunal 661

Página

18.1 El sobreseimiento definitivo 661
a) Concepto 661
b) Naturaleza jurídica 661
c) Requisitos 662
d) Efectos 665
18.2. El sobreseimiento temporal 666
a) Concepto 666
b) Naturaleza jurídica 666
c) Requisitos 667
18.3. Tramitación del sobreseimiento 669
a) Iniciativa 669
b) Oportunidad 669
c) Tramitación 669
19. Decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento 670
a) Concepto 670
b) Tramitación y efectos 671
20. Los mecanismos de aceleración de la investigación: plazo para formalizar la investigación; plazo para cerrar la investigación, y juicio inmediato 677
a) Forzamiento al establecimiento de un plazo para la formalización 678
b) Plazo judicial para el cierre de la investigación 678
c) Juicio inmediato (artículo 235) 679
d) Procedimientos simplificado y monitorio 679
21. La etapa intermedia o preparación de juicio oral 679
a) Reglamentación 679
b) Concepto 680
c) Objetivo de la Etapa Intermedia 680
d) Etapas 681
21.1. La etapa escrita de la preparación del juicio oral 682
21.1.1. La acusación fiscal 682
a) Concepto 682
b) Oportunidad 682
c) Contenido de la acusación fiscal 683
d) Limitación en cuanto al contenido de la acusación 686
21.1.2. Resolución que debe dictar el juez de garantía respecto de la acusación fiscal y notificación de ella 686

Página

21.1.3. Actitudes que eventualmente puede asumir el querellante luego de habérsele notificado de la acusación fiscal 687
a) Adherirse a la acusación fiscal 687
b) Presentar una acusación particular 688
c) Deducir demanda civil 688
d) No comparecer 688
21.1.4. Actitudes que eventualmente puede asumir la víctima luego de habérsele notificado de la acusación fiscal 689
21.1.5. Notificación al acusado de la adhesión, acusación particular y demanda civil 689
21.1.6. Actitudes que puede asumir el acusado frente a la acusación del Ministerio Público, adhesión a la acusación o acusación particular y demanda civil 690
21.2. La etapa oral de la preparación del juicio oral 691
21.2.1. Tribunal ante el cual se debe desarrollar la audiencia de juicio oral 691
21.2.2. Los principios que rigen en la audiencia de preparación de juicio oral 691
21.2.3. Asistencia a la audiencia de preparación de juicio oral 693
21.2.4. Orden de desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral 694
21.3. El auto de apertura del juicio oral 710
21.3.1. Oportunidad y forma de pronunciamiento 710
21.3.2. Contenido del auto de apertura de juicio oral 710
21.3.3. Notificación del auto de apertura de juicio oral 711
21.3.4. Naturaleza jurídica de la resolución de apertura del juicio oral 711
21.3.5. Recursos en contra del auto de apertura del juicio oral 711
21.3.6. Sobreseimiento en caso de exclusión de pruebas 713
21.3.7. Remisión del auto de apertura de juicio oral 714
22. El juicio oral 714
22.1. Principios de juicio oral 715
A. Bilateralidad de la audiencia o contradicción 715
B. Dispositivo y presentación de partes 717

Página

C. Buena fe e imparcialidad 719
D. Oralidad 719
E. Registro completo 721
F. Inmediación 721
G. Continuidad y concentración 722
H. Publicidad 723
I. Orden consecutivo legal atenuado 723
J. Preclusión 724
K. Libertad probatoria 725
L. La sana crítica 726
22.2. Fases del juicio oral 732
22.2.1. Fase de preparación de audiencia de juicio oral 732
22.2.2. Audiencia de juicio oral 734
23. Sentencia definitiva 744
23.1. La duda razonable como estándar de convicción del tribunal 745
23.2. Comunicación sobre absolución o condena 751
23.3. Redacción y lectura de sentencia definitiva 753
23.3.1. Plazo para redacción y lectura de la sentencia 753
23.3.2. Contenido de la sentencia definitiva 753
23.3.3. Audiencia de lectura de la sentencia 755
23.3.4. Recursos 755
23.3.5. Ejecución 756

Capítulo Séptimo
Algunos aspectos relacionados con la prueba en el sistema procesal penal

I. Concepto de prueba y diversas acepciones 759
1. La prueba y los elementos que integran el conflicto 759
2. Problemas que se relacionan con la prueba 759
3. ¿Constituye la investigación en el procedimiento penal una actividad probatoria? 760
4. Etimología de la voz prueba 769
5. Concepto 769
6. Acepciones de la palabra "prueba" 770
II. Los grados de conocimiento y la prueba 772
1. Enumeración 772
2. La verdad y la prueba 772

Página

3. CONCEPTO DE VERDAD 777
4. DESARROLLO DE LOS GRADOS DE CONOCIMIENTO Y CLASES DE CERTEZA 779
4.1. Ignorancia 779
4.2. Duda 780
4.3. Probabilidad 780
4.4. Certeza 782
4.5. La convicción 784
III. LOS MEDIOS ESTABLECIDOS PARA EL CONTROL DE LA CONVICCIÓN 786
1. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA 786
2. EL RÉGIMEN DE RECURSOS 789
A. Recurso de Apelación 789
B. Recurso de Nulidad 790
D. Recurso de Revisión 790
3. PUBLICIDAD DEL DEBATE Y DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO 791
IV. LA PRUEBA Y EL DEBIDO PROCESO 792
V. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA 794
1. GENERALIDADES 794
2. ENUMERACIÓN 795
3. PRINCIPIOS DE LA UNILATERALIDAD Y BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA 795
3.1. Concepto 795
A. Bilateralidad de la audiencia 795
B. Unilateralidad de la audiencia 797
3.2. Aplicación general de estos principios en nuestro procedimiento 797
3.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria penal 799
4. PRINCIPIOS DISPOSITIVO - PRESENTACIÓN POR LAS PARTES - IMPULSO DE PARTES. INQUISITIVO - INVESTIGACIÓN JUDICIAL - IMPULSO DEL TRIBUNAL 801
4.1. Concepto 801
A. PRINCIPIO DISPOSITIVO 801
B. PRINCIPIO INQUISITIVO 802
4.2. Aplicación general de esos principios en nuestros procedimientos 803
4.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria en el proceso penal 806
5. PRINCIPIOS DEL ORDEN CONSECUTIVO LEGAL, ORDEN CONSECUTIVO DISCRECIONAL Y ORDEN CONSECUTIVO CONVENCIONAL 808
5.1. Concepto 808

Página

5.2. Aplicación general de esos principios en nuestros procedimientos 809
5.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria en el proceso penal 810
6. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONCENTRACIÓN 812
6.1. Concepto 812
6.2. Aplicación general del principio en el proceso penal 813
7. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONTINUIDAD 814
7.1. Concepto 814
8. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PRECLUSIÓN 815
8.1. Concepto y aplicación en nuestro procedimiento 815
8.2. Aplicación de la preclusión en el proceso penal 817
9. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PUBLICIDAD Y EL SECRETO 818
9.1. Concepto 818
9.2. Aplicación general de esos principios en nuestros procedimientos 818
9.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria en el proceso penal 819
10. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE LA ORALIDAD, ESCRITURACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN 821
10.1. Concepto 821
10.2. Aplicación general de estos principios en nuestro proceso penal 825
11. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN E INMEDIACIÓN 826
11.1. Concepto 826
11.2. Aspectos generales de la aplicación de estos principios en nuestros procedimientos 827
11.3. Aplicación de estos principios en matera probatoria el proceso penal 828
12. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PROBIDAD O BUENA FE 829
12.1. Concepto 829
12.2. Aspectos generales de la aplicación de este principio en nuestros procedimientos 829
12.3. Aplicación de estos principios en el proceso penal 830
13. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PROTECCIÓN 831
13.1. Concepto 831

Página

13.2. Aspectos generales de la aplicación de este principio en nuestro procedimiento 831
13.3. Aplicación de estos principios en el proceso penal 833
14. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA ECONOMÍA PROCESAL 834
14.1. Concepto 834
14.2. Aspectos generales de la economía procesal en nuestros procedimientos 834
14.3. Aplicación de estos principios en el proceso penal 835
15. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA ADQUISICIÓN PROCESAL 836
15.1. Concepto 836
15.2. Aplicación de estos principios en el proceso penal 837
VI. EL OBJETO DE LA PRUEBA 837
1. CONCEPTO DE OBJETO DE LA PRUEBA Y DE LOS HECHOS 837
2. EL DERECHO COMO OBJETO DE LA PRUEBA 838
3. LAS CARGAS QUE LAS PARTES DEBEN ASUMIR EN EL PROCESO EN RELACIÓN CON LOS HECHOS 839
4. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS CUALES DEBE RENDIRSE PRUEBA EN UN PROCESO. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL 846
5. LOS HECHOS QUE NO REQUIEREN DE PRUEBA PARA SER ESTABLECIDOS EN EL PROCESO 848
A. LOS HECHOS CONSENTIDOS, ADMITIDOS O NO CONTROVERTIDOS POR LAS PARTES 848
B. LOS HECHOS EVIDENTES 849
C. HECHOS NOTORIOS 851
c.1) Justificación para el reconocimiento del hecho notorio 855
c.2) El hecho notorio a la luz de nuestro proceso penal 856
D. HECHOS PRESUMIDOS 857
E. HECHOS NEGATIVOS 861
VII. LIMITACIONES A LA PRUEBA 864
1. DEFINICIÓN 864
2. LA LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA 864
3. LA ADMISIBILIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA 866
A. LA PERTINENCIA 866
B. LA UTILIDAD 868
4. LA LICITUD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA 869
4.1. Concepto 869
4.2. Conceptos afines a la prueba ilícita 870

Página

4.3. Admisibilidad de la prueba ilícita 872
A. POSTURA ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO 873
B. POSTURA ACERCA DE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO 877
C. POSTURA INTERMEDIAS ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO 882
4.4. La prueba ilícita y sus efectos reflejos (teoría del fruto del árbol envenenado *("fruit of the poisonous tree doctrine")* 893
4.5. La prueba ilícita en el CPP 897
VIII. LA CARGA DE LA PRUEBA 898
1. CONCEPTO DE CARGA 898
2. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA 901
3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL 905
IX. PROCEDIMIENTO PROBATORIO 912
1. LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA 912
2. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA 913
3. LA EJECUCIÓN DE LA PRUEBA 913
4. LA PONDERACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA 914
X. CONCEPTO DE APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA 914
XI. LOS SISTEMAS PROBATORIOS 915
1. GENERALIDADES 915
2. SISTEMA DE LA LIBRE O ÍNTIMA CONVICCIÓN 917
3. SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA 920
4. SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA 922
5. DIFERENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS SISTEMAS 930
6. SISTEMA PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL 931
XII. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA JUDICIAL 938
1. CONCEPTO 938
2. DIVERSOS ESTÁNDARES DE PRUEBA 938
3. ALCANCE DE CADA UNO DE ESTOS ESTÁNDARES 939
3.1. Probabilidad prevalente 939
3.2. Más allá de toda duda razonable 943
1. El criterio de la vacilación para actuar *("hesitate to act")* 946
2. El criterio de la certeza moral *("moral certitude")* 946

Página

XIII. LOS MEDIOS DE PRUEBA 956
1. CONCEPTO 956
2. DOCTRINA ACERCA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA 959
3. PRUEBA INSTRUMENTAL 960
3.1. Reglamentación 960
3.2. Concepto 960
3.3. Características 962
3.4. El instrumento público 962
3.4.1. Concepto 962
3.4.2. Requisitos 962
3.4.3. Algunas especies de instrumentos públicos 963
3.4.4. La escritura pública 964
3.4.4.1. Concepto 964
3.4.4.2. Requisitos 964
3.4.5. Documentos protocolizados e instrumentos privados autorizados ante notario 965
A. Documentos o Instrumentos Protocolizados 965
B. INSTRUMENTO PRIVADO AUTORIZADO POR EL NOTARIO 966
3.5. Aspectos procedimentales 967
3.5.1. Iniciativa en la prueba instrumental 967
3.5.2. La oportunidad legal para rendir la prueba instrumental 969
3.5.3. Documentos en lengua extranjera 969
3.5.4. Instrumentos que deben ser considerados públicos en juicio 970
3.5.6. Forma de acompañar los instrumentos públicos al juicio 970
3.5.7. Procedimiento de impugnación de un instrumento público 970
3.5.8. Valor probatorio de los instrumentos públicos 970
3.6. Los instrumento privados 971
3.6.1. Concepto 971
3.6.2. Autenticidad 972
3.6.3. Reconocimiento 973
3.6.4. Forma de acompañar de los instrumentos privados al juicio 974
3.6.5. Valor probatorio del instrumento privado 974
3.6.6. El cotejo de letras 974
4. LA PRUEBA DE CONFESIÓN 975
4.1. Reglamentación 975
4.2. Concepto 977
4.3. Requisitos 977

Página

4.3.1. Análisis de los requisitos 977
Primer requisito 977
Segundo requisito 980
Tercer requisito 980
Cuarto requisito 980
4.4. Limitaciones a la admisibilidad de la confesión como medio de prueba 981
4.5. Clasificación y valor probatorio de la confesión 981
5. La prueba testimonial 984
5.1. Reglamentación 984
5.2. Concepto 985
a) Debe tratarse de un tercero indiferente dentro del proceso 985
b) Debe declarar sobre hechos precisos 986
c) Debe conocer los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos o el dicho de otros 986
5.3. Características de la prueba testimonial 987
5.4. Clasificación de los testigos 987
A. Según la forma en que los testigos conocieron los hechos 987
B. Según las calidades o circunstancias sobre los hechos que declaren los testigos 987
C. Según su capacidad para declarar en juicio 988
5.5. Limitaciones a la prueba testimonial 988
5.6. La iniciativa en la prueba testimonial 988
5.7. Oportunidad procesal para hacer valer la prueba de testigos 993
5.8. Obligaciones de los testigos 994
A. Obligación de comparecer ante los Tribunales de Justicia 995
B. La obligación de declarar en juicio 997
C. Obligación de decir la verdad 999
5.9. Derechos de los testigos 1000
A. Que se le cite para prestar declaración para un día preciso y determinado 1000
B. Que se le paguen los gastos que le importa su comparecencia por la persona que lo presenta 1000
C. Que se reserve su identidad 1001
D. Protección de los testigos 1002
5.10. Capacidad para ser testigo 1002
5.11. Forma de materializar la iniciativa de parte para rendir la prueba testimonial 1003
5.11.1. Presentación de la lista de testigos y la minuta de puntos de prueba 1003

Página

5.11.2. Requisitos que debe cumplir la lista de testigos 1006
5.11.3. Ante quién se presenta la lista de testigos y tribunal ante el cual declaran 1007
5.11.4. Minuta de puntos de prueba 1007
5.11.5. Audiencia en que se rinde la prueba testimonial 1008
5.11.6. Sistemas de declaración 1008
5.11.7. Materialización de la prueba testimonial 1009
5.11.8. Número de testigos que puede presentar a declarar cada parte 1016
5.12. Las sucesivas operaciones mentales que conforman el testimonio y las principales causas de error en éste 1016
5.13 Valor probatorio de la prueba testimonial 1027
6. INFORME DE PERITOS 1030
6.1. Reglamentación 1030
6.2. Concepto 1030
6.3. Funciones del perito 1031
6.4. Paralelo entre el perito y el testigo 1031
6.5. Características de la prueba pericial 1033
6.6. Procedencia de la prueba pericial 1033
6.7. Iniciativa para rendir la prueba pericial 1036
6.8. Requisitos para ser perito 1038
6.9. Procedimiento para designar perito 1039
6.10. Procedimiento para llevar a cabo el peritaje 1039
6.11. Gastos y honorarios del perito 1043
6.12. Valor probatorio del informe de peritos 1043
7. LA INSPECCIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL 1044
7.1. Reglamentación 1044
7.2. Concepto 1044
7.3. Características 1044
7.4. Clasificación 1045
A. De acuerdo a la manera como se practica 1045
B. De acuerdo al sujeto que la origina 1045
7.5. Iniciativa en la inspección personal del tribunal 1045
7.6. Procedencia 1046
7.7. Procedimiento para llevar a cabo la inspección personal del tribunal 1047
7.8. Valor probatorio de la inspección personal del tribunal 1047
8. LAS PRESUNCIONES 1047
8.1. Reglamentación 1047

Página

8.2. Concepto 1047
8.3. Elementos y clasificación de las presunciones 1048
8.4. Valor probatorio de las presunciones judiciales 1048
9. Los modernos medios de prueba 1050
10. Prueba de la acción civil 1051
XIV. Principales diferencias entre prueba civil y penal en nuestros procedimientos 1051

Capítulo Octavo
Breves nociones acerca de algunos procedimientos penales especiales

I. Procedimientos penales especiales propiamente tales 1055
Generalidades 1055
II. Procedimientos especiales 1056
1. El procedimiento abreviado 1056
1.1. Reglamentación 1056
1.2. Concepto 1057
1.3. Justificación de existencia del procedimiento abreviado y la negociación como mecanismo de solución al conflicto penal 1057
1.4. Naturaleza jurídica del acuerdo del imputado para que se pueda aplicar el procedimiento abreviado 1060
1.5. Tribunal competente 1062
1.6. Requisitos legales previstos para la aplicación del procedimiento abreviado 1062
a) Que el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas 1062
b) El imputado debe encontrarse en conocimiento y aceptar expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren, manifestando su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado 1068
c) No puede existir oposición del querellante a la tramitación en procedimiento abreviado, o de haberlo, debe ser rechazado 1070

Página

1.7. Titular 1071
1.8. Tramitación de la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado 1071
1.8.1. Oportunidad para formular la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado. 1071
1.8.2. Oposición del querellante 1072
1.8.3. Consulta al acusado 1072
1.8.4. Resolución del juez de garantía acerca de la aplicación del procedimiento abreviado 1073
A. Resolución que acepta la aplicación del procedimiento abreviado 1073
B. Resolución que rechaza la aplicación del procedimiento abreviado 1073
1.9. Tramitación del procedimiento abreviado 1075
1.10. La sentencia en el procedimiento abreviado y recursos que proceden en su contra 1075
1.10.1. Limitaciones del juez de garantía respecto de la sentencia que debe pronunciarse 1076
1.10.2. Contenido de la sentencia en el procedimiento abreviado 1076
1.10.3. Recursos en contra de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado 1077
1.10.4. Competencia del tribunal de segunda instancia 1077
1.10.5. Normas supletorias 1078
2. EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO 1078
2.1. Reglamentación 1078
2.2. Generalidades 1078
2.3. Concepto 1078
2.4. Tribunal competente 1078
2.5. Ámbito de aplicación del procedimiento simplificado 1079
2.6. Clasificación de los procedimientos simplificados 1079
2.7. Tramitación del procedimiento simplificado 1080
2.7.1. Forma de inicio del procedimiento 1080
2.7.2. Actitudes del Fiscal frente a los antecedentes recibidos 1081
2.8. Requerimiento 1081
2.8.1. Contenido del requerimiento 1082
2.8.2. Resolución que debe recaer en el requerimiento 1083
2.9. La audiencia del procedimiento simplificado 1083
2.10. Recursos en el procedimiento simplificado 1092

Página

2.11. Acciones civiles 1092
2.12. Medidas cautelares personales 1093
2.13. Normas supletorias 1093
3. PROCEDIMIENTO MONITORIO 1094
3.1. Reglamentación 1094
3.2. Concepto 1094
3.3. Tribunal competente 1094
3.4. Ámbito de aplicación del procedimiento monitorio 1094
3.5. Tramitación del procedimiento monitorio 1095
3.5.1. Requerimento 1095
3.5.2. Evaluación de los antecedentes del requerimiento por el tribunal 1095
3.6. La prescripción en el procedimiento monitorio 1096
4. EL PROCEDIMIENTO POR CRIMEN O SIMPLE DELITO DE ACCIÓN PENAL PRIVADA 1097
4.1. Reglamentación 1097
4.2. Concepto 1097
4.3. Tribunal competente 1097
4.4. Características 1097
4.5. Tramitación de los procedimientos por delitos de acción penal privada 1099
4.5.1. Forma de inicio 1099
4.5.2. Resolución que recae en la querella 1099
4.5.3. La audiencia 1101
4.6. Normas supletorias 1102
4.7. Paralelo entre el procedimiento por crimen o simple delito acción penal pública y el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada 1103
II. LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS O ANTEJUICIOS 1104
1. GENERALIDADES 1104
2. PROCEDIMIENTO RELATIVO A PERSONAS QUE GOZAN DE FUERO CONSTITUCIONAL 1104
2.1 De diputados, senadores y ex Presidentes de la República, conforme a lo previsto en los artículos 30 y 61 de la Constitución Política 1104
2.1.1. Reglamentación 1104
2.1.2. Naturaleza jurídica 1105
2.1.3. Concepto 1106
2.1.4. Tramitación 1106

Página

2.1.5. Desafuero por delitos de acción penal privada 1107
2.1.6. Efectos 1109
2.2. Desafuero de intendentes, gobernadores y presidente del consejo regional 1109
3. La querella de capítulos 1110
3.1. Reglamentación 1110
3.2. Fundamento 1110
3.3. Concepto 1111
3.4. Tribunal competente 1112
3.5. Tramitación 1112
3.6. Efectos de la resolución que se pronuncie acerca de la querella de capítulos 1113
4. La extradición 1114
4.1. Reglamentación 1114
4.2. Concepto 1114
4.3. Clasificación 1114
4.4. Extradición activa 1114
a) La formalización de la investigación ante el juez de garantía 1115
b) Audiencia ante la Corte de Apelaciones 1115
c) Efectos de la resolución 1116
4.5. Extradición pasiva 1117
III. Situación del loco o demente o más bien imputado enajenado mental en el proceso penal 1121
1. Reglas generales 1121
2. Medidas de seguridad aplicable al imputado enajenado mental 1124
2.1. La enajenación mental del imputado se encontraba presente al momento de cometerse el delito 1124
2.1.1. Tramitación 1124
2.1.2. Reglas especiales para el juicio en que se deban aplicar medidas de seguridad 1126
2.1.3. Medidas de seguridad respecto del imputado cuya enajenación mental se encontraba presente al momento de cometerse el delito 1126
2.2. La enajenación mental no se encontraba presente al momento de cometerse el delito, sino que sobrevino al imputado con posterioridad a la comisión del delito y durante el proceso 1128
2.2.1. Carácter incurable de la enajenación 1128
2.2.2. Carácter curable de la enajenación 1128

Página

2.3. La enajenación mental no se encontraba presente al momento de cometerse el delito, sino que sobrevino al procesado con posterioridad a la dictación de la sentencia penal condenatoria ejecutoriada, mientras se encontraba cumpliendo su condena 1128

BIBLIOGRAFÍA 1129

Capítulo Sexto
El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública

I. Generalidades

1. Recapitulación sobre la competencia de los tribunales

Como desarrolláramos oportunamente en el capítulo relativo a la competencia, en la actualidad la estructura jerárquica piramidal de los tribunales ordinarios, respecto de los delitos que deban ser investigados y juzgados conforme al sistema procesal penal, se encuentra estructurada por la Corte Suprema, en su cúspide, las Cortes de Apelaciones respectivas, y en su base, los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal, tribunales de base quienes detentan la plenitud de la competencia en única o primera instancia para conocer y juzgar todos los conflictos de tipo penal.

Hace excepción a lo señalado únicamente la jurisdicción penal militar, la que no experimenta cambio alguno producto del nuevo proceso penal, desde que el artículo 83 de la CPR dispone que el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.

Consecuentemente con lo indicado, y excepción hecha sea a la competencia militar, desde que la plenitud de la competencia penal se encuentra entregada a los juzgados de garantía y a los tribunales orales en lo penal, para efectos del proceso penal hoy vigente, carecen de toda relevancia las normas de determinación de la competencia absoluta, que son aquellas que persiguen identificar la jerarquía del tribunal, dentro de la estructura piramidal en que se encuentran organizados éstos.

De esta forma en los asuntos penales, lo mismo que en asuntos civiles, la cuantía no constituye un elemento a considerar en la determinación de la jerarquía del tribunal, y sólo reviste relevancia en tanto sirve para determinar el procedimiento aplicable

según el tipo de delito. La materia, en cuanto elemento de la competencia absoluta, tampoco constituye un factor a considerar a estos efectos, dado que, como ya hemos señalado, salvo los asuntos entregados a la competencia de los tribunales militares, la plenitud de la competencia corresponde a los jueces de garantía o tribunales orales en lo penal, habiéndose derogado todas las normas que entregaban dicha competencia a tribunales unipersonales de excepción. Sólo subsiste la norma aparente contemplada en el numeral 2 del artículo 52 del COT que entrega a la competencia de un Ministro de la Corte Suprema "*los delitos de jurisdicción de los tribunales chilenos, cuando puedan afectar las relaciones internacionales de la República con otro Estado*", norma que entendemos orgánicamente derogada en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la CPR. Finalmente, hemos de reiterar que el fuero en cuanto elemento de determinación de la jerarquía no recibe actualmente aplicación al haberse derogado todas las normas que lo contenían.

2. Enumeración de los procedimientos regulados en el Código Procesal Penal

Conforme lo dispone el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la CPR, toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos

Para el ejercicio de la función jurisdiccional el legislador ha establecido distintos procedimientos, contemplados dentro del CPP, tanto en su Libro II, como en el Libro IV, siendo éstos los siguientes:

- Procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública
- Procedimiento Simplificado
- Procedimiento Monitorio
- Procedimiento Acción Penal Privada
- Procedimiento Abreviado
- Procedimientos Especiales:

a) Procedimiento por crimen o simple delito contra personas ausentes
b) Procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional
c) Querella de capítulos
d) Extradición

Sin embargo, fuera del CPP existen una serie de procedimientos especiales para el juzgamiento de una determinada clase de delitos y/o personas.

Así, por ejemplo, revisten el carácter de procedimientos especiales los contemplados en la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado; los procedimientos militares de tiempo de paz y tiempo de guerra del Código de Justicia Militar; Ley N° 18.314, que determina conductas Terroristas y fija su penalidad; D.F.L. N° 1 de 18 de octubre de 1995, que fija texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, etc.

3. REGLAS DE DESCARTE APLICABLES PARA LA DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE

Una vez determinado el tribunal competente para conocer de un asunto criminal, corresponde establecer el procedimiento aplicable para la solución del conflicto penal mediante la aplicación de las reglas de descarte sucesivas que se indican a continuación.

3.1. Procedimiento especial para la solución del conflicto

En primer término, deberá analizarse si el legislador ha establecido un procedimiento especial para la solución del conflicto en particular, ya sea que éstos se encuentren regulados dentro del CPP, o fuera de él.

3.2. Naturaleza de la acción deducida

Si no se ha establecido un procedimiento especial, deberá aplicarse el procedimiento penal de acuerdo con la naturaleza de la acción penal deducida.

Según su naturaleza, la acción penal puede ser pública, previa instancia particular o privada.

A su vez, como señaláramos respecto del factor cuantía, éste no es relevante para efectos de la determinación de la jerarquía del tribunal que debe resolver el conflicto penal, sin perjuicio de lo cual sí mantiene su trascendencia como elemento para determinar el procedimiento aplicable.

Es así como, "*para determinar la gravedad o levedad en materia criminal, se estará a lo dispuesto en el Código Penal*" (artículo 132 COT). Según dicho Código, los delitos, en cuanto a su gravedad, se clasifican en faltas, simples delitos y en crímenes. Esta clasificación se determina por la pena que el hecho ilícito lleva consigo, sirviendo para determinar el tribunal competente y el procedimiento aplicable.

De la forma indicada, dependiendo si la acción penal ejercida es pública, previa instancia particular o privada, y si se trata de faltas, simples delitos y en crímenes, ante la falta de un procedimiento especial, el procedimiento que deberá aplicarse, en cada caso, será el siguiente:

A. FALTAS

De las faltas conocen los juzgados de garantía a través de los siguientes procedimientos:

a) Procedimiento monitorio

Este procedimiento es aplicable sólo tratándose de las faltas respecto de las cuales pide el Fiscal ser sancionadas sólo con pena de multa (artículo 392)

b) Procedimiento simplificado

Este procedimiento es aplicable respecto de:

– Todas las faltas, con excepción de las que debieren sancionarse sólo con pena de multas (artículo 388 inciso 1°);

– Todas las faltas que debieren sancionarse sólo con pena de multa, siempre que se hubiere reclamado de ella por el imputado dentro del plazo legal (artículo 392 inciso final), y

– Los simples delitos respecto de los cuales el fiscal requiriese una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (artículo 388 inciso 2°).

B. CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS

Para los efectos de determinar respecto de los crímenes y simples delitos la forma en que puede ser deducida la acción penal y el procedimiento aplicable, debemos tener presente su clasificación en crímenes o simples delitos de acción penal pública, de acción penal privada y de acción penal pública previa instancia particular.

Los crímenes o simples delitos de acción penal privada son aquellos en que la acción penal sólo puede ejercitarse por la víctima (artículo 55) y exclusivamente mediante la interposición de una querella (artículo 400).

El procedimiento que debe aplicarse para la tramitación de los crímenes o simples delitos de acción penal privada es el procedimiento de acción penal privada, contemplado en el Título II del Libro IV De los Procedimientos Especiales y Ejecución del CPP, el que hace aplicable supletoriamente el procedimiento simplificado con la sola excepción de no proceder la suspensión de la condena (artículo 405), siendo de competencia de los juzgados de garantía.

Los crímenes o simples delitos de acción penal pública son aquellos en que la acción penal debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público y además por las personas que determine la ley (artículo 53). La investigación puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querella (artículo 172).

El procedimiento que debe aplicarse para la tramitación de los crímenes o simples delitos de acción penal pública es:

a) El procedimiento abreviado

El conocimiento de asunto a tramitarse conforme al procedimiento abreviado, es de competencia del juzgado de garantía, y se aplica dicho procedimiento si concurren los siguientes requisitos copulativos (artículo 406):

a.1. Se trate de hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere una pena privativa de libertad no superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo (pero superior a presidio o reclusión menores en su grado máximo), o bien cualquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas, y

a.2. El imputado, en conocimiento de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, debe haber aceptado los hechos y manifestado su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

b) El procedimiento simplificado

El conocimiento del asunto a tramitarse conforme al procedimiento simplificado, es de competencia del juzgado de garantía, y se aplica dicho procedimiento respecto de los simples delitos respecto de los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (artículo 388).[1]

c) El juicio oral

El juicio oral constituye el procedimiento ordinario en el sistema procesal penal, se encuentra contemplado en el Libro II del CPP, y es de competencia de los tribunales orales en lo penal (artículos 281 y siguientes).

Al igual que en el procedimiento civil, el legislador penal regula en el Libro II del CPP el Juicio Oral, el que debe aplicarse para la solución de todos los conflictos en caso que no se haya establecido un procedimiento especial.

El Juicio Oral se caracteriza por ser de aplicación general y por tener el carácter de supletorio respecto de los otros procedimientos penales, al tener que aplicarse sus disposiciones a todos las gestiones, trámites y actuaciones de los otros procedimientos que no estén sometidos a una norma especial (a título ejemplar, véase articulos 389, 405 y 415).

En consecuencia, todos los crímenes y simples delitos respecto de los cuales no se tenga establecido un procedimiento especial y no sea aplicable el procedimiento simplificado o abreviado, se deberán tramitar conforme al procedimiento general que es el juicio oral.

---

[1] En esta materia es necesario tener presente lo declarado por la Corte Suprema en cuanto a que *"en el supuesto de los simples delitos es necesario que el proceso se haya iniciado conforme a las reglas del procedimiento común. No obstante, si el Ministerio Público decide acusar y requerir una pena concreta no superior a 540 días de privación de libertad, deberá necesariamente seguir la tramitación del juicio en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado, excluyéndose totalmente la posibilidad de continuar su prosecución conforme al mecanismo ordinario. En definitiva, en tal caso la aplicación del procedimiento simplificado es obligatoria, tanto para el fiscal como para el encausado, por el tenor imperativo del artículo 388 inciso segundo del CPP. El órgano acusatorio, al proponer una determinada sanción penal, opta por alguna de las herramientas con las que cuenta para cumplir con sus obligaciones constitucionales, para lo cual ha de considerar y ponderar todos los factores involucrados, esto es, la naturaleza del hecho delictivo, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran, el grado de ejecución del delito y el de participación que atribuye al incriminado. De esta manera, si la pena que estima adecuada y posible de obtener es suficiente respuesta al injusto atribuido es de aquellas que habilitan el procedimiento simplificado, debe pronunciarse en ese único sentido"*. Corte Suprema 15.11.2005. *Revista Procesal Penal* N° 41. LexisNexis. Págs. 60 y siguientes. Noviembre 2005.

Los crímenes o simples delitos de acción penal pública previa instancia particular son aquellos en que no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito o las demás personas previstas en la ley hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía (artículo 55). La investigación por el Ministerio Público sólo puede iniciarse por la interposición de una querella o de una denuncia presentada por dichas personas; pero una vez deducida la acción corresponde que el procedimiento se rija por las normas de la acción penal pública antes señaladas.

Debemos destacar que la determinación de la pena que se solicita en la acusación o en un requerimiento en su caso y que es la que determina el procedimiento aplicable en su caso es una atribución del Ministerio Público, pero importa además poner un límite a la sentencia que el juez ha de pronunciar si se ha optado por el Ministerio Público por la aplicación del procedimiento abreviado o uno de falta.

En este sentido, nuestra Corte Suprema ha resuelto que es el Ministerio Público, quien luego de la investigación y ciñéndose a las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal, en orden a precisar las menciones que allí se establecen, es quien debe señalar en su acusación el delito por el que se requiere el castigo y la pena que se solicita. En este marco regulatorio es quien determina el procedimiento, el cual está íntimamente ligado con la pena. Al juez de garantía le corresponde a su vez velar, entre otros aspectos por los derechos del imputado, referidos básicamente a la forma en que el procedimiento se lleva a cabo, hasta la etapa de la acusación, con las facultades propias que al efecto prescriben los artículos 10 y 266 y siguientes del Código Procesal Penal. Que, entonces, siendo sus atribuciones específicas, no puede en lo que a este punto respecta, a pretexto de concurrir los vicios formales (es decir, de aquellos referidos al contenido de la acusación), inmiscuirse en la pena que el fiscal entiende corresponde al delito, como tampoco en el procedimiento al cual se va a ceñir el juicio, porque ello necesariamente supone entrar a efectuar una valoración a priori e invadir un campo que le está vedado, pues ello le corresponde al tribunal oral o bien a él mismo, si es requerido por la vía del procedimiento simplificado o el juicio ordinario muta a juicio abreviado, más aún cuando al pedir la pena, el acusador la sustentó en las razones que expresamente expuso en dicho libelo.[2]

En síntesis, el objetivo que se persigue mediante el establecimiento de estos procedimientos no puede ser otro que lograr el máximo de la eficacia en la persecución penal, ajustándose su ejercicio a lo acontecido en la realidad, respetándose la dignidad de las personas que deben intervenir en él y sin hacerlo tan oneroso que conduzca a que se logren soluciones de los conflictos por vías paralelas a las contempladas ordinariamente para el logro de dicho fin.

En este sentido se ha señalado que "ningún sistema procesal puede ser sólido y hacerlo merecedor de respeto por el público en general: 1) si no puede esperarse de él

[2] Corte Suprema 25.1.2005. Rol 4.180-04. *Revista Procesal Penal* N° 31. Págs. 29 y siguientes. Enero 2005.

que consiga la absolución de los inocentes y la condena de los culpables con un alto nivel de fiabilidad; 2) si no consigue tratar a las personas que entran en contacto con el sistema – incluyendo víctimas y testigos tanto como sospechosos y acusados– con dignidad y respeto, y 3) si no consigue hacer un uso racional de los limitados recursos materiales y humanos con que cuenta".[3]

II. El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública

1. Generalidades

El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública, se regula en el Libro II del Código Procesal, dividido en tres fases o etapas, a saber:

a) Etapa de Investigación (Título I: artículos 166 a 258).

b) Etapa de Preparación de juicio oral o Intermedia (Título II: artículos 259 a 280).

c) Etapa de Juicio oral (Título III: artículos 281 a 351).

A continuación nos referiremos brevemente a cada una de estas etapas, señalando el órgano ante el cual se llevan a cabo y los propósitos que se persiguen con ella.

A. Etapa de investigación

Se encuentra reglamentada en el Título I del Libro Segundo, que comprende los artículos 166 a 258.

Esta primera etapa se desarrolla fundamentalmente bajo la dirección del Ministerio Público, quien cuenta para la realización de las diligencias con el auxilio de la Policía, fase que claramente tiene una naturaleza de carácter administrativo, y cuya finalidad es indagar y recolectar antecedentes para la determinación del hecho y la averiguación de su autor. Las actuaciones realizadas en esta fase carecen de todo valor probatorio, salvo excepciones calificadas.

Sin perjuicio de ello, es posible reconocer también y necesariamente dentro de ella diversas actuaciones de naturaleza jurisdiccional que deben desarrollarse ante el juez de garantía, quien a través de aquellas audiencias debe conocer de materias contempladas en la ley, como son a saber y a título meramente ejemplar, la audiencia de control de detención, audiencia de formalización de investigación, en la que puede fijarse un plazo máximo de duración a esta etapa; pronunciamiento acerca de salidas alternativas; pronunciamiento acerca de medidas cautelares y reales; y, en general, respecto de toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, las que requieren de autorización judicial previa.

---

[3] Pizzi, William. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense.* Pág. 51. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.

B. ETAPA DE PREPARACIÓN DE JUICIO ORAL O INTERMEDIA

Se encuentra reglamentada en el Título II del Libro Segundo, que comprende los artículos 259 a 280.

Esta segunda etapa se realiza también ante el juez de garantía, persiguiendo el cumplimiento de diversos propósitos.

En primer lugar, en ella se fijan las pretensiones penales y civiles que deberán ser materias de juicio oral, lo que se verifica fundamentalmente a través de las acusaciones, acusación particular o adhesión a la acusación y demanda civil que deben presentar el Ministerio Público y el querellante respectivamente, y las defensas que puede efectuar el acusado.

Adicionalmente, en esta etapa se deben resolver las cuestiones procesales que pudieren afectar la validez del procedimiento a través de las excepciones de previo y especial pronunciamiento y las nulidades procesales, lográndose con ello el saneamiento del procedimiento y reservándose para el juicio oral el debate sólo sobre las cuestiones de fondo.

Finalmente, en esta etapa se deben determinar los hechos que deberán ser probados y los medios de prueba que las partes pueden utilizar para ese efecto en el juicio oral, determinando los hechos que se dan por acreditados mediante convenciones probatorias, excluyéndose la pruebas impertinentes, las que tuvieren por acreditar hechos públicos y notorios, las que fueren redundantes, las que revistieren el carácter de ilícitas por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales o provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.

La resolución más importante que se pronuncia en esta fase y en la cual se resuelven las cuestiones antes señaladas es el auto de apertura de juicio oral, el cual es solamente susceptible de ser impugnado mediante el recurso de apelación, el que debe ser concedido en ambos efectos, por el Ministerio Público, y siempre que su motivo fuere la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía (artículo 277). El auto de apertura de juicio oral es la resolución mas trascendente de esta etapa puesto que en ella, al término de la audiencia, se procede por el juez de garantía a determinar el tribunal de juicio oral competente que conocerá del asunto, las personas que van a intervenir, delimita el objeto del juicio oral y finalmente precisa las pruebas que van a presentarse por las partes durante el transcurso de éste.

C. ETAPA DE JUICIO ORAL

Se encuentra reglamentada en el Título III del Libro Segundo, que comprende los artículos 281 a 351.

Esta última etapa, que constituye el juicio mismo, se debe realizar ante el tribunal de juicio oral en lo penal, desarrollándose en una o más audiencias orales, públicas, concentradas, continuas, eminentemente contradictorias y regidas por el principio de presentación de partes y la inmediación.

En su desarrollo del juicio oral se distinguen las fases de presentación del caso, la rendición de la prueba, y los alegatos de clausura, concluyéndose con la comunicación de la decisión del tribunal del juicio oral, la que debe posteriormente ser redactada y leída a los intervinientes en una audiencia pública dentro del plazo legal, dándose aplicación al principio de la sana crítica en la determinación de los hechos y a la estricta legalidad en cuanto a la determinación del delito y la participación por la cual se condena al acusado al cumplimiento de una pena determinada.

Además, respecto del juicio ordinario podemos distinguir *otras dos etapas que necesariamente son eventuales.*

En primer lugar, en lo que dice relación con el sistema de *recursos* en contra de la sentencia definitiva pronunciada en el juicio oral rige el sistema de la única instancia, puesto que no procede el recurso de apelación en contra de las resoluciones pronunciadas por el tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 364). En contra de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de juicio oral en lo penal solamente procederá el recurso extraordinario de nulidad, por las causales contempladas en los artículos 373 y 374, conociendo de dicho recurso por regla general la Corte de Apelaciones respectiva, salvo en los casos en que excepcionalmente procede su conocimiento en un caso de competencia *per saltum* por la Corte Suprema como ocurre en los casos previstos en los incisos 1°, 3° y 4° del artículo 376.

En segundo lugar, cabe comprender la fase de la *ejecución de la sentencia penal condenatoria,* la que se debe llevar a cabo una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria en un recinto penitenciario, pero sujeto al control del juez de garantía competente (artículos 10 y 466), pudiendo intervenir en esta etapa sólo el Ministerio Público, el imputado condenado y su defensor (artículo 466).

Dicha fase de ejecución está destinada a permitir que el condenado o el curador del demente, en su caso, puedan ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que señalar claramente que la fase de ejecución se encuentra contemplada para ser ejecutada ante órganos de carácter administrativos, pero sujetos a un control jurisdiccional ante el juez de garantía.

En cuanto a la *ejecución de la parte civil de la sentencia dictada en el juicio oral,* debemos tener presente que el inciso final del artículo 171 del COT haciendo una clara excepción a la regla general de la ejecución, nos señala que será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

En consecuencia, si se hubiere pronunciado una sentencia definitiva penal, acogiéndose la demanda civil deducida por la víctima en contra del imputado, único caso en que ello es posible ante los tribunales con competencia penal, la ejecución de la sentencia civil no deberá seguirse ante aquéllos, sino ante el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

El procedimiento que deberá aplicarse para obtener la ejecución de la sentencia civil se nos señala en el artículo 472 conforme al cual "*en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil*".

Ello implica que el único procedimiento que cabrá aplicar para la ejecución de esa sentencia que contempla prestaciones civiles será el juicio ejecutivo, dado que no cabe aplicar el procedimiento incidental que sólo es procedente cuando la ejecución se solicita ante el tribunal que conoció del proceso en única o primera instancia. Debemos recordar que conforme al artículo 233 del CPC el procedimiento incidental sólo es aplicable "*cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide*".

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El procedimiento ordinario presenta las siguientes características:

1°. Es el procedimiento *ordinario* en materia penal.

Al ser el procedimiento ordinario en materia penal, corresponde, a falta de norma especial, que todo delito se someta a esa tramitación común ordenada por la ley para su investigación y juzgamiento (artículo 2° CPC).

2°. Es un procedimiento *supletorio*.

El procedimiento ordinario tiene una aplicación supletoria respecto de los diversos procedimientos especiales, sea que ellos se encuentren contemplados dentro o fuera del Código de Procedimiento Penal, a menos que exista una norma especial diversa.

3°. Se integran al procedimiento ordinario penal en forma *supletoria las diversas normas del Código de Procedimiento Civil*.

El procedimiento ordinario penal se remite expresamente a diversas normas del Código de Procedimiento Civil, pudiendo citar al efecto, las relativas a las notificaciones (artículo 32), normas comunes a todo procedimiento (artículo 52); los requisitos que debe cumplir la demanda (artículo 60), la remisión a las medidas precautorias y al cumplimiento en solicitud de las medidas cautelares reales de las medidas prejudiciales precautorias (artículo 157); aplicación de las normas de cumplimiento incidental para hacer cumplir acuerdo reparatorio ante juez de garantía (artículo 243); aplicación de normas de conciliación respecto responsabilidad civil en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 273); aplicación de la tabla de emplazamiento para aumento del plazo para interponer los recursos (artículo 353); remisión a algunas causales del Código de Procedimiento Civil para suspensión de la vista de la causa de los recursos (artículo 357), y aplicación de las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil para el cumplimiento de la parte civil de la sentencia penal (artículo 472).

No cabe duda que actualmente existe una grave dificultad en aplicar en forma supletoria las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Código

de Procedimiento Civil al nuevo sistema procesal penal, dado que los principios que inspiran al primer cuerpo legal como son los de la escrituración, impulso de partes, mediación y prueba legal no se condicen con los de la oralidad, concentración, continuidad, impulso de tribunal, inmediación y sana crítica que rigen al nuevo sistema procesal penal.

De allí que las disposiciones comunes a todo procedimiento del procedimiento civil debemos entender que se aplicarán al nuevo proceso penal en la medida que ellas no sean incompatibles con la naturaleza de los procedimientos.[4]

4°. El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública *se divide en tres fases o etapas: Investigación, Preparación de Juicio Oral y Juicio Oral.*

El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública se divide en tres etapas: La etapa de Investigación, La etapa intermedia o Preparación de Juicio Oral y finalmente, la etapa de Juicio Oral, cuyas caracteristicas principales son muy semejantes atendida la similitud de los principios formativos del procedimiento que se aplican en cada una de esas etapas o períodos del juicio ordinario como veremos al referirnos a cada uno de ellos.

3. La etapa de la investigación en el procedimiento

3.1. Generalidades y reglamentación

La Etapa de Investigación, que conforma la primera fase o etapa del procedimiento ordinario en el nuevo sistema procesal penal, se encuentra reglamentada en el Título I del Libro II del CPP, el que comprende los artículos 166 a 258.

3.2. Concepto

La etapa de Investigación es la fase administrativa, flexible, informal que dirige en forma objetiva el Ministerio Público, de carácter analítica y meramente preparatoria, destinada a la recopilación de los antecedentes que permitan la comprobación de un delito y sus partícipes dentro de un juicio oral o hacer efectivos los mecanismos de discrecionalidad reglada o salidas alternativas con el fin de no iniciar, suspender o poner término a la persecución penal en su caso; proteger a la víctima y los testigos; solicitar las medidas cautelares personales para asegurar la persona del imputado en la forma y en los casos en que ello fuere procedente de acuerdo a lo previsto por el legislador; cautelar la responsabilidad civil del imputado por los perjuicios causados con la comisión del delito exclusivamente frente a la víctima; y finalmente, como principio general requerirse la autorización previa del juez de garantía para la realización de actuaciones que privaren restringieren o perturbaren al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes les aseguran.

[4] Esta aplicación del principio de la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil respetando la naturaleza o los principios que inspiran a los diversos procedimientos se ha consagrado expresamente en los artículos 27 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y 432 del Código del Trabajo.

Las actuaciones del Ministerio Público y la policía en esta fase administrativa carecen de valor probatorio en el juicio, salvo situaciones excepcionales.

La recepción de un sistema acusatorio separó las funciones de investigar y juzgar, encomendándolas a sujetos distintos, la primera a un órgano administrativo y la segunda al órgano jurisdiccional. Así, la función de dirigir la investigación quedó en manos exclusivas del Ministerio Público, radicando las funciones propias de los tribunales, esto es, la jurisdiccional, en el juez de garantía.

Como veremos, en la medida que la investigación del Ministerio Público no afecte garantías constitucionales, se hace innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional. Por el contrario, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o lo perturben, requerirán de autorización judicial previa. Esta tensión entre las actividades preparatorias del ejercicio de la pretensión punitiva estatal y las garantías constitucionales, se ha resuelto por la vía de establecer una serie de facultades y contrapesos, controles y resguardos, libertades y responsabilidades.

En este contexto se desarrollan las actividades de investigación por parte del titular exclusivo de su dirección, en forma flexible, autónoma, ajena a formulismos y a formalismos, pero al mismo tiempo guiada por claros principios orientadores.

El juez de garantía se convierte en el órgano encargado del control de las garantías individuales durante la etapa de investigación, cuya función es darles tutela frente a los actos de averiguación, cuando ello sea necesario, o afectarlas en el menor grado posible en caso de ser indispensable, conforme a los fines del procedimiento.

3.3. Etapas de la fase de investigación

Respecto de la fase de investigación es posible distinguir dos etapas:

a) Fase de *investigación desformalizada* o anterior a la formalización de la investigación, y

b) Fase *de investigación formalizada* o posterior a la formalización de la investigación.

a) *La fase de investigación desformalizada* o anterior a la formalización de la investigación corresponde a la fase en la cual los órganos administrativos de persecución penal han tomado conocimiento de la existencia de un hecho punible, pero aún no ha concurrido el fiscal ante el juez de garantía a formalizar la investigación en contra de un imputado.

Esta fase de la investigación se caracteriza por ser unilateral y reservada, en la cual el Ministerio Público con el auxilio de la policía van recopilando antecedentes sin que se contemple la intervención y participación del imputado, su defensor y del juez de garantía, en la medida que con ella no exista una privación, restricción o perturbación a los derechos previstos en la Constitución.

En consecuencia, "esta fase se encuentra bastante desregulada, entregándose a los órganos de la persecución penal importantes espacios de libertad para decidir cómo

llevar adelante sus estrategia de investigación y preparación del caso. Con todo, la principal desventaja para la persecución penal en esta fase está dada por el hecho de que los poderes que se disponen para realizar actividades de investigación se encuentran limitados. En efecto, de acuerdo a la regla general de funcionamiento del sistema (véase artículo 9º en relación con el artículo 230), cada vez que el Ministerio Público requiera realizar una diligencia que afecte derechos constitucionales, se exige obtener una autorización judicial previa, la que a su vez, exige una formalización de la investigación. Lo mismo ocurre tratándose de la solicitud de prisión preventiva u otras medidas cautelares personales en contra del imputado".[5]

Excepcionalmente, el Fiscal puede antes de formalizar la investigación solicitar al juez de garantía que se le autorice para practicar diligencias que afecten derechos constitucionales sin previa comunicación del afectado, lo que el tribunal realizará sólo cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito (artículo 236).

Esta fase puede extenderse "sólo por algunos días u horas cuando el Ministerio Público se vea compelido a formalizar la investigación en contra del imputado (por ejemplo, si el imputado es detenido y se quiere transformar dicha detención en una prisión preventiva) o podría extenderse por varias semanas, meses e incluso años, si es que los fiscales no cuentan con un imputado o, contando con uno, no les resulta conveniente formular cargos en su contra (por ejemplo, en la investigación de una compleja organización criminal destinada al lavado de dinero)".[6]

Sin embargo, es necesario tener presente que esta fase de investigación desformalizada puede terminar por decisión discrecional del Fiscal, por exigencia del legislador o por haber sido forzado a ello por medio de una resolución judicial.

El Fiscal a cargo de dirigir la investigación es quien debe resolver discrecionalmente la oportunidad en la cual debe proceder a formalizarla (artículo 230 inciso 1º), sin perjuicio que debemos tener presente al respecto que sólo a partir de la formalización se produce la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal (artículo 233 letra a).

Por otra parte, como regla general y por exigencia expresa del legislador, el fiscal se verá obligado a formalizar la investigación cuando debiere requerir la intervención del juez de garantía para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, a menos que lo hubiere realizado previamente (artículo 230 inciso 2º).

Finalmente, es necesario tener presente que una persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, puede requerir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella o fijarle un plazo para que formalice la investigación (artículo 186).

---

[5] DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián. *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal.* Págs. 128 y 129. Universidad Diego Portales. Mayo 2002.

[6] DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián. Ob. cit. Págs. 127 y 128. Mayo 2002.

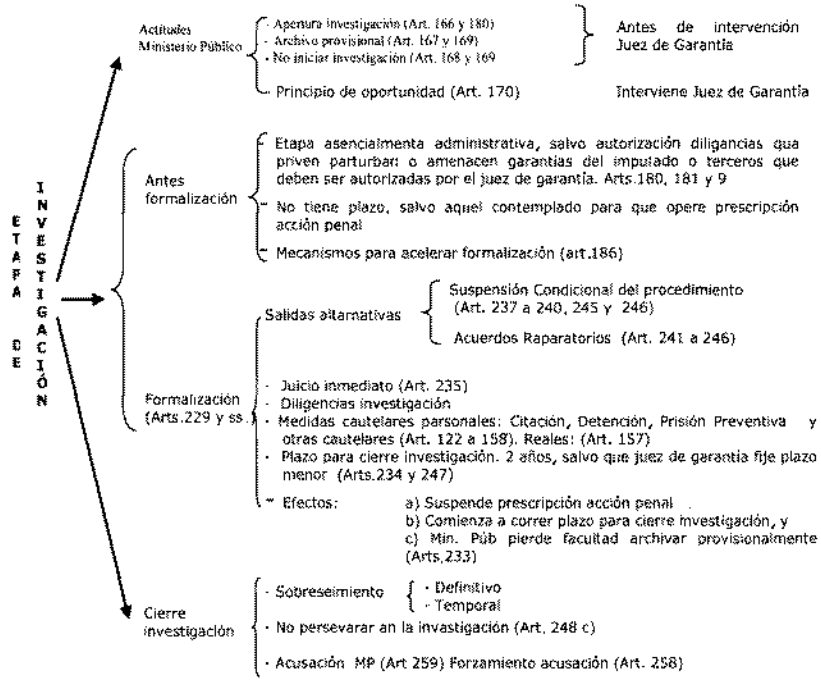
b) *La fase de investigación formalizada* o posterior a la formalización de la investigación corresponde a aquella etapa en la cual el fiscal ha concurrido ante el juez de garantía a formalizar la investigación en contra de un imputado, esto es, le comunica que se desarrolla actualmente una investigación respecto de uno o más delitos (artículo 229).

Esta fase formalizada se caracteriza porque se contempla la intervención del juez de garantía para la realización de diversas actuaciones, en las cuales le cabe necesaria participación al imputado y su defensa, teniéndose por ello una menor libertad por los órganos de persecución penal para preparar su caso.

Además, a partir de la formalización de la investigación se contempla un plazo legal máximo de dos años para que el fiscal declare el cierre de la investigación (artículo 247 inciso 1°), sin perjuicio que el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al Ministerio Público, concurriendo los otros requisitos legales, puede fijar un plazo judicial menor para el cierre de la investigación (artículo 236).

Finalmente, al existir una concreción respecto de los hechos que se atribuyen a un imputado se contemplan la existencia de diversas posibilidades para dar un curso más expedito al proceso como ocurre en el caso del juicio inmediato (artículo 135) o del procedimiento abreviado (artículos 406 Sgtes.) o de suspender o terminar el proceso a través de las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento (artículos 237 y siguientes) o acuerdos reparatorios (artículos 241 y siguientes).

Las diversas posibilidades que pueden presentarse durante el desarrollo de esta fase de investigación, pueden ser graficadas de la siguiente forma.



4. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se contemplan los siguientes principios respecto de la actuación de dicho órgano y que revisten particular trascendencia durante la fase de investigación:

1. Independencia y autonomia
2. Unidad de actuación.
3. Jerarquia
4. Oficialidad
5. Legalidad
6. Eficiencia
7. Objetividad
8. Probidad Administrativa
9. Transparencia y publicidad
10. Responsabilidad

Sin perjuicio de remitirnos en este punto a todo lo señalado en el Capítulo Segundo, Los Sujetos de esta obra, relativo al Ministerio Público, nos referiremos brevemente o recapitularemos a continuación, aquellos principios que guían la actuación del Ministerio Público, ahora desde la perspectiva de las facultades de investigación.

4.1. Independencia y autonomía

Como vimos oportunamente, el Ministerio Público es un *organismo autónomo*, por lo que puede gobernarse por sí solo, y *es independiente* porque no forma parte de la estructura ni depende tanto del Poder Judicial, como del Poder Ejecutivo o Legislativo (artículos 83 CPR y 1° LOC Min. P.).[7]

Al Ministerio Público le corresponde la dirección exclusiva de la investigación de los delitos, el ejercicio de la acción penal, en su caso, y la protección de las víctimas y testigos, para lo cual ejerce las atribuciones que la ley le ha entregado. A tal efecto son los fiscales adjuntos quienes dirigen la investigación, realizando por si o encomendando a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos (artículo 180), con el grado de independencia, autonomia y responsabilidad que establece esta ley (artículo 2° LOC Min. P.).

---

[7] Ver RUSCONI, Maximiliano A., en "Reforma Procesal Penal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público". ROXIN y otros. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Pág. 70. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. Como señala Rusconi, el Ministerio Público, asi concebido, es una institución que no depende de alguno de los tres poderes (o, mejor dicho) de órgano alguno que ejerza funciones administrativas, judiciales o legislativas) integrantes de la división tradicional recibida en el texto de nuestra Constitución Nacional. Se lo organiza entonces con autonomia suficiente, en el ejercicio de su tarea requirente, como para considerarlo un verdadero cuarto poder.

La independencia de los fiscales es, en todo caso, relativa, dado que éstos estarán igualmente obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere sido asignado, a menos que estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional (artículo 44 LOC Min. P.). De concurrir alguna de estas circunstancias, podrán representar las instrucciones. El Fiscal Nacional no puede impartir instrucciones para investigaciones particulares, sin perjuicio que puede excepcionalmente asumir personalmente alguna de ellas (artículo 18 LOC Min. P.).

Ahora bien, el que se constituya como un ente institucionalmente autónomo no implica que quede fuera de los mecanismos de control y, por el contrario, dicha autonomía impone la necesidad de establecer eficientes equilibrios y sistemas de control, los que se presentan tanto en un a) control político de los restantes poderes del Estado, b) control procesal respecto de sus actuaciones dentro del proceso[8], y c) el control disciplinario derivado de su estructura jerárquica, controles que se relacionan estrechamente con los grados de responsabilidad a que sus integrantes se encuentran afectos, y a que nos referimos en el capítulo y apartado respectivo del Ministerio Público.

En los aspectos funcionales, el Ministerio Público se encuentra sometido a un control de tipo procesal, el que se verifica a través de los distintos mecanismos previstos por el legislador para el resguardo de las actuaciones del ministerio dentro de la investigación y el proceso, especialmente cuando éstos afectan los derechos fundamentales. Así se requiere la autorización previa del Juez de Garantía respecto de aquellas actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben (artículos 83 CPR, 9° CPP, 4° LOC Min. P.); el forzamiento de la formalización (artículo168), el control sobre la aplicación del principio de oportunidad (artículo 170); resolución sobre la suspensión del procedimiento (artículo 237); resolución sobre el procedimiento abreviado (artículo 256); la resolución del sobreseimiento. De la misma forma dicho control se manifiesta frente a los requerimientos de las víctimas al impugnar las decisiones del fiscal, respecto del archivo provisional (artículo 167); la querella, en el caso en que el fiscal hubiere aplicado el principio de oportunidad (artículo 170) o la decisión de no iniciar la investigación (artículo 167).

4.2. Unidad de actuación

El Ministerio Público constituye un órgano unitario, por lo que su actuación debe ser uniforme y objetiva a lo largo del territorio nacional.

Para tal efecto se contempla que el Fiscal Nacional pueda impartir instrucciones generales de actuación para el adecuado cumplimiento de las labores de dirección de

[8] HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Págs. 124 a 133. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

instigación de los hechos punibles, el ejercicio de la acción penal y la protección de las víctimas y testigos y dictar reglamentos ejerciendo su superintendencia directiva correccional y económica (artículo 17 letras a y d de la LOC Min. P.).

Los fiscales regionales, conforme las instrucciones generales del Fiscal Nacional, pueden impartir las instrucciones particulares y lineamientos para impulsar las investigaciones, y para el ejercicio de la acción penal pública, las que son obligatorias para los fiscales adjuntos. El inciso segundo del artículo 44 de la LOC preceptúa que dichos fiscales adjuntos estarán igualmente obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere asignado, a menos que estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional, caso en el cual podrán representarlas. A su vez la misma facultad de representación les corresponde a los fiscales regionales, respecto del Fiscal Nacional.

De acuerdo con ello, es que el Ministerio Público se entiende que puede realizar sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales, que con sujeción a la ley, intervenga en ellas (artículo 2° inciso 1° LOC Min. P.)

Es así como se ha indicado que "constituyendo el Ministerio Público un órgano público que debe ser muy eficiente en la distribución de sus funcionarios, se le permite que en cada actuación sea representado por cualquiera de sus fiscales y cuando cada uno lo hace, representa a todo el organismo".

Este principio es el que permite organizar el trabajo de la institución, ya que no siempre un fiscal puede asistir a todas las diligencias o audiencias de un determinado caso, entre los muchos que puede estar a cargo, de modo que es suficiente con que asista un fiscal, cualquiera sea su cargo específico, para que éstas se puedan llevar a cabo. O bien, es posible que en una sola actuación intervengan varios fiscales, cada uno con el mismo o con diferentes cometidos.

Por estas razones, el principio de unidad es uno de los más característicos de la organización del Ministerio Público, esencial para poder distribuir libremente, al margen de reglas rígidas, las actividades de los fiscales. De allí que el legislador establezca que "los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones" (artículo 6° inciso 2° LOC Min. P.).[9]

Según este principio se ha concluido que "no existen, por ende, la 'radicación' de casos en fiscales determinados, ni competencias territoriales predeterminadas o inmutables lo que, en caso alguno y como hemos analizado, condiciona o limita la distribución interna de la carga de trabajo, atendida la división territorial del organismo. También debe considerarse, relacionado con este principio, el artículo 40 de la

[9] CAROCCA PÉREZ, Álex. *El nuevo sistema procesal penal.* Págs. 27 y 28. Editorial Jurídica La Ley. 2003.

LOC Min. P., que ya citamos, el cual dispone que los fiscales adjuntos pueden realizar actuaciones y diligencias en todo el territorio del país".[10]

Sin embargo, es necesario tener presente que a pesar de contemplarse esta unidad de actuación, se contempla la independencia, autonomía y responsabilidad de cada fiscal en los casos que tengan a su cargo para dirigir la investigación y ejercer la acción penal pública en los términos señalados precedentemente (artículo 2° inciso 2° LOC Min. P.).

4.3. Jerarquía

El Ministerio Público tiene una estructura jerárquica, *en la que se encuentra el Fiscal Nacional* jefe superior del servicio y responsable de su funcionamiento (artículo 13 LOC Min. P.), poseyendo la superintendencia directiva correccional y económica respecto de éste (artículos 91 CPR y 17 letra d) LOC Min. P.).

El Fiscal Regional es el jefe administrativo de la Fiscalía Regional, pero debe adecuar su actuación y solicitar diversas autorizaciones al Fiscal Nacional para la organización administrativa de ellas (artículo 32 LOC Min. P.). Además, tiene una obediencia reflexiva, por cuanto sólo le cabe representar las instrucciones generales del Fiscal Nacional, pero si éste rechaza la objeción debe darse cumplimiento a la instrucción (artículo 35 LOC Min. P.).

Las Fiscalías Locales también deben adecuar la distribución de sus asuntos a las instrucciones que le imparta el Fiscal Nacional (artículo 40 LOC Min. P.), teniendo el Fiscal Regional sólo una facultad de asesor en esta materias, al corresponderle proponer al Fiscal Nacional la ubicación de la fiscalía local y la distribución en cada una de ellas de los fiscales adjuntos y funcionarios (artículo 32 letra f) LOC. Min. P.).

Cuando una fiscalía local cuente con más de un fiscal adjunto, la distribución de los casos entre los distintos fiscales adjuntos será realizada por el fiscal jefe de conformidad a las instrucciones que al respecto imparta el Fiscal Nacional. En todo caso, la distribución de casos deberá hacerse siempre sobre la base de criterios objetivos, tales como la carga de trabajo, la especialización y la experiencia (artículo 40 LOC. Min. P.)

Debemos hacer presente que dada esta unidad de actuación del Ministerio Público, no obstante que un fiscal adjunto esté adscrito a una determinada fiscalía local, ellos pueden en el ejercicio de sus tareas realizar actuaciones y diligencias en todo el territorio nacional de conformidad a las reglas generales que establezca el Fiscal Nacional (artículo 40 inciso final LOC. Min. P.)

4.4. Oficialidad

El Ministerio Público tiene el deber de ejercer de oficio todas las facultades que se le han entregado por el Constituyente dentro del sistema procesal penal, sin necesidad de requerimiento de parte.

---

[10] CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal.* Pág. 65. LexisNexis. 2002.

La dirección exclusiva de la investigación de los hechos delictivos que el constituyente le entrega al Ministerio Público implica en consecuencia tanto una atribución, una facultad, cuanto un deber de ejercicio de la misma, no siendo por ello meramente discrecional o facultativo, debiendo ejercer la iniciativa en el desarrollo de las actividades que se le encomiendan por el constituyente y el legislador. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional al señalar que *"De las facultades que tiene el Ministerio Público, en lo que interesa, destaca la expresión "dirigirá", que a juicio de este Tribunal, produce dos efectos fundamentales, a saber: le otorga el poder de dirigir la investigación, que el Ministerio Público debe ejercer. En segundo lugar, lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado y del mandato contemplado en el artículo 6° de la Carta Fundamental.*

Lo anterior significa que el Ministerio Público, representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal".[11]

En primer lugar, constituye una obligación para el Ministerio Público iniciar de oficio una investigación respecto de los hechos que constituyan un delito de acción penal pública (artículo 77), la que debe ejercer en la forma establecida en la ley (artículo 53).

De acuerdo con ello, cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos por la ley (artículo 166 inciso 2°).

Debemos recordar que los fiscales tienen la obligación de denunciar los delitos que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones dentro del plazo de 24 horas, y que si así no lo hicieren incurrirán en responsabilidad penal (artículos 175, 176 y 177).

Las limitaciones para el ejercicio de la acción penal la encontramos en los casos de delitos de acción penal pública previa instancia particular (artículos 54 y 166 inciso final), y en los casos en que para su persecución se requiere del cumplimiento de una condición objetiva de procesabilidad como en el caso de los delitos tributarios (que requieren de denuncia del Servicio de Impuestos Internos o del Consejo de Defensa del Estado), los delitos aduaneros, los contenidos en la Ley de Control de Armas, etc.[12]

Como exclusiones a la obligación de actuar el Ministerio Público ejerciendo la acción penal nos encontramos con los delitos de acción penal privada, que sólo corresponde su ejercicio a la víctima, a través de la interposición de una querella (artículos 54 y 400), y el caso en que el juez de garantía acceda al forzamiento de la

[11] Sentencia de inaplicabilidad, TC, de fecha 19 de agosto de 2008, Rol 815-07-INA.

[12] HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I, Págs.150 y 151. Editorial Jurídica de Chile. 2003.

acusación, en cuyo caso el ejercicio y sostenimiento de la acción penal corresponderá al querellante particular (artículo 258).

Por otra parte, el Ministerio Público tiene la obligación de velar por la protección de la víctima y los testigos a lo largo de todas las etapas del procedimiento penal (artículos 83 CPR, 1° de la LOC Min. P., 6° CPP), debiendo promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Debemos tener presente que el ejercicio de este deber para el Ministerio Público no importará el ejercicio de las acciones civiles que corresponden a la víctima.

4.5. Legalidad

El Ministerio Público debe ajustar su conducta en el desempeño de las atribuciones que se le confieren a las normas previstas en la ley (artículos 6°, 7°, 83, 84, CPR, 1°, 2°, 3°, 7° de la LOC Min. P. y 3°, 5°, 77 y 166 CPP).

El principio de legalidad[13] es aquel conforme el cual el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito del cual tenga conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su arbitrio.

De acuerdo con ello, una vez que se hubiere cometido un delito de acción penal pública, el Ministerio Público debe ejercer y sostener la acción penal pública hasta obtener la condena del culpable dentro del procedimiento penal respectivo (artículos 53 inciso 2°, 77, 166 y 175 letra b), quien no puede suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución que se hubiere iniciado (artículo 56), solicitando las medidas cautelares y adoptando todas las medidas de protección que fueren necesarias en beneficio de la víctima y los testigos.

Hacen excepción al principio de la legalidad, diversos criterios de oportunidad que implican concebir salidas alternativas generando el término o suspensión de un proceso penal sin arribar al castigo de culpable, basado ello fundamentalmente en objetivos de descriminalización, eficiencia y selectividad del sistema.

La principal excepción al principio de legalidad se encuentra en el principio de oportunidad, el que se consagra en nuestro ordenamiento con un carácter reglado y no discrecional para el Ministerio Público, ya que se ha acotado su ejercicio no sólo en cuanto a los delitos en el que puede ejercerse, sino que también a los motivos que hacen procedente su decisión, la que en todo caso se encuentra sometida a la posibilidad de oposición por parte de la víctima, sin perjuicio del control del juez de garantía (artículo 170).

Otra clara manifestación de excepción al principio de legalidad lo encontramos en la suspensión condicional del procedimiento, en el cual se requiere el acuerdo entre el fiscal y el imputado, el que debe ser homologado por parte del juez de garantía, al

[13] MAIER, Julio Bernardo. *Derecho procesal argentino*. Pág. 48. Fundamentos. Hammurabi, Buenos Aires. 1989.

ser procedente que provoque, como su nombre lo indica, la suspensión del procedimiento exclusivamente respecto de los delitos y concurriendo el resto de los requisitos previstos en la ley (artículos 237 y siguientes).

4.6. Objetividad

El principio de la objetividad se encuentra establecido en el artículo 3° de la LOC del Min. P., el cual establece que *en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.*

Este principio de la objetividad debe regir la investigación que realiza el Ministerio Público también por mandato del artículo 77 del CPP, según el cual los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En este sentido se ha resuelto que *"el principio de objetividad no sólo faculta, sino que obliga al Ministerio Público a ordenar todas aquellas diligencias que pudieran corroborar la inocencia de un imputado, cuando las mismas fueren 'conducentes' en la investigación que dirige, 'conducencia' ésta que no puede entenderse entregada al mero arbitrio del órgano que tiene el monopolio de la investigación criminal y que cuenta con ingentes facultades y potestades frente al ciudadano que es objeto de la persecución, sino que debe corresponder a un criterio objetivo de conducencia, esto es, de pertinencia a la investigación del fiscal, lo que claramente se da respecto de una coartada que reviste verosimilitud suficiente frente a los presupuestos fácticos que propone el Ministerio Público en su acusación, como ocurría en la especie con la información que pretendía obtener diligencias solicitadas por el defensor".*[14]

Para velar por el principio de la objetividad, se debe tener presente que no podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles el fiscal del Ministerio Público respecto del cual se configure alguna de las causales de inhabilitación contempladas en el artículo 55 (artículo 54 LOC Min. P.).

Por otra parte, el Ministerio Público que cuenta con todos los medios para poder verificar la investigación de los hechos, como es dirigir la policía y requerir en forma imperativa el auxilio de los demás órganos públicos, no debe limitarse sólo a acreditar los hechos que determinen la responsabilidad del imputado, sino que también aquellos

[14] Segunda Sala Tribunal Oral de Copiapó. 3.12.2004. *Revista Procesal Penal* N° 30. Págs. 137 y siguientes. Febrero 2005.

que eximan, atenúen o extingan la responsabilidad de éste, puesto que ello resulta esencial para que nos aseguremos la justa aplicación de la ley dentro del proceso.

Creemos que no es casualidad que este principio que se denominaba en el sistema inquisitivo como imparcialidad en la realización de la investigación se le denomine actualmente como objetividad en la realización de la investigación, ya que no es posible que cuando estemos en presencia de alguien que es parte activa en la persecución penal le hayamos de requerir que actúe desprovista de su visión y función de parte.

Sin embargo, pensamos que debe establecerse también un cierto límite respecto de este criterio de objetividad en la investigación por parte del Ministerio Público, teniendo presente que la defensa es libre para los efectos de realizar por su parte todas las investigaciones que estime pertinentes sin necesidad de acudir al Ministerio Público para que las practique; y que por otra parte, el principio de eficiencia del proceso penal requiere que se lleve a cabo la investigación con la máxima celeridad por parte del Ministerio Público de modo de concluir en un plazo no superior a dos años desde la formalización, lo que importa la intención del legislador que se limiten las indagaciones a lo que es esencial para recopilar los antecedentes que justifiquen la existencia de un juicio oral.

Además, el establecimiento de un límite respecto del principio de la objetividad reviste particular importancia atendido a que existe una responsabilidad del Fiscal y también del Estado en el caso que el proceso penal nos conduzca a una investigación injustificadamente errónea o arbitraria conforme a lo previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Este límite del principio de la objetividad debe contemplar el caso de negligencia para hacer efectiva la responsabilidad, y no sólo las conductas dolosas por parte del Ministerio Público, dado que en semejante caso nos deberíamos encontrar además frente a una responsabilidad penal por parte del Fiscal que lleve a cabo la investigación en forma sesgada por promesa, dádiva o bien afectando seriamente la defensa al ocultar, alterar o destruir las pruebas que permitan demostrar la inexistencia del hecho punible o la determinación de la inocencia, exención de responsabilidad o concurrencia de atenuantes respecto de un acusado.

De acuerdo con ello, coincidimos con lo señalado por los profesores Horvitz y López[15], en cuanto a que el principio de objetividad sólo nos permite "exigir que los Fiscales verifiquen la plausibilidad de las alegaciones de inocencia del imputado o de aquellas encaminadas a eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando las mismas se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean verosímiles, pues tal comprobación puede redundar en su beneficio o interés".

En el mismo sentido, se nos ha señalado por Mauricio Duce que "en virtud de este principio el Ministerio Público debe chequear mediante su investigación hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias, argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas, pero no resultaría razonable

[15] Véase HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 154. 2002.

investigar todas y cada una de las hipòtesis posibles si ellas no tienen un sustento en la propia investigación. El principio de objetividad no obliga al Ministerio Pùblico a investigar todas y cada una de las innumerables situaciones de hecho que pueden incluir o atenuar la responsabilidad del imputado, ya que ello significaría agotar las posibilidades reales de actuaciòn de los fiscales, es especial pensando que normalmente las posibilidades de la teoría del caso para la defensa resultan ser múltiples. En este sentido, sólo sería exigible que investigara aquellas situaciones invocadas por la defensa que reúnan elementos mìnimos sustentados en la propia investigaciòn del Ministerio Público, que le permitan evaluar si se trata de situaciones plausibles que ameritan por ser revisadas. Esta manifestación de objetividad podría denominarse como "*deber de profesionalismo del Ministerio Pùblico en la investigación*".[16]

Por otra parte, este principio debiera imponer un deber de *lealtad* al Ministerio Pùblico para con la defensa, que se traduce, entre otras manifestaciones, en que éste no debe esconder información disponible que pueda favorecer a èsta; y en su deber de mostrar sus cartas en forma oportuna para que la defensa pueda prepararse adecuadamente. Finalmente, este principio debiera imponer el deber del Ministerio Pùblico de actuar de *buena fe* durante todo el desarrollo del procedimiento, evitando que las reglas del juego justo sean vulneradas. Ademàs todo esto debe ser complementado con la vigencia del principio de legalidad o sujeciòn a la ley de los funcionarios del Ministerio Pùblico, segùn el cual ellos no debieran realizar actuaciones que afecten normas constitucionales o legales".[17]

Debemos recordar que el imputado tiene derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g) y a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen (artículo 93 letra c), siendo asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigaciòn (artículo 93 letra b).

Si un imputado a quien se le ha dotado de todas esas garantìas decide no proporcionar antecedente alguno al Fiscal o le da antecedentes que no aparecen verosìmiles o son inconducentes respecto de la investigación para demostrar la inexistencia del hecho, su falta de tipicidad, su inocencia o la concurrencia de eximentes o atenuantes respecto de su responsabilidad, ello màs que obedecer a una negligencia del Fiscal, serà atribuible a la conducta poco diligente asumida por el imputado y su defensor.

En cuanto a la constataciòn empírica de la aplicación del principio de la objetividad, se nos ha señalado que "de muchas conversaciones con fiscales y tambièn de mis propias observaciones, me he formado una impresión en orden a que, en general, los fiscales aun no han encontrado una posición clara dentro del nuevo procedimiento penal.

"Segùn el derecho procesal penal chileno –que en este punto es idéntico al alemán– el fiscal tiene una posiciòn objetiva. No sòlo està obligado a investigar todas

[16] Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Págs. 146 y 147 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

[17] DUCE , Mauricio. Ob. cit. Marzo 2000.

las circunstancias que afectan al imputado, sino que también debe incluir en su investigación todas las circunstancias que lo puedan favorecer.

"Sin embargo, en la práctica, el fiscal ofrece más bien la imagen aparente de ser el abogado de la víctima. Las policías se limitan a recibir las denuncias y a transmitirlas inmediatamente al Ministerio Público. El fiscal interroga primero a la víctima para concretar el contenido de la denuncia y al mismo tiempo puede adoptar medidas para su protección. De esta forma surge inevitablemente en la víctima la impresión de estar de alguna forma con su abogado, con quien representa sus intereses. Esto se ve acentuado, incluso ópticamente, cuando en el juicio oral se ve, en una parte a la víctima sentada al lado del fiscal, mientras que, en la otra parte, están sentados el acusado y el abogado defensor, en tanto que el juez, sentado sobre su trono elevado, reina sobre todos. Es decir, la apariencia visual recuerda más bien un proceso de partes (fiscal y víctima contra defensor e imputado) según el modelo estadounidense. Sin embargo, esto no es compatible con el derecho procesal en Chile y, en la práctica, la víctima se sorprende vivamente cuando a veces 'su' fiscal expone –tal como se lo exige la ley– argumentos a favor del imputado.

"Por lo general, los fiscales se sienten incómodos por esta situación poco afortunada y muchas veces no saben exactamente cual es su posición en el proceso.

"Debido a esta situación, surge en Chile un problema adicional, cual es la seguridad personal de los fiscales. Muchos relatan haber sido no pocas veces también objeto de amenazas por parte de los imputados. Esto no es sorprendente, pues también el imputado ver que el fiscal se encuentra al lado de la víctima. De este modo, el fiscal se ve involucrado en los conflictos existentes entre la víctima e imputado, los que con frecuencia persisten todavía para el juicio oral.

"En Alemania, la posición del fiscal es más clara. Está obligado a la objetividad y ve su tarea en la realización de la pretensión punitiva del Estado. Él representa los intereses del Estado, tal como su nombre en alemán –*Staatsanwalt*, literalmente: 'abogado del Estado'– lo expresa. Durante el juicio oral, en la mayoría de los casos, el fiscal se ubica físicamente a la misma altura del juez. La víctima ingresa a la sala de audiencias en calidad de testigo y se retira luego de prestar declaración (con excepción de los escasos casos en que la víctima puede actuar como acusador particular, pero incluso en estos casos, la víctima no se sienta junto al fiscal). Se le asigna valor también al hecho que también hacia fuera el fiscal no actúa a título personal, sino que siempre sólo como representante del Ministerio Público. Por lo mismo, su nombre no aparece publicado en la tabla del tribunal (como sí he visto en Chile).

"En mi opinión, en este ámbito existe una necesidad urgente de acción. Sé que la posición del fiscal en parte como abogado de la víctima tiene su origen en la historia del establecimiento de la reforma procesal penal en Chile. Pero, por el bien de los fiscales, es necesario aclarar la situación. Si se quiere seguir viendo al fiscal fuertemente como representante de la víctima, resulta insostenible la regulación que lo obliga a la objetividad. Si el objetivo apunta más bien a realizar en la práctica la actual situación jurídica, entonces habría que realizar modificaciones en el desarrollo del proceso.

"De todos modos, en general considero deseable y muy positivo que se le brinde una intensa atención a las víctimas. No obstante, pienso que ésta no es una tarea que deba competerle personalmente al fiscal. El no dispone ni de la formación profesional adecuada (aquí se necesitan a menudo más bien psicólogos o asistentes sociales), ni puede dedicarle a esta tarea todo el tiempo que requiere. Hasta donde he podido apreciar durante mi visita, los fiscales ya están en el límite de su capacidad de rendimiento, todo esto sin abordar la pregunta de si será posible financiar a futuro, considerando la tendencia creciente (la oferta siempre estimula la demanda), una asistencia personalizada a la víctima con la misma intensidad actual".[18]

En cuanto a la violación del principio de la objetividad, se ha declarado por la Corte Suprema que "en relación la desconocimiento del principio de objetividad que gobierna al organismo público de persecución penal, es menester destacar que dicha máxima no se ubica dentro de las garantías constitucionales que nuestra Carta Fundamental enumera, sino que conforma uno de los criterios que orientan la instrucción criminal y es una obligación del fiscal enmarcar su actuación dentro de dicho axioma, bajo su propia responsabilidad y con las sanciones que la ley asigna al efecto, entre las que no se consigna la anulación del juicio por atropello de dicha norma, en caso de haber existido, mas aún si se repara en la carencia de pautas, parámetros e instrucciones de índole reglamentario para determinarlo. Si la defensa entiende vulnerado el principio de "objetividad" que a dicho agente le imponen la Constitución y las leyes, puede impugnar su actuación, mediante el reclamo hecho valer, por escrito, ante la autoridad superior del ente inculpador, quien deberá resolver la cuestión en el lapso de cinco días, de acuerdo con el artículo 33 de la LOC del Ministerio Público, sin que esta corte tenga atribuciones para ponderar su cumplimiento por la vía del recurso de nulidad".[19]

4.7. Eficiencia

El artículo 6° de la LOC del Min. P. consagra el principio de la eficiencia tanto respecto del uso de los recursos y bienes públicos como en relación con el cumplimiento o desempeño de sus funciones por parte del Ministerio Público.

Para la actuación eficiente, coordinada, evitando la duplicidad de funciones debe procederse a distribuir adecuadamente los casos entre las fiscalías locales (artículo 40 inciso 1° LOC Min. P.) y ser cauteloso en la ejecución de actuaciones y diligencias fuera de la fiscalía local (artículo 40 inciso 2° LOC Min. P.).

---

[18] Evaluación de la Reforma Procesal Penal chilena desde la perspectiva del sistema Alemán. Detlev Achhammer. Informe de Una visita. Páginas 82 a 84. 2003. Sociedad Alemana de Cooperación Técnica. GTZ 2003.

[19] Corte Suprema. 30.11.2005. *Revista Procesal Penal* N° 41. LexisNexis. Págs. 39 y Sgtes. Noviembre 2005.

Los procedimientos del Ministerio Pùblico deberàn ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que cstablezcan las leyes y procurarán la simplificaciòn y rapidez de sus actuaciones.

4.8. Probidad administrativa

El artìculo 8° de la LOC Min. P. contempla el principio de la probidad administrativa, al señalarnos que *los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público deberán observar el principio de probidad administrativa.*

4.9. Transparencia y publicidad

El principio de la transparencia de los actos de la administración, al igual que la probidad, tiene actualmente consagraciòn constitucional en el artìculo 8° de la CPR,[20] conforme al cual son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sólo una ley dc quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.[21]

El principio dc la transparencia se encuentra contemplado en los incisos 2° y 3° del artìculo 8° de la LOC del Min. P., el cual prescribe que *la funciòn pùblica se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de*

[20] Modificado por Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.

[21] Es del caso hacer presente que el dìa 20 de abril de 2009 entrò en vigencia la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Informaciòn Pùblica que reconoce el derecho de las personas precisamente a acceder a la informaciòn pùblica, señalado las excepciones que justifican la reserva de la informaciòn. Conforme ésta se presume que es pùblica toda la informaciòn en poder de los òrganos de la Administraciòn del Estado, a menos que estè sujeta a las excepciones legales, establece un procedimiento para acceder a la informaciòn en poder de los òrganos del Estado, consagra el principio de la transparencia activa por la cual se obliga a que èstos mantengan a disposiciòn permanente del pùblico, a travès de sus sitios electrónicos, un conjunto de informaciòn relevante para la fiscalizaciòn de su gestiòn, establece sanciones para las autoridades que injustificadamente denieguen el acceso a la información o incumplan sus deberes de transparencia activa y crea el Consejo para la Transparencia.

La ley se aplica a un amplio conjunto de instituciones y organismos, pero no todos se encuentran obligados en forma plena. Quienes deben cumplir integramente con la ley son los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades y todos aquellos servicios y organismos que han sido creados para dar cumplimiento a la funciòn administrativa, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

Los organismos constitucionalmente autònomos, como la Contraloria General de la República, el Banco Central, el Ministerio Pùblico, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, sòlo tienen la obligaciòn de cumplir con las disposiciones de Transparencia Activa, manteniendo a disposiciòn del pùblico en sus sitios institucionales aquella informaciòn que la ley les señala. Asimismo, estos organismos deben generar sus propios mecanismos internos para gestionar las solicitudes de informaciòn que las personas pudieran hacerles, pero no estàn sometidos al control del Consejo para la Transparencia.

los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

El Ministerio Público adoptará las medidas administrativas tendientes a asegurar el adecuado acceso a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal.[22]

A su vez, el inciso 4° del artículo 8° de la LOC del Min. P. establece como regla general el principio de la publicidad, prescribiendo al efecto que *son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.*

El costo del material empleado para entregar la información será siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales.

Excepcionalmente no revisten el carácter de públicos, pudiendo el Ministerio Público denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales:

a) Cuando la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias;

b) Cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo;

c) Cuando exista la oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos;

d) Cuando la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo Fiscal Regional o, en su caso, el Fiscal Nacional, y

e) Cuando la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La publicidad, divulgación e información de los actos relativos a o relacionados con la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de víctimas y testigos, se regirán por la ley procesal penal, teniendo aplicación al efecto las normas contempladas en los artículos 182, 307, 308 y 335 del CPP.

Durante la etapa de investigación, la publicidad es sólo relativa, dado que ésta es secreta respecto de terceros ajenos al procedimiento, en tanto que es pública para el imputado y los intervinientes, quienes pueden examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación fiscal y examinar los de la investigación policial (artículos 44 y 182).

Sin embargo, la publicidad respecto del imputado e intervinientes también puede contemplar excepciones durante la investigación, ya que el fiscal puede decretar el secreto respecto de ciertas actuaciones y/o piezas, cuando las estime necesarias para la eficacia de la investigación. Esta restricción en todo caso es sólo de tipo temporal,

[22] Creemos que debería establecerse necesariamente un horario para que los Fiscales a cargo de la investigación atiendan obligatoriamente al público y los abogados, en especial, respecto de los antecedentes de las investigaciones que realizan, lo que no se ha cumplido con regularidad hasta ahora.

ya que contempla como plazo máximo de duración un plazo de 40 días, pudiendo solicitarse al juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, ya sea en su duración, actuaciones, personas a quienes se refiere.

Ahora bien, hemos de considerar que el secreto que puede disponer el fiscal contempla una contraexcepción, dado que éste no puede decretar secreto respecto de:

a) la declaración del imputado;

b) cualquiera otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir el imputado;

c) actuaciones en que participare el tribunal;

d) informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o de su defensor.

La obligación de mantener reserva sobre la investigación afecta a los funcionarios que hubieren participado en ella y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de sus actuaciones.

4.10. Responsabilidad

Del análisis de las diversas normas legales aplicables, podemos distinguir las siguientes clases de responsabilidad:

a) Política;

b) Civil;

c) Penal, y

d) Administrativa

La responsabilidad política se puede hacer efectiva sólo respecto del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales a través del procedimiento contemplado en el artículo 53 de la LOC del Min. Público.[23]

La responsabilidad penal puede hacerse efectiva por la comisión de delitos comunes o por la comisión de delitos en el ejercicio de la función. Tratándose de delitos cometidos en el ejercicio de la función será necesario que se deduzca ante la Corte de Apelaciones respectiva la respectiva querella de capitulos para los efectos de formular la acusación o decretar una medida cautelar personal en contra del fiscal (artículos 46 inciso final LOC Min. P. y 424 y siguientes del CPP.)

La responsabilidad civil puede hacerse efectiva tanto respecto del Fiscal como respecto del Estado.

La responsabilidad civil se contempla en el artículo 45, al señalarnos que *los fiscales del Ministerio Público tendràn responsabilidad civil por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley*, lo que no resulta más que

[23] El Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y los Fiscales Adjuntos no se encuentran sujetos a la acusación constitucional para hacer efectiva su responsabilidad política en caso de notable abandono de deberes de conformidad a lo establecido en los artículos 52 N° 2 letra c) y 53 N° 1 de la Carta Fundamental. Ver el apartado relativo a la responsabilidad de los Fiscales en el Capítulo Segundo.

un desarrollo del principio general contemplado en el inciso 2° del artículo 2° y 11 de la LOC del Min. P.

Por otra parte, el artículo 5° contempla la responsabilidad del Estado por la actuación del Ministerio Público injustificadamente errónea o arbitraria.

Al efecto, dispone ese precepto que *el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.*

La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina.

En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra.[24]

La responsabilidad disciplinaria se encuentra contemplada expresamente en el artículo 48 de la LOC del Min. P., contemplándose en los artículos 49 a 52 las sanciones y el procedimiento que debe llevarse a cabo para hacerlas efectivas.

Excepcionalmente, se contemplan sanciones específicas para el incumplimiento de la obligación de declaración de intereses en el artículo 47 de la LOC del Min. P.

5. Características de la etapa de investigación

La etapa de investigación presenta las siguientes características:

a) Es *de naturaleza administrativa y no jurisdiccional*, que se encuentra a cargo del Ministerio Público, con el auxilio de la Policía, y bajo el control del juez de garantía.

La investigación es una etapa del proceso penal en el cual se persigue la realización de todas las diligencias y actuaciones necesarias destinadas fundamentalmente al logro de sus objetivos y, en particular, los relativos a la recopilación de los antecedentes que permitirán probar posteriormente en un juicio oral la existencia del delito y de las personas a quienes les ha cabido participación en éste.

El artículo 83 de la Carta Fundamental nos señala expresamente que al Ministerio Público, como órgano autónomo del Poder judicial, le corresponde dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

En consecuencia, ha sido el propio Constituyente quien ha determinado la necesidad de la existencia de este período de investigación, pero ha radicado la persecución e investigación criminal en un órgano de naturaleza administrativa, quien no puede desarrollar funciones de naturaleza jurisdiccional.

---

[24] Sobre el alcance de esta responsabilidad ver el apartado de la responsabilidad por el error judicial del Capítulo Primero de esta obra.

De acuerdo con ello, las decisiones de investigación por parte de los fiscales no son impugnables por la vía de los recursos de naturaleza jurisdiccional ante los tribunales, sino que mediante el ejercicio de reclamaciones administrativas ante los órganos superiores del Ministerio Público, sin perjuicio de poder requerirse también la intervención del juez de garantía en los casos previstos por la ley para la protección de los derechos de las víctimas (artículo 6°) y del imputado (artículo 10).

Dicha función de carácter investigadora que debe desarrollar el Ministerio Público se demuestra claramente de lo dispuesto, entre otros, en los artículos 77, 80, 180 y 181 del CPP, y 1°, 3° y 4° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Artículo 77. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Artículo 80. Los funcionarios señalados en el artículo anterior (La Policía) que, en cada caso, cumplieren funciones previstas en este Código, ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren.

También deberán cumplir las órdenes que les dirigieren los jueces para la tramitación del procedimiento.

Los funcionarios antes mencionados deberán cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les impartieren los fiscales y los jueces, cuya procedencia, conveniencia y oportunidad no podrán calificar, sin perjuicio de requerir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando correspondiere, salvo los casos urgentes a que se refiere el inciso final del artículo 9°, en los cuales la autorización judicial se exhibirá posteriormente.[25]

Artículo 180. Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1° de este Título, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores.

Los fiscales podrán exigir información de toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley. Los notarios, archiveros y conservadores de bienes raíces, y demás orga-

[25] Último inciso modificado por Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002.

nismos, autoridades y funcionarios públicos, deberán realizar las actuaciones y diligencias y otorgar los informes, antecedentes y copias de instrumentos que los fiscales les solicitaren, en forma gratuita y exentos de toda clase de derechos e impuestos.[26]
Artículo 181.– Actividades de la investigación. Para los fines previstos en el artículo anterior, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente.
Para el cumplimiento de los fines de la investigación se podrá disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados. En estos casos, una vez verificada la operación se certificará el día, hora y lugar en que ella se hubiere realizado, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes hubieren intervenido en ella, así como la individualización de la persona sometida a examen y la descripción de la cosa, suceso o fenómeno que se reprodujere o explicare. En todo caso se adoptarán las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación.

b) Es *una etapa analítica y desformalizada*, cuya actividad requiere quedar registrada.

Las diversas diligencias de investigación deben realizarse en forma desformalizada, conforme a la dirección del Ministerio Público, en forma lógica y vinculadas entre sí para el más eficaz y adecuado avance del procedimiento.

El Ministerio Público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo.

La constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados (artículo 227).

Sobre la materia, se nos ha señalado que "la fiscalía, en tanto órgano público y objetivo de la persecución criminal, debe, tal como lo señala el nuevo Código, dejar constancia en su carpeta, del conjunto de antecedentes y declaraciones que realiza y recibe, pues es ello lo que le permite el acceso al resto de los intervinientes a la información que se acumula.

[26] Último inciso modificado por Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

"Este acceso a la información del resto de los intervinientes es lo que permite, a su turno, desplegar adecuadamente las estrategias del querellante y del defensor de cara al proceso y eventualmente al juicio.

"Tratándose del defensor y del imputado, el acceso a la información que contiene los antecedentes de cargo debe entenderse como parte del contenido básico del derecho a defensa y de la preparación de los argumentos de descargo, como por lo demás lo resguardan los tratados internacionales.

"En esta línea de análisis puede sostenerse que la regla general es que las pruebas que el fiscal desea llevar a juicio y que presenta en la audiencia de preparación del juicio oral, deben provenir de antecedentes que constaban en la carpeta fiscal antes del cierre de la investigación.

"Por otra parte, no resulta necesario, en cambio que para aprovechar la declaración de un policía como testigo en el juicio, este último– el policía– deba necesariamente haber declarado ante el fiscal durante la investigación, bastando que el señalado policía, haya enviado su declaración a la fiscalía por cualquier conducto, esto es, parte policial, declaración anexa u otra, importando tan sólo que tal declaración conste en la carpeta fiscal antes del cierre de la investigación y el defensor haya podido acceder a ella materialmente. Una interpretación distinta puede provocar una grave e innecesaria burocratización de la fase de investigación.

"Frente a los argumentos en el sentido de aprovechar la declaración policial para los efectos del artículo 332, cabe precisar que, si un policía, tergiversa la versión prestada durante la fase de investigación puede confrontarse su versión en juicio con cualquier acta previa, pues la regla del artículo 334 inciso primero debe entenderse como una norma de garantía a favor del acusado. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al artículo 336 por la vía de la prueba sobre la prueba.[27]

En todo caso, se debe tener presente haberse resuelto en cuanto a la obligación de registro que impone el artículo 227 del CPP al Ministerio Público que ella *"es aplicable a aquellas actuaciones que efectivamente se realicen, y en el caso de los Carabineros del SIP, ha quedado claro que no prestaron declaración ante la Fiscalía y que su participación en la investigación quedó plasmada en las actas e informes que se pusieron a disposición del ente acusador y que se agregaron a la carpeta respectiva a la que tuvo acceso el abogado defensor como él mismo reconociera en estrados, por lo que no se divisa la forma en que se ha vulnerado su derecho a defensa".*[28]

En cuanto a la sanción respecto de la prueba testimonial rendida en el juicio oral sin que se hubieren registrado en forma alguna durante el período de investigación es que dichas declaraciones no sean valoradas por el tribunal. En este sentido, se ha señalado que el *"tribunal no puede sino llegar a la conclusión de que las declaraciones*

---

[27] BLANCO, Rafael. "Registro de las actuaciones de los Fiscales del Ministerio Público". *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 7 y 8. Febrero 2005.

[28] Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar. 26.4.2005. *Revista Procesal Penal* N° 34. Págs. 170 y Sgtes. Abril 2005.

de los funcionarios no deben ser valoradas, con la sola justificación de la fiscalía de que simplemente no existen registros de las actuaciones realizadas por estos policías durante la investigación, primero porque con ello se ha vulnerado la obligación del Ministerio Público de desarrollar, acorde con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la CPR, una investigación racional y justa, y segundo, porque al incumplir la policía y el Ministerio Público la obligación de registro que la ley les impone, impidió a la defensa el conocimiento del contenido de aquellos medios de prueba en los cuales se fundó la acusación fiscal en el juicio oral, conculcando con ello el derecho de la defensa a contar, desde las primeras actuaciones de la investigación hasta la completa ejecución de la sentencia, según lo prescrito en el artículo 7° del Código Procesal Penal, con los medios y con la información necesaria para preparar el juicio oral en igualdad de armas, a fin de refutar la prueba de cargo en base al principio de la contradicción, realizando de esta forma una defensa técnica efectiva, en el marco de un debido proceso".[29]

La policía levantará un registro, en el que dejará constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez.

El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado alguna información.

En todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral (artículo 228).

En cuanto al valor probatorio de dichos registros, debemos tener presente que se ha resuelto que *"tal como lo previene la norma del artículo 334 del CPP salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. Acorde a la norma referida no se dará valor alguno a lo señalado por ambos intervinientes en un juicio oral respecto a un parte policial no acompañado ni leído durante el mismo".*[30]

Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía tienen el carácter de secretas para los terceros ajenos al procedimiento, y de libre acceso para el imputado y demás intervinientes en el procedimiento, por regla general.

---

[29] Tribunal Oral en lo Penal de Quillota. 28.2.2005. *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 167 y Sgtes. Febrero 2005. Sobre igualdad de las partes. Igualdad de armas. CERDA G., Rodrigo. *El juicio oral.* Págs. 125 y Sgtes. Editorial Metropolitana. 2003. Santiago. Chile.

[30] Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar. 3.5.2005. *Revista Procesal Penal* N° 35. Págs. 67 y Sgtes. Mayo 2005.

Por otra parte, las audiencias judiciales que se realizan ante los jueces con competencia penal requieren ser registradas íntegramente por cualquier medio que asegure su fidelidad, tal como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente (artículos 39 y 41), etc. debiendo garantizar la conservación y la reproducción de su contenido.

c) Es *una etapa meramente preparatoria* y, por ello, por regla general, carente de valor probatorio.

La investigación, no importa el juicio penal mismo, por lo que el material reunido en esta etapa no sirve de antecedente para que pueda fundarse en ellos la sentencia penal que se haya de pronunciar en el juicio oral.

Al efecto, el inciso 2° del artículo 340 establece perentoriamente que *el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral*, y dando aplicación a este principio general, se establece en el inciso 3° del artículo 228 que *los registros de la policía no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral.*

Este cambio es uno de los más radicales, conjuntamente con el sujeto que debe hacerse cargo de la investigación, en relación con el antiguo sistema procesal penal. En el antiguo sistema, en la práctica y por el tiempo transcurrido durante el sumario criminal, los antecedentes reunidos dentro de esa etapa investigativa pasaban a tener un carácter único y definitivo en la mayoría de los casos, ya sea porque las partes no solicitaban la rendición de pruebas en la mayoría de los casos para la etapa de Plenario y, en caso de solicitarla, las pruebas rendidas por las partes en la etapa de Plenario Criminal no resultaban trascendentes para desvirtuar las que se habían recopilado latamente durante la fase inquisitiva, unilateral y secreta del sumario.

En el actual sistema procesal penal, la regla general es la inversa, puesto que los antecedentes reunidos en la fase de investigación ante una autoridad administratva carecen de valor probatorio en el juicio oral.

d) *Por regla general debe existir un procedimiento para la investigación de cada delito.*

La regla general es que el fiscal investigue en forma separada cada delito que conociere.

Este principio general se encuentra contemplado en el inciso 1° del Artículo 185, según el cual "El fiscal podrá investigar separadamente cada delito de que conociere".

No obstante, esta regla general reconoce excepciones, es decir, existen casos en que un fiscal dentro de un mismo procedimiento puede investigar dos o más delitos en los casos contemplados en la ley.

Al efecto, prevé el inciso 1° del artículo 185 en su última parte que un fiscal podrá desarrollar la investigación conjunta de dos o más delitos, cuando ello resultare conveniente. Asimismo, en cualquier momento podrá separar las investigaciones que se llevaren en forma conjunta.

En el evento que dos fiscales investigaren en diversos procedimiento un mismo delito, se prevé en el inciso segundo del artículo 185 que "cuando dos o más fiscales se encontraren investigando los mismos hechos y con motivo de esta circunstancia se afectaren los derechos de la defensa del imputado, éste podrá pedir al superior jerárquico o al superior jerárquico común, en su caso, que resuelva cuál tendrá a su cargo el caso.

Sin perjuicio de esta facultad del Ministerio Público para determinar la forma en la cual lleva a cabo las investigaciones, en forma separada o conjunta respecto de dos o más delitos, se contempla respecto de la materia la intervención del juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 274).

Al efecto, dispone dicho precepto que cuando el Ministerio Público formulare diversas acusaciones que el juez considerare conveniente someter a un mismo juicio oral, y siempre que ello no perjudicare el derecho a defensa, podrá unirlas y decretar la apertura de un solo juicio oral, si ellas estuvieren vinculadas por referirse a un mismo hecho, a un mismo imputado o porque debieren ser examinadas unas mismas pruebas.

El juez de garantía podrá dictar autos de apertura del juicio oral separados, para distintos hechos o diferentes imputados que estuvieren comprendidos en una misma acusación, cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio o detrimento al derecho de defensa, y siempre que ello no implicare el riesgo de provocar decisiones contradictorias.

e) Como *objetivos,* la investigación persigue recopilar los antecedentes destinados a configurar la pretensión penal cuya satisfacción pueda solicitarse en el juicio oral y seleccionar a través del criterio de la discrecionalidad y de las salidas alternativas los casos que se investigarán por el sistema para velar por su eficiencia; proteger a la víctima y los testigos; y asegurar la persona del imputado con las medidas cautelares reales y mediante las medidas cautelares reales asegurar la responsabilidad civil del imputado para con la víctima generadas con motivo de la comisión del hecho punible.

f) La etapa de investigación *debe regirse por el principio de objetividad.*

El principio de objetividad consiste en entender que el Ministerio Público no es simplemente un querellante, sino que es un órgano público que representa el interés de la comunidad en la persecución del delito. Por lo tanto, no sólo debe considerar los hechos y circunstancias que configuren ese delito o agraven la responsabilidad del imputado, sino también aquellos que eximan, extingan o atenúen tal responsabilidad. Constituye el equivalente al principio de imparcialidad que actualmente guía la judicatura, pero se define de esta forma en consideración a que no es un tercero que arbitra el conflicto penal, sino que interviene como parte en el mismo".[31]

[31] Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en 2° trámite constitucional, discusión general. Exposición del señor Jefe de la Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal del Ministerio de Justicia, don Rafael Blanco; iii) Principios que informan la actuación del Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias.* Tomo IV. *Ministerio Público.* LONDOÑO, Fernando y otros. Pág. 211. Octubre 2003. Editorial Jurídica de Chile.

Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia (artículo 183).

g) *Se encuentra regida por el principio de la legalidad* como regla general siendo obligatoria la persecución penal, sin perjuicio que excepcionalmente es posible aplicar el principio de oportunidad reglada en los casos previstos por el legislador (artículo 170).

h) *Las audiencias se realizan en forma oral durante la etapa de investigación ante el juez de garantía* y respecto de ellas se aplica el principio de la bilateralidad de la audiencia o contradictorio, publicidad, inmediación, continuidad, y concentración.

i) Respecto de las medidas cautelares personales se aplican los principios de la legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad y proporcionalidad.

j) *Los intervinientes tienen acceso por regla general a la información de los antecedentes de la investigación.*

Las reglas que se establecen respecto de la publicidad o secreto de los antecedentes de la investigación son los siguientes:

a) Respecto de terceros.

Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento (artículo 182 inciso 1°). Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas (artículo 182 inciso final).

b) Respecto de los intervinientes.

Sin embargo, el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y los documentos de la investigación fiscal y examinar los policiales, por lo que la regla general es que las actuaciones y registros del Ministerio Público y la policía son públicos para los intervinientes y no revisten el carácter de secretos para ellos.

Excepcionalmente, se puede por el fiscal disponer el secreto respecto de uno o más intervinientes, sólo respecto de antecedentes determinados, que no pueden ser de aquellos que se contempla el principio absoluto de publicidad en beneficio del imputado, y por un plazo no superior a cuarenta días.

Al efecto, se dispone por el legislador que el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la

investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo límite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare (artículo 182).

Finalmente, existe un principio de publicidad absoluta respecto del imputado en relación con determinados antecedentes, sin que pueda el fiscal disponer la reserva de ellos.

Por mandato expreso del legislador, el fiscal no podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

k) *Se contemplan diversos mecanismos de aceleración del procedimiento para arribar prontamente a la etapa de juicio*, como fijación de plazo judicial menor al contemplado en la ley para el cierre de la investigación (artículo 234); juicio inmediato (artículo 235); resolución del caso en procedimiento simplificado (artículos 393 bis y 395) y aplicación del procedimiento abreviado (artículos 406 y siguientes), todas las que analizaremos al referirnos a las materias que pueden ser tratadas en la audiencia de formalización de la investigación y a los procedimientos especiales.

6. FORMAS DE INICIAR EL PROCEDIMIENTO POR CRIMEN O SIMPLE DELITO DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA

El artículo 172 nos señala las tres formas o manera de iniciar la investigación de un hecho que revistiere los caracteres de crimen o simple delito de acción penal pública. "*La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse*:

1. De oficio por el Ministerio Público

2. Por denuncia, o

3. Por querella".

En consecuencia, no se contempla como medio para dar inicio a la investigación a la pesquisa judicial en el nuevo sistema procesal penal como acontecía en el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal, lo que resulta obvio en atención a que la investigación ha sido reservada en forma exclusiva al Ministerio Público, no pudiendo por ello darse inicio a ésta por parte de los tribunales.

6.1. Inicio de investigación de oficio por el Ministerio Público

Esta forma de iniciar de oficio la investigación por parte del Ministerio Público se encuentra expresamente contemplada en el artículo 166, distinguiéndose según la naturaleza de la acción de que se trate.

a) Tratándose de los crímenes o simples delitos de acción penal pública, cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.

Los fiscales, en cuanto funcionarios públicos, se encuentran obligados a denunciar los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos (artículo 175 letra b) existiendo dicha obligación también respecto de la responsabilidad penal que pudiere afectar a sus pares o a sus superiores.[32]

b)Tratándose de delitos de acción pública, previa instancia particular, el Ministerio Público no podrá proceder sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho con arreglo al artículo 54, salvo para realizar los actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito.

En cuanto a la oportunidad en la cual los fiscales deben dar inicio a la investigación, dispone el inciso segundo del artículo 180 que "sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1° de este Título, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores.

c) Tratándose de los delitos de acción privada, debemos recordar que nunca puede ser ejercida la acción penal por parte del Ministerio Público, sino que por la víctima y a través de la interposición de una querella en el procedimiento por delito de acción privada (artículos 55 y 400).

6.2. Inicio de investigación por denuncia

a) Reglamentación

La denuncia se encuentra reglamentada en los artículos 172 a 179.

b) Concepto

La denuncia es un acto de mera participación de conocimiento de un hecho aparentemente delictivo con el objeto que el Ministerio Público provea a su averiguación, pero sin que dicho acto vaya acompañado de una concreta pretensión punitiva y ni siquiera de la solicitud de diligencias de investigación.

---

[32] Articulo 46 LOC Min. P.

c) Efectos

El denunciante nunca se transforma en parte del proceso penal ni es considerado un sujeto procesal en el mismo, a menos que nos encontremos frente a la víctima del delito, que reviste la condición de interviniente y sujeto procesal por revestir tal carácter y no por el hecho de haber formulado una denuncia (artículo 12 y Título IV del Libro I).

El denunciante sólo persigue con su actuación poner en conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo ante las autoridades respectivas para que el Ministerio Público proceda a dirigir su investigación.

No siendo interviniente el denunciante del proceso penal, éste no puede solicitar diligencias, pudiendo tan sólo proponerlas, sin poder ejercer ningún acto de impugnación si no son decretadas por parte del Ministerio Público.

Las anteriores afirmaciones aparecen plenamente corroboradas por lo señalado en el artículo 173, al señalarnos que "*cualquier persona podrá comunicar directamente al Ministerio Público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito.*

También se podrá formular la denuncia ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería de Chile en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público".

Como acto de mera participación de conocimiento, el denunciante cumple su objetivo y agota su actividad por la mera presentación de la denuncia, a menos que se trate de la víctima, quien puede continuar ejerciendo en el proceso penal todos los derechos contemplados en su beneficio por parte del legislador.

En tal sentido, dispone la última parte del artículo 178 que el denunciante no "*adquirirá el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito*".

d) Clasificación

En atención a la obligación o la facultad discrecional que posee una persona de poder efectuarla, la denuncia se ha clasificado, en denuncia privada o cívica y denuncia pública u obligatoria.

La denuncia privada o cívica es aquella de carácter facultativo, en la cual una persona de la sociedad voluntariamente pone un hecho aparentemente delictivo en conocimiento de las autoridades para que se provea a su averiguación.

Al efecto, establece el artículo 173 que "*cualquier persona podrá comunicar directamente al Ministerio Público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito*".[33]

[33] Sobre la materia resulta ilustrativo resaltar los que nos señala Ballesteros en la nota puesta al pie del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal en donde fundamenta el carácter facultativo de

La denuncia privada o cívica constituye la regla general dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Denuncia pública u obligatoria es aquella en que un sujeto se encuentra obligado a poner en conocimiento de la autoridad la noticia que tiene de la comisión de un hecho punible dentro de un determinado plazo, configurándose un delito si no lo hace.

La denuncia pública constituye la excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Los sujetos que se encuentran en la obligación de formular una denuncia pública se encuentran contemplados en el artículo 175, el cual nos señala que "Estarán obligados a denunciar:

a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presencien o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

b) Los fiscales y demás empleados públicos, los delitos que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones, y especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos.

c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves mercantes o aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de transporte o carga, los delitos que se cometan durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo de un buque o aeronave.

d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y otras ramas relacionadas con la conservación o restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que noten en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito.

La denuncia hecha por uno de los obligados en este artículo eximirá al resto.

El plazo para dar cumplimiento a la obligación de formular la denuncia pública se contempla en el artículo 176, el que nos señala que "las personas indicadas en el artículo anterior deberán hacer la denuncia dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que tengan conocimiento del hecho criminal. Respecto de los capitanes

---

Continuación nota [33]

la denuncia y que se mantiene en el nuevo sistema procesal penal, en la cual nos indica que "algunos códigos como el holandés, el francés y el español, hacen obligatoria la denuncia a todo ciudadano que sepa que se ha cometido un delito. Hemos preferido el sistema austriaco que se limita a conferir el derecho de denunciar". Encuentro, dice un notable escritor, profundamente moral el sistema que trata de erigir en obligación estricta con sanción penal, a denuncia practicada por todos los ciudadanos; ella no haría sino arrojar en las relaciones sociales una desconfianza capaz de quebrantarlas" (LAZO, Santiago. *Los Códigos Chilenos anotados. Código de Procedimiento Penal.* Pág. 114. Poblete Cruzat Hnos. Editores. 1916).

de naves o aeronaves, se contará este plazo desde que arribaren a cualquier puerto o aeropuerto de la República.

La sanción que rige para los que incumplan con la obligación de formular la denuncia pública se contempla en el artículo 177, el que dispone que *"las personas indicadas en el artículo 175, que omitan hacer la denuncia que en él se prescribe, incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere"*.

Aunque no se señale en el nuevo Código, estimamos que si hubiere mérito para estimar como encubridor al funcionario que ha omitido la denuncia, el juez procederá contra él con arreglo a la ley del tipo penal respecto del cual se verificó el encubrimiento, no pudiéndose en tal caso aplicar la pena prevista en el artículo 494.

Finalmente, debemos tener presente que la pena prevista en el artículo 494 por no haber efectuado la denuncia obligatoria no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos (artículo 177 inciso 2°). Esta norma guarda estrecha relación con el derecho a no declarar bajo juramento del imputado y las demás personas contempladas en la Constitución y la ley prevista en el artículo 19 N° 7 letra f) de la Carta Fundamental; y con la facultad de no declarar que se prevé en los artículos 302 y 305 del CPP.

e) Sujetos que pueden formular la denuncia

De conformidad con el artículo 173, "*cualquier persona* podrá comunicar directamente al Ministerio Público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito".

En consecuencia, de conformidad con las reglas generales puede denunciar el hecho cualquier persona, siempre que posea capacidad de goce y de ejercicio. Para la presentación de la denuncia no es necesario en caso alguno cumplir con los requisitos del *ius postulandi*.

Debemos hacer presente que no se ha contemplado prohibición alguna para denunciar un delito como acontece con la querella en el artículo 116, y que, por otra parte, se ha aceptado expresamente la autodenuncia en el artículo 179.

Al efecto, dispone el artículo 179, titulado autodenuncia, que quien hubiere sido imputado por otra persona de haber participado en la comisión de un hecho ilícito, tendrá el derecho de concurrir ante el Ministerio Público y solicitar se investigue la imputación de que hubiere sido objeto.

Si el fiscal respectivo se negare a proceder, la persona imputada podrá recurrir ante las autoridades superiores del Ministerio Público, a efecto de que revisen tal decisión.

f) Receptores de la denuncia

De conformidad a lo previsto en el articulo 173, son sujetos receptores de la denuncia:

a) El Ministerio Público.

b) Los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones.

c) Los funcionarios de Gendarmería en caso de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, y

d) Cualquier tribunal con competencia criminal.

En caso que la denuncia no se presente ante el Ministerio Público, todos los demás receptores de ella deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público (artículo 173 inciso 2°).

g) Forma y contenido de la denuncia

La denuncia, que puede ser hecha por cualquier medio, aunque sólo se regula la formalidad de la que es formulada de palabra o por escrito.

La denuncia verbal se levantará en un registro en presencia del denunciante; quien lo firmará junto con el funcionario que la recibiere. Si el denunciante no pudiere o no supiere firmar, lo hará otra persona a su ruego (artículo 174 inciso 2°).

La denuncia escrita será firmada por el denunciante, o por un tercero a ruego del denunciante que no pudiere o no supiere firmar (artículo 174 inciso 2°).

La denuncia, verbal o escrita, debe contener:

a) La identificación del denunciante y el señalamiento de su domicilio.

b) La narración circunstanciada del hecho.

c) La designación de quienes lo hubieren cometido.

d) La designación de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieren noticia de él.

Todos estos requisitos deben ser exigidos en cuanto le constare al denunciante.

h) Oportunidad para presentar la denuncia

La denuncia como acto de mera participación de conocimiento de un hecho aparentemente delictivo para que se provea a su averiguación siempre es un acto que tiene por finalidad dar inicio a una investigación criminal.

En consecuencia, la denuncia que se presenta respecto de un delito respecto del cual ya se ha iniciado una investigación carece de objeto para darle inicio, y ella deberá ser agregada como antecedente a la carpeta de investigación ya existente en poder del Ministerio Público, sin perjuicio de citarse al denunciante como testigo por el fiscal si en la denuncia se están aportando mayores informaciones a las existentes en la carpeta de investigación.

i) Actitudes del Ministerio Público frente a la denuncia

Las actitudes que el Ministerio Público puede adoptar frente a una denuncia presentada con la finalidad de dar inicio a un procedimiento penal por crimen o simple delito de acción penal pública son las siguientes:

a) Denuncia presentada o enviada al Ministerio Público por los órganos receptores en la cual se proporcionen antecedentes para iniciar una investigación.

En este caso, el Ministerio Público debe proceder a iniciar la investigación para cumplir con su función básica de esta etapa, consistente en recopilar en forma objetiva los antecedentes y evidencias que permitirán fundar una acusación por uno o mas delitos en contra de uno o más imputados.

Al efecto, dispone el inciso segundo del artículo 180 que "*sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1º de este Título, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores*".

Con ello, el Ministerio Público podrá desarrollar con posterioridad en forma exitosa un juicio oral, en el cual se obtenga la dictación de una sentencia penal condenatoria que permita hacer efectiva la pretensión punitiva estatal que emana de la comisión del delito.

b) Casos en los cuales el Ministerio Público se encuentra facultado para no dar curso a la denuncia mediante el inicio de una investigación.

El Ministerio Público se encuentra facultado para no dar inicio a una investigación, cualquiera sea el medio por el cual hubiere tenido conocimiento de los antecedentes, incluida la denuncia, pudiendo aplicar: el archivo provisional (artículo 167); la facultad de no iniciar investigación por no revestir el hecho el carácter de delito o encontrarse extinguida la responsabilidad penal (artículo 168) o aplicar el principio de oportunidad (artículo 170). A todas estas actitudes nos referiremos en apartados siguientes.

j) Responsabilidad del denunciante

De conformidad con lo previsto en el artículo 178 el denunciante no contraerá otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella y que, en este caso, no es otro que el delito de acusación o denuncia calumniosa contemplado en el artículo 211 del Código Penal.[34] Además, es responsable de los perjuicios civiles que hubiere causado con la denuncia.[35]

---

[34] El artículo 211 del C. Penal dispone que "*La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, cuando versare sobre un crimen, con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si fuere sobre simple delito, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se tratare de una falta*".

[35] Ver Capítulo Segundo, relativo a las características de la acción penal pública.

6.3. La querella como medio para la iniciación del procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública

a) Reglamentación

La querella no se encuentra reglamentada dentro de los medios para dar inicio a la investigación, sino que al regular al querellante como sujeto procesal en el párrafo 7 del Título IV Sujetos Procesales del Libro I del Código, conformado por los artículos 111 y siguientes.

A fin de tratar adecuadamente el tema, debemos recapitular respecto de la querella sus principales aspectos[36].

b) Concepto

La querella es un acto jurídico procesal, consistente en una declaración de voluntad dirigida al tribunal competente, por la cual se solicita la iniciación del procedimiento penal mediante una investigación a realizarse por el Ministerio Público o la adhesión a una investigación ya existente, en ambos casos con el propósito de ser considerado como un sujeto procesal dentro del proceso penal.

c) Objetivos de la querella

El primer objetivo que puede perseguir la querella es poner en conocimiento del Ministerio Público un hecho que reviste caracteres de delito, solicitar la activación de una investigación de determinados hechos que revisten caracteres de delito frente a una o varias personas determinadas o determinables.

Sin embargo, cualquiera sea la oportunidad en que se presente, la persona que deduce la querella persigue en convertirse en un sujeto procesal, lo que le permitirá si no es víctima proponer la realización de diversas diligencias encaminadas a la determinación y aseguramiento de la pretensión punitivas y al resarcimiento de los daños derivados en su caso y ejercer los demás derechos que le confiere la ley.

La querella a diferencia de la denuncia, no sólo persigue poner en conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo ante el tribunal competente para que el trihunal provea a su averiguación, sino que la voluntad principal que se expresa por el querellante es la de pasar a ser un sujeto procesal dentro del proceso penal.

Al efecto, prevé el inciso final del artículo 112, que "*Admitida a tramitación, el juez la remitirá al Ministerio Público y el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261*".

---

[36] Véase el apartado 9, el querellante del Capítulo II Sujetos Procesales de esta misma obra.

d) Personas legitimadas para querellarse

En el actual sistema procesal penal se limita la posibilidad de querellarse en relación con el antiguo procedimiento penal, puesto que sólo pueden hacerlo las personas expresamente previstas en la ley, que no se encuentren afectas a una prohibición legal, quienes deben obrar cumpliendo con los requisitos del *ius postulandi.*

De conformidad con el inciso 1° del artículo 111, la regla general es que se encuentra legitimado para ser querellante solamente *la victima, su representante legal o su heredero testamentario.*

La posibilidad que personas distintas de la víctima interpongan querella es excepcional, sólo cabiendo en la actualidad respecto de hechos punibles cometidos en la misma provincia constitutivos de delitos terroristas, o cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública (articulo 111 inciso 2°), en cuyos casos, puede deducir la querella también cualquiera persona capaz de parecer en juicio, domiciliada en la provincia respectiva.

Finalmente, el nuevo inciso tercero del artículo 111 dispone que tratándose de los órganos y servicios públicos la ley dispone que sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes.

Conforme lo anterior, el proceso penal puede iniciarse actualmente por querella ejercida por:

a) La víctima.

b) El representante legal de la víctima.

c) El heredero testamentario de la víctima.

Si se trata de los órganos y servicios públicos, si la respectiva ley los habilita en tal sentido.

d) Por cualquier habitante de la provincia, respecto de:

i) delitos terroristas;

ii) delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución, o

iii) delitos contra la probidad pública

Actualmente no se contempla la acción popular respecto de hechos punibles cometidos en la región que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto (antiguo artículo 111 inciso 3°), cuyas razones de eliminación quedaron recogidas en actas de la discusión parlamentaria[37], reafirmándose con ello el ejercicio por parte de la víctima y el Ministerio Público, sin intervención de otros actores que podían entorpecer el procedimiento.

[37] Ver apartado relativo a personas legitimadas para querellarse por el legislador, del Capítulo Segundo.

Las reglas generales señaladas, precisamente no obstan la existencia de normas especiales que en cada caso faculten a determinados organismos o autoridades a ejercer la acción penal vía la interposición de una querella. Así, en dicha tramitación parlamentaria y también conforme la restricción que experimentó el artículo 111, se discutió la facultad de ciertas autoridades políticas de interponer querellas respecto de hechos delictivos que afectaren la seguridad y el orden público. Se modificó el D.F.L. Nº 7.912, de 1927, en su artículo 3º a)[38], especificando que el Ministro del Interior, el Subsecretario del Interior, los Intendentes y los Gobernadores pueden deducir querella, cuando:

i) El o los hechos delictivos que la motivan hayan alterado el orden público en la forma señalada por la norma.

ii) Hayan afectado la seguridad pública generando en toda o en un sector de la población el temor de ser víctima de delitos de la misma especie, con las limitaciones específicas que se indican.

iii) Se trate de delitos contemplados en la Ley Nº 19.327, sobre prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional.

iv) Se trate de delitos contenidos en la Ley Nº 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por otra parte el legislador contempla prohibiciones legales para querellarse en el artículo 116, motivo por el cual no podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:

a) Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia, y

---

[38] Dispone la norma referida que "*Para los efectos señalados en el párrafo anterior de esta letra, y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 111 del Código Procesal Penal y de las demás facultades otorgadas por leyes especiales, el Ministro del Interior, los Intendentes y Gobernadores, según corresponda, podrán deducir querella:*

a) cuando el o los hechos que revistan caracteres de delito hubieren alterado el orden público, impidiendo o perturbando gravemente la regularidad de las actividades empresariales, laborales, educacionales o sociales o el funcionamiento de los servicios públicos o esenciales para la comunidad, o bien impidiendo o limitando severamente a un grupo de personas el legítimo goce o ejercicio de uno o más derechos, libertades o garantías reconocidos por la Constitución Política de la República;

b) cuando el o los hechos que revistan caracteres de delito, considerados en conjunto con otros similares y próximos en el tiempo, hubieren afectado la seguridad pública, generando en toda la población o en un sector de ella el temor de ser víctima de delitos de la misma especie. En caso alguno podrán considerarse comprendidos en esta letra las faltas, los cuasidelitos, los delitos de acción privada, ni los incluidos en los Párrafos 2 y 5 del Título III; Párrafos 5, 7 y 8 del Título IV; Párrafos 2 bis, 3, 5 y 7 del Título VI; todos los del Título VII, salvo los de los Párrafos 5 y 6; los de los Párrafos 2, 4, 6 y 7 del Título VIII; los de los Párrafos 7 y 8 del Título IX, y los del Título X, todos del Libro Segundo del Código Penal, y

c) cuando se trate de los delitos contemplados en las leyes Nº 19.327, sobre prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, y Nº 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.".

b) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos (artículo 116).

e) Requisitos de forma de la querella

La querella debe ser presentada por escrito y dando cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 113, solamente ante el juez de garantía competente (artículos 112 inciso 2° y 264 letra a). Adicionalmente, de conformidad con los artículos 1° y 2° de la Ley de Comparecencia en Juicio, en la querella debe constituirse el patrocinio y poder.

Aun cuando no se contemple como causal de inadmisibilidad de la querella la de haber sido presentada ante un juez de garantía incompetente, ella puede ser declarada de oficio de conformidad a lo previsto en artículo 163 en relación con los artículos 2°, 160, 264 letra a y 774 letra a).

f) Oportunidad para presentar la querella

Considerando que la querella puede o no un constituir el acto que dé inicio a un procedimiento penal, dado que el requisito esencial respecto de ella consiste en la voluntad de hacerse parte activa el querellante en el proceso penal para ejercer los derechos que le confiere la ley, lo relevante no es determinar el momento a partir del cual ella puede ser presentada, sino el momento preclusivo, es decir, el instante, o etapa hasta el cual ella puede ser presentada para que el querellante pueda ser considerado interviniente y ejercer los derechos de tal. Lo anterior tiene importancia, en especial si nos encontramos ante uno de los casos excepcionales en que ella es ejercida por una persona que no es la víctima, quien no tiene el carácter de interviniente.

De conformidad a lo previsto en el inciso primero del artículo 112 "*La querella podrá presentarse en cualquier momento, mientras el fiscal no declarare cerrada la investigación*".

En consecuencia podemos señalar que la querella puede ser deducida por los sujetos habilitados y cumpliéndose los presupuestos y requisitos señalados en cualquier momento de la investigación, ya sea para darle inicio o durante ésta, hasta tanto el fiscal no la declare cerrada. Más allá de dicha etapa, el sujeto titular de la misma verá precluida su posibilidad.

g) Actitudes del tribunal frente a la querella

Las actitudes que el tribunal puede adoptar frente a una querella son las siguientes:

1°. El tribunal puede darle curso a la querella.

Si la querella se ha presentado dando cumplimiento a todos los requisitos legales ante el juez de garantía competente, éste debe remitirla al Ministerio Público, quien

deberá proceder a dar inicio a la investigación, en caso que ello no hubiere acontecido así con anterioridad a través de una denuncia o de oficio.

Mediante la admisión a tramitación de la querella, el querellante se transforma en un interviniente en el proceso penal conforme a lo previsto en el artículo 12, pudiendo participar en todos las actuaciones y diligencias en que se contempla la concurrencia de los intervinientes; y además, podrá ejercer los derechos que le confiere el artículo 261.[39]

La resolución que admitiere a tramitación la querella será inapelable (artículo 115 inciso 2°).

2°. El tribunal puede no dar curso a la querella.

De conformidad a lo previsto en el articulo 114, la querella no será admitida a tramitación por el juez de garantía:

a) Cuando fuere presentada extemporàneamente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 112, es decir, cuando el fiscal hubiere declarado cerrada la investigación;

b) Cuando, habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para subsanar los defectos que presentare por falta de alguno de los requisitos señalados en el artículo 113, el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo;

c) Cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito;

d) Cuando de los antecedentes contenidos en ella apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. En este caso, la declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del Ministerio Público, y

e) Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley.

No obstante lo anterior, en aquellos casos en que no se diere curso a una querella en que se persiguiere un delito de acción pública o previa instancia particular, por aplicación de alguna de las causales previstas en las letras a) y b) del articulo 114 (extemporaneidad y falta de requisitos formales), el juez la pondrá en conocimiento del Ministerio Público para ser tenida como denuncia, siempre que no le constare que la investigación del hecho hubiere sido iniciada de otro modo (artículo 117).

---

[39] *Artículo 261. Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:*

a) Adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;

b) Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección;

c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259, y

d) Deducir demanda civil, cuando procediere.

La resolución que declarare inadmisible la querella será apelable, pero sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento (artículo 115 inciso 1°).[40]

h) Forma de terminación de la querella.

La terminación de la querella se puede producir por el desistimiento y el abandono.

6.4. Paralelo entre la denuncia y la querella

El paralelo que puede efectuarse relativo a las diferencias y semejanzas entre la denuncia y la querella es el siguiente:

Inicio del proceso penal	Ambas son formas o medios para dar inicio a un proceso por delito de acción penal pública. Sin embargo, sólo a través de la presentación de una querella se puede dar inicio a un proceso por delito de acción penal privada.
Sujeto	Puede ser denunciante cualquier persona que posea capacidad de acuerdo a las reglas generales, sin requerirse dar cumplimiento al *ius postulandi*. El querellante, por regla general, sólo puede serlo una víctima, no afecta a una prohibición legal y que dé cumplimiento a los requisitos del *ius postulandi*.
Obligatoriedad	La presentación de la denuncia y querella son facultativas por regla general. Sólo se contemplan casos de obligatoriedad de presentación respecto de la denuncia pública. Por el contrario no hay obligación o deber de querellarse.
Forma	La denuncia puede ser verbal o escrita, y sólo debe contener narración de los hechos delictivos y sus partícipes, sin que exista una parte petitoria al no ser parte. La querella siempre es escrita y formal al tener que cumplir con requisitos específicos previstos en el artículo 113.
Fianza de calumnia	En el nuevo sistema procesal penal no se debe rendir fianza de calumnia tanto en la denuncia como en la querella, lo que se justifica atendida la limitación por regla general a la víctima como sujeto legitimado para deducir la querella.
Receptor	La denuncia puede ser presentada directamente ante el Ministerio Público, o ante funcionarios de Carabineros, de la Policía de Investigaciones o ante cualquier tribunal con competencia criminal para hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público. Adicionalmente, se puede presentar ante Gendarmería de Chile pero sólo respecto de delitos cometidos en recintos penitenciarios. La querella debe ser presentada sólo ante el juez de garantía competente.

[40] Este artículo es importante porque da a entender a contrario sensu que es posible como regla general solicitarse una orden de no innovar en la tramitación de un recurso de apelación.

Objetivo	La denuncia es un acto de mera participación de conocimiento. La querella es una declaración de voluntad que se efectúa con el propósito de ser considerado el querellante como un sujeto procesal en el proceso penal, pudiendo dar inicio a una investigación si ella no se hubiere iniciado con anterioridad por otro medio.
Sujeto procesal	El denunciante no se transforma en sujeto procesal del proceso penal, sin perjuicio de poder revestir tal condición si fuere la víctima del delito. El querellante se transforma en sujeto procesal en el proceso penal si es que no fuere víctima del delito, pudiendo ejercer los mayores derechos que le confiere la ley, especialmente, dentro del juicio oral. Además, si con posterioridad deduce acusación puede participar como parte activa en el juicio oral.
Término de condición de sujeto procesal	Respecto del querellante, que es un sujeto procesal que tiene derecho a actuar en el proceso penal, se contempla el término de tal condición por el desistimiento y el abandono de la querella. Dichas causales de término no se contemplan respecto del denunciante, dado que no es un sujeto procesal.
Oportunidad	La denuncia es un acto que sólo está destinado a dar inicio a una investigación por el Ministerio Público respecto de un delito que reviste el carácter de crimen o simple delito de acción penal pública. La querella se puede presentar hasta que el fiscal no declarare cerrada la investigación.
Responsabilidad	Tanto el denunciante como el querellante son responsables del delito de denuncia o acusación calumniosa contemplado en el artículo 211 del C. Penal.
Actitudes del tribunal	Las actitudes del tribunal en los casos en que procede no darles curso son distintas, pero son comunes los casos relativos a no ser delitos los hechos o encontrarse extinguida la responsabilidad penal respecto de los hechos denunciados o con motivo de los cuales se presenta la querella, el archivo provisional, y la aplicación del principio de oportunidad.

7. MEDIOS DE CONTROL DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

Entendiendo que la acción penal pública es aquella que se ejercita a nombre de la sociedad, para la averiguación de todo delito que deba perseguirse de oficio, el legislador adopta una serie de medios para controlar dicho ejercicio de forma de impedir que ésta se convierta en instrumento de odios o de venganzas particulares. Los mecanismos de control a tal fin establecidos en el actual sistema procesal penal, son las siguientes:

a) Se limita como regla general el ejercicio de la acción penal por medio de una querella sólo a la víctima del delito, su representante legal o su heredero testamentario (artículo 111 inciso 1°).

b) Se contempla la responsabilidad del Ministerio Público por la actuación ilegal que importaría el inicio de una investigación en forma injustificadamente errónea o arbitraria (artículo 5° LOC Min. P.).

c) Se establecen los casos en los cuales se faculta al Ministerio Público para no dar curso a una denuncia; y al juez de garantía para declarar inadmisible una querella, impidiendo con ello darse comienzo a una investigación criminal por parte del Ministerio Público.

En efecto, como ya hemos analizado, el legislador ha contemplado los siguientes casos en los cuales se faculta al Ministerio Público para no dar curso a una denuncia y al juez de garantía para declarar inadmisible una querella, impidiendo con ello que se dé comienzo a una investigación criminal por parte del Ministerio Público:

i) No reviste el carácter de delito el hecho denunciado o narrado en la querella (artículos 168 y 114 letra c).

ii) Los antecedentes y datos suministrados en la denuncia o querella permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado (artículos 168 y 114 letra d).

iii) La querella es extemporánea, no se subsanan defectos dentro plazo legal o se dedujere por personas distintas a las establecidas en la ley (artículo 114 letras a), b) y d).

d) Se establece que la denuncia y querella que hubiere sido declarada calumniosa configura el delito de "acusación y denuncia calumniosa" contemplado en el artículo 211 del Código Penal.

Al efecto, prevé el artículo 211 del Código Penal, que la acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de 16 a 20 unidades tributarias mensuales cuando versare sobre un crimen, con presidio menor en su grado medio y multa de 11 a 15 UTM, si fuere un simple delito, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de 6 a 10 UTM, si se tratare de una falta.

La declaración de calumniosa de la denuncia o querella no se efectúa por el tribunal que conoce del proceso ante el cual se interpuso la acusación o denuncia calumniosa, sino que por el nuevo tribunal que debe conocer del nuevo proceso penal que debe instruirse este delito.

Este delito es de acción penal pública, y su bien jurídico protegido no es el honor, sino la fe pública.

Cuestión distinta de la denuncia o querella calumniosa es la situación de la calumnia o injuria causada en juicio, que contempla el artículo 426 del Código Penal. Ambas conductas por su gravedad requieren, para ser sancionadas penalmente, que se declare por el tribunal que conoce de la causa que ellas dan mérito para proceder criminalmente y no a su mero juzgamiento disciplinario. En ambos casos, no es posible entablar la acción sino después de terminado el litigio en que se causó la calumnia o injuria.[41]

[41] Por otra parte, concordante con ese precepto, el inciso segundo del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal dispone que si la calumnia o injuria hubiere sido inferida en juicio, debe acompañar

8. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

La etapa de investigación persigue como objetivo esencial recopilar los antecedentes que permitan al Ministerio Público formular una acusación y, posteriormente, durante el desarrollo de un juicio oral, acreditar el delito y la participación en él de las personas en contra de las cuales se solicita hacer efectiva la aplicación de una pena.

Este objetivo es esencial por cuanto todo proceso criminal debe tender a acreditar el hecho punible y la participación en él para los efectos de poder hacer efectiva la pretensión punitiva, siendo el juicio oral en un sistema acusatorio la única fase dentro de la cual debe desarrollarse la actividad probatoria para tales efectos.

La falta de recopilación de antecedentes respecto del hecho punible o la participación en la etapa investigativa, que se va desarrollando respecto de ambos hechos en forma paralela, pero íntimamente ligados entre sí, conduce irremediablemente al término del proceso penal. En efecto, la inexistencia del hecho o el carácter no delictivo impide ejercer la pretensión punitiva que sólo puede emanar de un tipo penal previamente establecido y, por otra parte, la ausencia o la muerte del partícipe hace imposible hacer efectiva la pretensión punitiva dado el carácter personalísimo que ella reviste en cuanto a su aplicación.

En tales casos, la falta de recopilación durante la investigación de antecedentes para hacer valer la prueba dentro de un juicio oral conducirá al término de la fase de investigación a que el Fiscal adopte la decisión de solicitarle al juez de garantía la dictación de un sobreseimiento definitivo o a comunicarle su decisión de no perseverar en la investigación (artículo 248).

Para llevar a cabo las actuaciones de investigación que privaren al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía. Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización fuere indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior (artículo 9°).

Por otra parte, no siempre es posible esperar que se llegue a la fase de juicio oral para la rendición de la prueba testimonial o pericial, porque se corre el peligro cierto de que esa prueba desaparezca y no sea posible rendirse ella dentro del juicio oral.

Para estos casos excepcionales se prevé que ya sea durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación de juicio oral se rinda prueba anticipada (artículos

---

Continuación nota [41]

el querellante un testimonio del escrito o documento en que se hubiere vertido, un certificado en que consten la terminación del juicio y la resolución del tribunal que hubiere declarado que la calumnia o la injuria dan mérito para proceder criminalmente. Esta norma no se contempla en el nuevo sistema procesal penal, pero creemos que debe recibir igualmente plena aplicación por constituir la terminación del proceso en que se vertió la calumnia o injuria un requisito de admisibilidad.

191, 192 y 280), en la cual podrán participar todos los intervinientes y con todas las facultades que se contemplan respecto de su participación en el juicio oral.

Durante la fase de investigación se deben adoptar decisiones que influyen en la marcha del procedimiento, ya sea por parte del fiscal como del juez de garantía.

El Fiscal, con anterioridad a la formalización de la investigación, debe adoptar decisiones para velar por la eficacia del sistema procesal penal de no invertir recursos en la investigación de hechos punibles que no fueren constitutivos de delitos o cuando se encontrare extinguida la responsabilidad penal por aplicación del principio de la legalidad y objetividad (artículo 168); no investigar delitos respecto de los cuales se carecen de antecedentes que permitan desarrollar actividades de investigación conducentes al esclarecimiento de los hechos (artículo 167); y finalmente, puede aplicar un criterio de selectividad en forma excepcional mediante la aplicación del principio de oportunidad reglado (artículo 170). Estas son las decisiones que pueden tener lugar en forma previa a la judicialización del caso a través de la formalización de la investigación y a las que nos referiremos en lo inmediato.

Por otra parte, el juez de garantía puede adoptar durante la fase investigación decisiones que conduzcan a la suspensión del procedimiento para racionalizar la persecución penal cuando se cuente con el acuerdo previo del fiscal y el imputado en la suspensión condicional del procedimiento; o al término del proceso penal en el caso del acuerdo reparatorio, previo acuerdo de la víctima y del imputado y oír al Ministerio Público.

Además, durante la etapa de investigación se podrán adoptar las medidas necesarias por parte del Fiscal y del juez de garantía para la protección de la víctima y los testigos, pudiendo asegurarse mediante las medidas cautelares reales que decrete el juez de garantía, a petición de la víctima o del fiscal, la pretensión civil indemnizatoria cuyo reconocimiento pretendiere obtenerse posteriormente por la víctima durante el juicio oral (artículos 6°, 157 y 158).

Por otra parte, durante la fase de investigación debe procederse por parte del juez de garantía a cautelar los derechos y garantías del imputado, actuando de oficio o a petición de éste (artículo 10). Sobre la aplicación de este precepto, debemos hacer presente que reviste un carácter de excepcional aplicación, previendo la facultad del juez de adoptar medidas discrecionales para la protección de aquel imputado afectado por una situación que le impide exteriorizar su voluntad y de comprender los efectos de la imputación ejercida en su contra, cuestionándose casos de aplicación extensiva como la suspensión de audiencia de preparación de juicio oral con motivo del cambio de defensa del imputado, desconociendo con ello la improrrogabilidad de un plazo legal. La aplicación extensiva puede conllevar a modificar los procedimientos legales, quebrantando con ello el principio de constitucionalidad, y en algunos casos, inmiscuirse en la competencia que se ha entregado a otros órganos jurisdiccionales.[42]

[42] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal. Ámbito de aplicación de cautela de garantías* (artículo 10 CPP). Págs. 87 y siguientes. Librotecnia. 2009. Santiago. Chile.

Durante la investigación por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público o del querellante, puede decretar las medidas cautelares personales respecto del imputado que fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del procedimiento y durante el tiempo que fuere necesaria su aplicación (artículo 122).

Finalmente, el juez de garantía puede dictar la resolución de sobreseimiento definitivo poniendo término al proceso penal; o un sobreseimiento temporal suspendiendo el proceso penal, mientras se remueva el obstáculo que impide su prosecución. Estas son las decisiones que pueden tener lugar sólo con posterioridad a la judicialización del caso a través de la formalización de la investigación.

9. La legalidad y el principio de oportunidad en general

Una de las decisiones que debe adoptarse para la eficiencia del sistema procesal penal pasa por determinar los mecanismos que permitirán al Estado seleccionar los casos a los cuales dedicará su labor de investigación con el fin de arribar a la dictación de una sentencia condenatoria.

Para los efectos de establecer en forma sistémica dichos mecanismos debe considerarse necesariamente en primer lugar la opción de elegir un sistema inquisitivo o acusatorio, dado que las finalidades que se persiguen en uno y otro conducen a que rija en mayor medida en el primero el principio de legalidad y, en el segundo, el principio de oportunidad.

En el sistema inquisitivo, el juez tiene encomendada la tarea de buscar la llamada verdad material, imperando además el principio de legalidad que establece que todo delito de acción penal pública debe ser ineludiblemente investigado, juzgado y castigado. Estos dos objetivos primordiales hacen imposible todo consenso al interior del proceso penal, donde el papel de todas las partes que intervienen es secundario ante el juez y, por otro tanto, su decisión o acuerdo no permite renunciar al principio de legalidad y a la búsqueda de la verdad material por parte de éste.[43]

De acuerdo con lo anterior, nos encontramos con que el sistema inquisitivo no contempla la aplicación del principio de oportunidad, sino que rige sin contrapeso alguno el denominado principio de legalidad.

El principio de legalidad procesal (también conocido como de obligatoriedad, irretractabilidad o irrevocabilidad de la acción penal) suele ser entendido como la obligación de los órganos estatales de la persecución penal (principalmente el Ministerio Público y la policía) de llevar adelante la investigación respecto de todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias, sin poder suspender, revocar o terminar anticipadamente la persecución penal.

De acuerdo con ello, se nos ha señalado acertadamente que se ha "conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de

[43] LIBEDINSKY, Sofía. "Negociación y salidas alternativas". Pág. 145. *Seminario Reforma Procesal Penal*. Universidad Católica de Temuco. ConoSur-LexisNexis Chile. Octubre 2001.

órganos predispuestos (generalmente la Policía o el Ministerio Público) que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública) se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando el juzgamiento y si corresponde el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar según el Ministerio Público con los elementos recogidos durante la investigación.

"Esta reacción oficial, en cuanto exterioriza la pretensión punitiva del Estado, se conoce como acción penal en sentido sustancial (lo que los procesalistas llaman pretensión penal); en cuanto poder de presentarla (canalizarla) ante órganos jurisdiccionales, que resolverán si están dadas las condiciones para la aplicación de la pena, se la suele llamar acción procesal. Pero ambas categorías teóricas se confunden en una única expresión en la realidad: pretensión penal y acción procesal tienen una relación de contenido a continente: No hay acción sin pretensión, ni pretensión sin acción (o mejor dicho fuera de ella). Se lo enuncia simplificadamente diciendo que "todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente investigado, juzgado y castigado (por cierto, si corresponde)" y con igual compromiso de esfuerzos estatales. Su influencia se advierte en el momento inicial de la acción penal y en el momento posterior de su ejercicio.

En el primero se presenta con la característica de la *inevitabilidad*, si es que en el diccionario encontramos la palabra. Esto significa que, frente a la hipótesis de la comisión de un delito, *necesariamente* se tiene que poner en marcha (preparación o promoción de la acción) el mecanismo estatal para la investigación, juzgamiento y castigo, sin que se pueda *evitar* de ninguna manera o por ninguna razón que esto así ocurra.

Una vez promovida la acción penal, el principio de legalidad se manifiesta en la *irretractabilidad:* iniciada la acción penal, puesta en funcionamiento la persecución penal del Estado, tal ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agote la pena que se hubiera impuesto mediante el dictado de una sentencia.[44]

El principio de legalidad o de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal se ha justificado por diversas razones, resaltándose las siguientes:

a) Al Derecho Penal le corresponde el aseguramiento de las normas fundamentales, debilitándose la vigencia del derecho en la realidad si no existe una aplicación de la pena contemplada en la ley para quienes atentan en contra de los bienes jurídicos más esenciales;

b) La aplicación desigual del Derecho Penal repercute negativamente en el sistema penal considerado en su conjunto;

c) El principio de legalidad asegura un trato igualitario al ciudadano en la aplicación de las normas jurídicas;

---

[44] CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal. El principio de oportunidad en el derecho argentino.* Págs. 4 y 5. Ediciones del Puerto. 1997. Buenos Aires. Argentina.

d) El principio de oportunidad afecta la doctrina de la división de los poderes, al permitir que se deje sin efecto la aplicación de la ley establecida por el legislador para regir respecto de determinadas situaciones;

e) El principio de oportunidad provoca la pérdida de importancia del juicio oral en el sistema penal, al permitir la solución del conflicto por vías distintas a éste;

f) El principio de oportunidad amenaza al principio de publicidad en el proceso penal al permitir la solución de conflictos fuera de un juicio oral, máxima expresión de aquel principio, y

g) Sólo si se reconoce el principio de legalidad se podrá delimitar el procedimiento judicial (instrucción) de la actividad ejecutivo– policial.[45]

Como críticas al principio de la legalidad, se ha señalado que éste descansa, en buena medida, en una creencia empírica o fáctica que podríamos denominar "el mito de la no impunidad", esto es, la creencia de que este principio puede ser cumplido en la práctica, es decir, que todos los delitos pueden ser investigados y eventualmente sancionados en el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia criminal.[46]

Por otra parte, atendida la posición superior en la cual se encuentra el tribunal respecto de las partes y el interés prevalente de la llamada búsqueda de la verdad material respecto de los delitos de acción penal pública, no resulta posible concebir la existencia de acuerdos entre las partes para lograr suspender, revocar o terminar anticipadamente la persecución penal.

De acuerdo con ello, es que los mecanismos de terminación del proceso penal obedecen a la terminación anticipada del proceso por no ser delito los hechos denunciados o encontrarse extinguida la responsabilidad penal o a su suspensión a través del mecanismo del sobreseimiento temporal por la falta de antecedentes suficientes para determinar los hechos, el delito o la participación conforme a lo previsto en el artículo 409 N°s. 1 a 3 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, en el antiguo sistema procesal penal chileno no se reconoce la aplicación del principio de oportunidad y de las salidas alternativas de la suspensión condicional del procedimiento y de los acuerdos reparatorios por la supremacía de la posición del juez en relación a las partes y el propósito de búsqueda de la verdad material que se persigue en el proceso, excluyente del acuerdo de las partes respecto de la pretensión penal.

No obstante, la consagración del principio de la legalidad no conlleva necesariamente a lograr el objetivo de la sanción de todos los delitos, lo que se demuestra en el sistema chileno antiguo por el alto porcentaje de causas que terminaban en el hecho

---

[45] NÚÑEZ OJEDA, Raúl. "El principio de oportunidad y las salidas alternativas". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2004. En semejante sentido puede consultarse CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal. El principio de oportunidad en el derecho argentino.* Págs. 7 a 11. Ediciones del Puerto. 1997. Buenos Aires. Argentina.

[46] DUCE J., Mauricio-RIEGO R., Cristián. Ob. cit. Pág. 175. Volumen 1.

su tramitación por las causales de sobreseimiento temporal fundado en la falta de antecedentes de la investigación respecto del hecho delictivo o la participación.

Adicionalmente, existen distintas etapas en un circuito de selectividad de los sistemas de justicia criminal.

El primer eslabón sería la gran cantidad de delitos que los sistemas de justicia criminal no conocen, número denominado como cifra negra. Las causas derivarian del desconocimiento de las víctimas de haber sido objeto de un delito, la desconfianza de la victima en recurrir a la justicia criminal creyendo que ésta le causara más males que bienes en la investigación del delito, o por encontrar la víctima otros caminos de solución diversos a la justicia criminal para obtener la reparación frente al delito, como ocurre por ejemplo con la vía de compensaciones que realizan las compañias de seguros.

Un segundo eslabón en el circuito de selectividad se encuentra en la policía que no registra denuncias presentadas o no la traspasan al tribunal.

Un tercer circuito de selectividad está constituido por los fiscales, a través de la aplicación del principio de oportunidad.

Finalmente, un último componente del circuito de selectividad está constituido en la selección que realizan los propios jueces, representados por la terminación de un 70% de las causas por la causal de sobreseimiento temporal y, por otra parte, por los denominados "partes de mesón" como se denominan aquellos partes que los tribunales no ingresan en la medida que la víctima no concurra a ratificar su denuncia ante el tribunal o se produzca algún avance específico en la investigación del caso.[47]

En un sistema acusatorio o adversarial, se encuentra entregada a las partes el ejercicio y prueba de los elementos de hecho del delito de acción penal pública, siendo éstas quienes se encargan de presentar los testigos y tomarles declaración, correspondiéndole al juez una labor de supervisión, pero no de dirección del proceso. De acuerdo a un proceso de partes, el acusado puede prescindir completamente de la audiencia sobre la cuestión de la culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde el principio se declara culpable.

En este sistema, por oposición al anterior, la finalidad del proceso se concibe "como un ámbito de solución de conflictos, y no de búsqueda de la verdad material o de realización de la justicia". Este sistema debe vincularse, asimismo, con el principio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad.

El principio de oportunidad puede definirse latamente como "la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objeti-

[47] Véase DUCE J., Mauricio-RIEGO R., Cristián. Ob. cit. Págs. 175 a 180. Volumen 1.

va y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.[48]

Los fundamentos de este principio los encontramos, por una parte, en la necesidad de descongestionar el sistema de causas por delitos menores que impiden a los operadores jurídicos dedicar mayor tiempo a la averiguación y juzgamiento de los delitos más serios y que afectan bienes jurídicos más determinantes. Este sería un fundamento de economía procesal.

Otro de los fundamentos de este principio está constituido por la priorización de otros intereses sobre la aplicación de la pena, delitos de baja o mediana gravedad (denominados delitos de bagatela), donde el o los autores son primarios o de bajo compromiso delictual, estimándose que una sanción distinta de una pena privativa de libertad puede ser más efectiva y a la vez no producir el aislamiento y el etiquetamiento de la persona que comete el delito. En general, esta posibilidad se ha incluido dentro de la "diversión" como una alternativa real de que el derecho penal sea la última ratio, el cual parece que se menciona bastante más de lo que se aplica en la realidad.[49]

En el derecho comparado, en cuanto a la forma de concebir el principio de oportunidad o discrecionalidad, se distinguen dos opciones o modalidades políticos criminales: principio de discrecionalidad absoluta u oportunidad amplia y principio de discrecionalidad u oportunidad reglada.

El modelo de discrecionalidad absoluta u oportunidad amplia se caracteriza por entregarle a los organismos encargados de promover la persecución la facultad plena de decidir de llevar adelante o no la misma. El paradigma de este modelo está constituido por los Estados Unidos de Norteamérica. En dicho país, las facultades de selección que disponen los fiscales son tan amplias que ello constituye uno de los elementos caracterizadores de su sistema en comparación con otros modelos de derecho comparado e, incluso, con países que tiene tradiciones jurídicas similares, como es el caso de Inglaterra.

Los alcances que tiene la discrecionalidad de los fiscales son amplísimos. Esta cubre los más diversos aspectos de la persecución penal. Así, el primer aspecto en el cual un fiscal en Estados Unidos dispone de bastante libertad para decidir es si inicia o no una investigación. En segundo lugar, el fiscal también dispone de libertad para

---

[48] CAFFERATA NORES, José. *Legalidad u oportunidad. Cuestiones actuales sobre el proceso penal.* Pág. 38. Ediciones del Puerto. Buenos Aires. 1988. En el mismo sentido, se ha señalado que "en términos simples, el principio de oportunidad o discrecionalidad puede ser entendido, en contraposición al principio de legalidad, como la facultad que disponen los órganos encargados de promover la persecución penal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la misma. Véase DUCE J., Mauricio-RIEGO R., Cristián, Ob. cit. Pág. 181. Volumen 1.

[49] Véase LIBEDINSKY, Sofía. *Negociación y salidas alternativas.* Págs. 145 y 146. Seminario Reforma Procesal Penal. Universidad Católica de Temuco. ConoSur-Lexis Nexis Chile. Octubre 2001. El concepto de "diversión" se ha utilizado mucho como una alternativa de derivación fuera de proceso penal, se desarrolló en países anglosajones extendiéndose luego al sistema europeo continental. Una visión general sobre el tema en *Penas Alternativas a la Cárcel.* J. CID-E. LARRAURI (COORDINADORES). Editorial Bosch. 1997.

decidir si va a perseguir formalmente un caso o no. En tercer término, puede decidir entregar o no inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación. En cuarto lugar, el fiscal tiene amplios poderes para negociar cargos con imputados, ya sea el tipo de cargo, cuando los va a imputar o incluso alguna flexibilidad en relación a dónde los va a imputar. Finalmente, los fiscales también cuentan con la posibilidad de negociar la pena que van a solicitar a los jueces.

Las facultades discrecionales de que disponen los fiscales en Estados Unidos son tan intensas que no existen límites positivos a su ejercicio. Es decir, no existe por regla general, ningún mecanismo que obligue a los fiscales a llevar adelante una persecución penal que ellos no quieran impulsar. [50]

Los modelos de discrecionalidad reglada u oportunidad restringida se caracterizan porque en ellos la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero, a la vez, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma.

Este modelo es el que impera contemporáneamente en los sistemas europeo continentales y es, además, el que han adoptado la mayoría de los países de la región que han emprendido reformas similares a la chilena desde mediados de los años ochenta del siglo pasado. Cabe hacer notar, eso sí, que la extensión a las excepciones al principio de la legalidad suelen variar en los distintos países.

Ahora bien, se suele mencionar que las ventajas de este modelo, en relación con el modelo de la discrecionalidad absoluta, estarían dadas por el hecho de que la selectividad del sistema se podría dar en condiciones igualitarias, transparentes y sujeta a una mayor posibilidad de control, evitando así los problemas que hemos descrito para el caso del modelo anterior.

Los tres grandes criterios que contemplan los mecanismos de oportunidad son las *descriminalización,* esto es, despenalizar conductas delictivas en casos en que otras formas de reacción son capaces de producir mejores resultados que el proceso penal o donde la intervención de este resulta innecesaria; *eficiencia,* esto es, no llevar adelante persecuciones penales con el objeto de descongestionar al sistema y permitir que se focalice en áreas en donde su actuación resulta indispensable; y la *priorización de intereses,* esto es, se permitiría poner término a la persecución penal en situaciones en que el sistema ha encontrado una solución más óptima para el caso, la que consiste en un nivel mayor de satisfacción de intereses, ya sea de la víctima o de la sociedad.[51]

Los mecanismos de oportunidad o discrecionalidad reglada que se contemplan en el actual sistema procesal penal chileno son el *archivo provisional* (artículo 167), el *principio de oportunidad en sentido estricto* (artículo 170), descansando en la

[50] Véase Duce J., Mauricio-Riego R., Cristián. Ob. cit. Págs. 181 y 182. Volumen 1.

[51] Véase Duce J., Mauricio-Riego R., Cristián. Ob. cit. Págs. 190 a 194. Volumen 1.

aplicación del principio de la legalidad y objetividad el ejercicio de la *facultad de no iniciar la investigación* (artículo 168).

Las salidas alternativas que contempla el actual sistema procesal penal son la *suspensión condicional del procedimiento* y los *acuerdos reparatorios*. En ellos se privilegia, en los casos autorizados por la ley, el acuerdo de las partes como una vía para poner término o suspender el proceso penal, más que la consistente en la aplicación de la pena que debe derivar de la dictación de una sentencia penal.

De acuerdo con ello, nosotros no consideramos que el procedimiento abreviado constituya una salida alternativa, en atención a que si bien para su aplicación se requiere el acuerdo de los intervinientes, éste no puede perseguir el propósito de poner término o suspender el proceso penal, sino que conducir a la resolución del conflicto por un procedimiento diverso al juicio oral.[52]

Finalmente, debemos hacer presente que entendemos que para que opere en forma políticamente correcta el principio de oportunidad, resulta de gran importancia y de extrema necesidad que nuestro país afronte a la brevedad la modificación de su normativa penal, para los efectos de eliminar todas las figuras penales en las cuales no se justifica como *ultima ratio* que sean ellas sancionadas criminalmente; y, por otra parte, modificar el sistema de las penas actualmente concebidas respecto de los delitos, puesto que irremediablemente la mayoría de ellas conducen a penas privativas de libertad, la mayoría de las cuales no se cumplen en forma cierta durante un período mínimo, atendido los beneficios alternativos de cumplimiento o la concesión de beneficios como la libertad condicional.

En consecuencia, para que el sistema penal opere eficazmente no nos encontramos en la actualidad ante un problema sólo de orden procesal, sino fundamentalmente de orden penal. Es por ello que en forma urgente se debe enfrentar una profunda reforma al Código Penal para adecuarlo a la realidad económica, social y cultural de hoy, muy diferente en todos sus aspectos a la que existía a la fecha de su promulgación, el 29 de octubre de 1873. Tal modificación deberá incorporar todos los delitos dentro del Código Penal, de forma de no mantenerlos desperdigados en diversos cuerpos legales, ello para la seguridad jurídica de los ciudadanos en cuanto a su conocimiento real y no meramente ficticio, atendidos los supremos valores de las personas que se ven afectados con dicha legislación.

Lo anterior obliga a considerar la gravedad de la infracción penal a objeto de determinar cuáles realmente afectan la convivencia social en grado tal que haga necesario aplicar una pena. Esto, dentro del imperativo del Derecho Penal Material

[52] En este sentido, se ha señalado que las salidas alternativas se caracterizan por representar respuestas estatales que importan un nivel menor de represión o intensidad de intervención por parte del sistema penal, privilegiándose en ellas la búsqueda de una solución al conflicto, que representa el delito, más que una respuesta puramente sancionatoria al mismo. Así, la "alternativa" no se plantea al sistema penal en su conjunto, sino más bien a la respuesta tradicional de éste, a saber, el proceso penal y la aplicación de una pena como consecuencia de él, con la connotación fuertemente punitiva que tienen ambas. Véase DUCE J., Mauricio-RIEGO R., Cristián. Ob. cit. Pág. 278. Volumen 1.

de proteger los bienes jurídicos que el propio Estado ha considerado como de tal trascendencia, que la única solución al conflicto que ha generado la trasgresión de la ley, sea la aplicación de una pena.

En base a este enunciado, el principio de oportunidad es la decisión político-criminal del Estado de no ejercer una potestad que es de propio suya, cuando se está frente a casos en que dada la menor lesividad al bien jurídico protegido no es necesario ejercer la acción penal. Estos casos se han denominado "delitos de bagatela".[53]

Agreguemos que el principio de oportunidad es distinto de la tipicidad del hecho punible. La norma penal establece los elementos del tipo del delito y el principio de oportunidad es una facultad que la ley procesal otorga al Ministerio Público para no investigar o acusar frente a hechos delictuales establecidos en la ley penal. Corresponde al legislador establecer cuáles hechos son constitutivos de delito, como una expresión del principio *extrema ratio* del Derecho Penal, según el cual sólo debe recurrirse a éste cuando han fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. Como señala el profesor Bustos Ramírez en su Manual de Derecho Penal: "Estrechamente vinculado a lo anterior está el carácter fragmentario del derecho penal. Es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo, el Estado podría convertirse en un Estado policial y, además, se correria el riesgo de paralizar toda la actividad social a través de la violencia penal".[54]

En este sentido, el profesor López Masle señala: "Se trata de un principio que pregona que hay razones de conveniencia social o de utilidad político-criminal para que el sistema no persiga determinados delitos ni aun en presencia de elementos de convicción suficientes para obtener una sentencia condenatoria. Si dejamos de lado, entonces, las consideraciones pragmáticas podemos observar que es la idea de la desincriminación. El principio de oportunidad supone asumir que tenemos un sistema penal que de alguna manera está sobredimensionado. Los penalistas, a menudo, reclaman que la desincriminación es un fenómeno que puede producirse al nivel del derecho penal sustantivo y no al nivel del proceso. Pero lo cierto es que el principio de oportunidad es de alguna manera un remedio procesal para un diagnóstico de que nuestro sistema de justicia penal está sobredimensionado y que es necesario permitir que algún operador del sistema establezca un sistema de prioridades que permita reducirlo a dimensiones más adecuadas a las reales necesidad (sic) de persecución

[53] La forma más generalizada de referirse a los delitos de bagatela es decir que son todos aquellos que de su comisión se sigue una pena de escasa cuantía (en este sentido CORNEJO, A. *Teoría de la insignificancia*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997. Igualmente, GARCÍA, U. *La insignificancia en Derecho Penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2000). Este criterio que utiliza como única variable la cuantía de la pena, resulta sin embargo insuficiente. Así, podemos pensar en el delito de bagatela como aquel que importa una mínima afectación a un determinado bien jurídico y cuya escasa reprochabilidad se estima como insignificante para motivar la imposición de una pena.

[54] OTERO LATHROP, Miguel. *El principio de oportunidad y las salidas alternativas. CPP*. Págs. 14 y 15. ConoSur-LexisNexis Chile. Octubre 2001.

penal". Continúa: "Cuando nosotros estamos hablando de un país como el nuestro que, por ejemplo, sanciona con presidio menor en su grado mínimo a medio al sujeto que teniendo licencia clase B conduce un vehículo que requiere licencia clase A, estamos sin duda ante un sistema que no está respetando la noción de *ultima ratio* en el sentido de que el derecho penal debe tener un carácter absolutamente subsidiario para sancionar sólo a aquellas conductas que son consideradas socialmente más intolerables. Entonces, el principio de oportunidad lo que hace es permitir que un órgano del Estado al cual se encomienda la persecución penal pueda, en el caso concreto, determinar que ciertos delitos no se van a perseguir por razones de conveniencia social o utilidad político-criminal".[55]

De acuerdo con lo anterior, pensamos que la modificación de la normativa penal resulta además de extrema necesidad, dado que si el principio de oportunidad reglado constituye una excepción en relación con el principio de legalidad u obligatoriedad, no resulta políticamente posible concebir que por su masiva aplicación nos conlleve a una derogación de hecho de los tipos penales anticuados y desfasados con la realidad social que vivimos por parte del Ministerio Público, que no es el depositario natural en nuestra Carta Fundamental para los efectos de determinar las conductas que deben ser tipificadas y sancionadas como merecedoras de una sanción penal. En todo caso, si el Ministerio Público llega a ejercer sus facultades otorgadas en ese sentido en forma masiva, la responsabilidad jamás podrá serle atribuida a ese órgano, quien debe necesariamente actuar de esa forma para la eficacia del sistema en cuanto a la persecución de los delitos de mayor gravedad.

10. Decisiones del Ministerio Público que no dan inicio a una investigación, y que deben adoptarse con anterioridad a la intervención del juez de garantía

Al referirnos al principio de legalidad, dijimos que entendíamos por tal aquel conforme el cual el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito de acción penal pública del cual tenga conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su arbitrio, cuestión que según hemos podido apreciar hasta el momento constituye la regla general en el sistema procesal penal chileno. En efecto, cometido un hecho punible existe una obligatoriedad de promoción del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público (artículos 53 inciso 2º, 77, 166 y 175 letra b), quien no puede suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución que se hubiere iniciado (artículo 56).

Señalamos por ello que la legalidad implica tanto el deber de ejercicio de la acción penal pública, como la irretractabilidad de la misma, una vez ejercida, cuestión que encontraría sustento en múltiples razones, entre ellas, fundamentalmente con el derecho a la igualdad ante la ley, el aseguramiento de las normas fundamentales, la

[55] López Masle, Julián, "Formas alternativas de solución del conflicto penal", charla efectuada el 12 de octubre de 2000 en el Colegio de Abogados de Chile A.G. en publicaciones de la *Revista del Abogado* 'Las reformas del proceso penal'. Pág. 51.

delimitación del procedimiento judicial (instrucción) de la actividad ejecutivo-policial, ya que con su establecimiento se evita dejar entregado al arbitrio del órgano estatal, o de quienes los integran, la decisión de no ejercer la acción o de no continuar con ésta, sin poder aplicar criterios de selección, ni de abandono.

Pero los mismos motivos que justifican el estricto apego a este principio, explican la imposibilidad de aplicarlo en todas las situaciones a ultranza. Si el sistema no permite aplicar criterios de selección, el riesgo consecuente es que aquello igualmente se produzca al margen de todo control, abriendo espacios para arbitrariedades, injusticias, e incluso evidentes desigualdades que el mismo principio persigue resguardar.

Surge así la aplicación de criterios de oportunidad, caracterizados por la falta de necesidad de aplicar una pena, ya sea atendiendo a las *descriminalización,* la eficiencia del sistema y la *priorización de intereses*. Los primeros se relacionan *principalmente* con la criminalidad de *bagatela*, es decir con delitos de carácter patrimonial, pero de pequeña o ínfima significación económica, respecto de los cuales el sistema considera de menor significación en cuanto a la entidad de los bienes jurídicos tutelados. Los segundos con la posibilidad de descongestionar al sistema y permitir que se focalice en áreas en donde la actuación del proceso resulta indispensable. Los criterios de eficiencia, atienden tanto a la preferencia en la persecución de algunos hechos respecto de otros, como en mecanismos de resolución distinta a la vía penal, ya sea mediante fórmulas compositivas entre las partes o judiciales distintas de la pena.

La selectividad y discrecionalidad tienen reconocimiento al contemplarse en el actual sistema los mecanismos de archivo provisional, principio de oportunidad y las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios. Aun cuando algunos incluyen dentro de las salidas alternativas también al procedimiento abreviado, si bien ésta requiere el acuerdo de los intervinientes, no tiene como propósito poner término o suspender el proceso penal, sino que conducir a la resolución del conflicto por un procedimiento diverso al juicio oral.

Conforme a lo anteriormente señalado, los casos en los cuales el Ministerio Público se encuentra facultado para no dar inicio a una investigación, cualquiera sea el medio distinto a la querella por el cual hubiere tenido conocimiento de los antecedentes, son:

a) El archivo provisional (artículo 167).

b) La facultad de no iniciar investigación por no revestir el hecho el carácter de delito o encontrarse extinguida la responsabilidad penal (artículo 168).

c) El principio de oportunidad en sentido estricto (artículo 170).

La aplicación de esas medidas resultan importantes atendidos los diversos motivos que los inspiran, sin perjuicio que todos ellos conducen en definitiva a que el sistema procesal penal pueda operar en forma eficiente al disminuir los casos que deberán ser investigados y resueltos.

Ahora bien, la aplicación del principio de oportunidad regulado en el artículo 170, a diferencia del archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación, que pueden adoptarse por el Ministerio Público exclusivamente antes de la intervención del juez de garantía, puede ejercerse no sólo antes que éste intervenga, sino también

durante el curso de la investigación, y aun cuando hubiere intervenido el juez de garantía durante el curso de ella, como veremos en el apartado correspondiente.

10.1. El archivo provisional

a) Reglamentación

El archivo provisional se encuentra reglamentado en los artículos 167 y 169 del CPP.

b) Concepto

El archivo provisional es la decisión administrativa adoptada por el Ministerio Público, con anterioridad a la formalización de la investigación, consistente en no dar inicio a la investigación de un hecho por no aparecer antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes a su esclarecimiento.

c) Finalidad

El archivo provisional es una institución que persigue evitar distraer recursos en la investigación de un hecho respecto de la cual no existe una expectativa razonable de éxito por la falta o escasez de antecedentes existentes, lo que se ha constatado a través de los controles internos del Ministerio Público de manera que no se haga una utilización abusiva de ella.

En este sentido se ha señalado que "lo que se busca con el archivo provisional es descongestionar el sistema criminal, ya que existe una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados, por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de procesar los datos y antecedentes que contengan las respetivas denuncias, para acumularlos a otras de similares características y eventualmente, de esta manera, lograr el esclarecimiento futuro de alguno o algunos de ellos".[56]

Finalmente, resulta imprescindible que los datos de esas denuncias sean consideradas para los efectos de establecer una eficaz política criminal, puesto que la comisión de delitos en determinadas horas y lugares exige la realización de funciones policiales preventivas para velar por la seguridad de la ciudadanía, materia que debe ser considerada en el nuevo sistema penal.

d) Características

El archivo provisional presenta las siguientes características:

a) Suspende la investigación de un hecho delictivo hasta que no aparezcan antecedentes que permitan la existencia de una investigación exitosa que facilite la recopilación de pruebas que permitan llevar un asunto a juicio oral.

---

[56] Ver Instructivo 42 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. "Sobre el Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Pág. 262. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

b) Le otorga transparencia al sistema al no generar falsas expectativas a las víctimas en cuanto a la obtención de la solución de un caso respecto del cual no existen antecedentes que permitan hacer ello posible en la práctica.

c) Opera en el momento inicial de la investigación y en forma previa a la intervención del juez de garantía mediante la formalización, dado que persigue el propósito de racionalizar los recursos de investigación que se poseen por los órganos de persecución penal.

d) La decisión de suspender la investigación es reversible, puesto que el propio Ministerio Público puede dejarla sin efecto en forma voluntaria si aparecieren nuevos antecedentes respecto del hecho, o en forma forzada, si se hubiere admitido a tramitación una querella por el juez de garantía, puesto que en tal caso el fiscal deberá seguir adelante con la investigación en todo caso en forma desformalizada (artículo 169).

e) Finalmente, estimamos que respecto de los casos de crimenes, especialmente de aquellos que atenten en contra de la vida o libertad de las personas, no puede aplicarse el archivo provisional sin que se hubieren realizado y agotado la práctica de todas las diligencias de investigación que demuestren fehacientemente la inexistencia de antecedentes que permitan el esclarecimiento del hecho.

En tales casos, debemos sostener que frente a la eficiencia y transparencia del sistema penal que justifica el archivo provisional debe primar la misión de tutela obligatoria que debe brindar el Estado a las personas ante delitos que no sólo atentan en contra de ellas, sino de la propia organización social.

En este sentido se ha señalado que "habrá de considerarse, ejemplarmente, que los delitos que afecten la libertad sexual, la vida y libertad personal, necesariamente deberán ser investigados hasta agotar efectivamente los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores, antes de dar aplicación a esta institución. Naturalmente en estos casos, como se dijera, de haberse producido de cualquier forma la intervención del juez de garantía, lo que procederá será el cierre de la investigación, tratado en los artículos 248 y siguientes del CPP, aunque no haya mediado formalización alguna".[57]

e) Requisitos para que se decrete el archivo provisional

Los requisitos que deben concurrir para que se decrete el archivo provisional son los siguientes:

1) No debe haberse producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento;

2. No deben aparecer antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, y

[57] Ver Instructivo 42 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. "Sobre el Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Pág. 265. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

3. La decisión de archivo provisional del fiscal debe ser aprobada por el Fiscal Regional en caso que el hecho tenga asignado una pena aflictiva por la ley.[58]

f) Control de la decisión administrativa de archivo provisional

Respecto de la decisión administrativa de archivo provisional existe un control preventivo y obligatorio tratándose de delitos a los cuales se ha asignado pena aflictiva, puesto que en tal caso dicha decisión del fiscal que lleva la investigación debe ser aprobada por el Fiscal Regional.

Existen además controles de carácter eventuales con posterioridad al archivo provisional, pudiéndose producir ellos en sede administrativa o judicial.

En sede administrativa, se puede solicitar la reapertura de la investigación requiriendo la realización de diligencias precisas y determinadas.

En sede jurisdiccional, se puede deducir por la víctima una querella ante el juez de garantía competente, quien si la admitiere a tramitación, obligará al fiscal a seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales (artículo 169).

10.2. Facultad de no iniciar la investigación

a) Reglamentación

La facultad de no iniciar la investigación se encuentra reglamentada en los artículos 168 y 169 del CPP.

b) Concepto

La facultad de no iniciar la investigación es la decisión administrativa adoptada por el Ministerio Público, con anterioridad a la formalización de la investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado.

c) Finalidad

La facultad de no iniciar la investigación es también una institución que persigue evitar distraer recursos en la investigación de un hecho no constitutivo de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado para descongestionar el sistema procesal penal. Sin embargo, esencialmente a través de ella se da cumplimiento a los principios de la legalidad y objetividad en atención a que respecto de dichos hechos jamás podrá hacerse efectiva la pretensión punitiva.

---

[58] Ver Instructivo 42 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. "Sobre el Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Págs. 261 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

d) Características

La facultad de no iniciar la investigación presenta las siguientes características:

a) Suspende la investigación de un hecho por no ser constitutivo de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado.

b) Opera en el momento inicial de la investigación y en forma previa a la intervención del juez de garantía.

c) El ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación debe ser fundada por parte del fiscal.

d) A diferencia del archivo provisional, la facultad de no iniciar la investigación procede respecto de toda clase de delitos, sin importar la gravedad de ellos, con la sola limitación contemplada en el inciso final del artículo 250 del CPP.[59]

e) Finalmente, la facultad de no iniciar la investigación debe ser sometida a la aprobación del juez de garantía.

e) Requisitos para que se ejerza la facultad de no iniciar la investigación

Los requisitos que deben concurrir para que se decrete el archivo provisional son los siguientes:

1. No debe haberse producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento;

2. Los hechos relatados en la denuncia no deben ser constitutivos de delito o los antecedentes y datos suministrados deben permitir establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado;

3. La decisión de no iniciar la investigación del fiscal debe ser fundada y adoptada antes de efectuar diligencia investigativa alguna[60], y

4. La decisión de no iniciar la investigación debe ser sometida a la aprobación del juez de garantía, acompañándolo los antecedentes que se tuvieron en consideración para adoptar semejante decisión.

f) Control de la decisión de no iniciar la investigación del fiscal

Respecto de la decisión administrativa de no iniciar la investigación existe un control jurisdiccional obligatorio, puesto dicha decisión del fiscal debe ser sometida a la aprobación del juez de garantía.

---

[59] El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal.

[60] Ver Instructivo 42 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. "Sobre el Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Pág. 267. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

Sobre el efecto que genera la resolución del juez de garantía que aprueba la decisión del Ministerio Público de no iniciar la investigación, se ha señalado que no le es posible al órgano persecutor renovar la acción por cuanto su decisión sancionada por el tribunal le es vinculante, precluyendo su derecho a accionar. En efecto, no puede entenderse de otra forma, toda vez que la ley le concede a la víctima, mas no al Ministerio Público, el derecho a reactivar el procedimiento mediante la querella respectiva, una vez aprobada la decisión adoptada en conformidad al artículo 168 del CPP.[61]

"Por otra parte, debemos tener presente que en caso que la víctima o alguna persona habilitada para querellarse deduzca la correspondiente querella criminal ante el juez de garantía competente y éste la admita a tramitación, el fiscal deberá iniciar o seguir adelante con la investigación conforme a las reglas generales (artículo 169).

"En consecuencia, el fiscal no puede ejercer la atribución de no iniciar investigación, y debe seguir la investigación adelante.

"A su vez, la admisión a tramitación de la querella, como dijéramos anteriormente, constituye también intervención del juez de garantía, que impide el ejercicio de la facultad de archivo provisional.

"Ahora bien, sin perjuicio de existir querella admitida a tramitación, si en el transcurso de la investigación el fiscal concluye que los hechos objeto de ella no son constitutivos de delito; o que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, lo que procede es cerrar la investigación de conformidad con lo previsto en el artículo 248, ubicado en el párrafo 7º "Conclusión de la investigación", del Título I del Libro II del Código Procesal Penal, y a continuación, dentro de los diez días siguientes, solicitar al juez de garantía el sobreseimiento definitivo por la causal del artículo 250 letras a) o c) del CPP".[62]

10.3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

a) Reglamentación

El principio de oportunidad, en sentido estricto o restringido, se encuentra reglamentado en el artículo 170 del CPP.

b) Concepto

El principio de oportunidad consiste en la facultad conferida por la ley al Ministerio Público para decidir en forma motivada no iniciar una persecución penal o abandonar una que ya hubiere iniciado, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público.

---

[61] Juzgado de Garantía de Antofagasta. 28.4.2004. *Revista Procesal Penal* Nº 22. LexisNexis. Pág. 89. Junio 2004.

[62] Ver Instructivo 42 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. "Sobre el Archivo Provisional y la Facultad de no iniciar la Investigación. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales Nºs. 26 a 50. Pág. 268. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

La decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, a diferencia de lo que ocurre con el archivo provisional y la decisión de no iniciar la investigación, puede ser adoptado no sólo en forma exclusiva antes de la intervención del juez de garantía como ocurre con las dos facultades anteriores, sino que también durante el curso de la investigación, y aun cuando hubiere intervenido el juez de garantía durante el curso de ella.

De allí que nos remitimos al tratamiento que respecto del principio de oportunidad haremos al referirnos más adelante a éste en forma conjunta con las diversas salidas alternativas que se contemplan en el nuevo sistema procesal penal.

En todo caso, pareciera ser por la forma en la cual se ha regulado el principio de oportunidad por parte del Ministerio Publico en forma separada al archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación[63], que el criterio preponderante sería aplicarlo una vez que hubiera intervenido el juez de garantía en la mayoría de los casos.

11. La formalización de la investigación

a) Reglamentación

La formalización de la investigación se encuentra reglamentada en el párrafo 5° del Titulo I del Libro II del CPP, que comprende los artículos 229 a 236.

b) Concepto

La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (artículo 229).

Al concebir el legislador la formalización de la investigación de la forma señalada, es decir, como un acto de comunicación, y la determinación de su oportunidad como una prerrogativa propia del fiscal del Ministerio Público, no hace sino correlacionar este trámite que cumple una finalidad garantística para el imputado, con la facultad de dirección exclusiva de los actos de investigación que la Constitución entrega a dicho órgano administrativo, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige.

c) Función

La formalización de la investigación como acto de comunicación del fiscal al imputado en presencia del juez de garantía cumple con una función de carácter garantista, puesto que informa de manera especifica y clara al imputado de los hechos de su calificación jurídica y del grado de participación que se le atribuye en ellos.

Ello permite al imputado comenzar a preparar su defensa recopilando las pruebas personalmente o incluso a través del mismo fiscal con el fin de demostrar su inocen-

[63] Ver Instructivo 35 de la Fiscalia Nacional del Ministerio Público. "Criterios de actuación sobre el principio de oportunidad. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Págs. 179 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

La decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, a diferencia de lo que ocurre con el archivo provisional y la decisión de no iniciar la investigación, puede ser adoptado no sólo en forma exclusiva antes de la intervención del juez de garantía como ocurre con las dos facultades anteriores, sino que también durante el curso de la investigación, y aun cuando hubiere intervenido el juez de garantia durante el curso de ella.

De allí que nos remitimos al tratamiento que respecto del principio de oportunidad haremos al referirnos más adelante a éste en forma conjunta con las diversas salidas alternativas que se contemplan en el nuevo sistema procesal penal.

En todo caso, pareciera ser por la forma en la cual se ha regulado el principio de oportunidad por parte del Ministerio Publico en forma separada al archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación[63], que el criterio preponderante sería aplicarlo una vez que hubiera intervenido el juez de garantía en la mayoría de los casos.

11. La formalización de la investigación

a) Reglamentación

La formalización de la investigación se encuentra reglamentada en el párrafo 5° del Título I del Libro II del CPP, que comprende los artículos 229 a 236.

b) Concepto

La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (artículo 229).

Al concebir el legislador la formalización de la investigación de la forma señalada, es decir, como un acto de comunicación, y la determinación de su oportunidad como una prerrogativa propia del fiscal del Ministerio Público, no hace sino correlacionar este trámite que cumple una finalidad garantística para el imputado, con la facultad de dirección exclusiva de los actos de investigación que la Constitución entrega a dicho órgano administrativo, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige.

c) Función

La formalización de la investigación como acto de comunicación del fiscal al imputado en presencia del juez de garantía cumple con una función de carácter garantista, puesto que informa de manera específica y clara al imputado de los hechos de su calificación jurídica y del grado de participación que se le atribuye en ellos.

Ello permite al imputado comenzar a preparar su defensa recopilando las pruebas personalmente o incluso a través del mismo fiscal con el fin de demostrar su inocen-

[63] Ver Instructivo 35 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. "Criterios de actuación sobre el principio de oportunidad. Reforma Procesal Penal". Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Págs. 179 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001.

cia y oponerse respecto a medidas que pudieren requerirse en su contra por parte del Ministerio Público.

La formalización de la investigación cumple una serie de funciones y detenta una serie de características:

a) Es un acto jurídico procesal que emana del fiscal y no del órgano jurisdiccional, por lo que se trata de un mero acto de comunicación de parte del órgano de persecución penal y no de una resolución judicial;

b) La comunicación se efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, por lo que claramente ella está revestida de solemnidades legales en cuanto al lugar y los sujetos que deben estar presentes cuando ella se realiza;

c) En cuanto al contenido de la comunicación que se realiza al imputado, ella debe contener los siguientes elementos:

c.1) Comunica la existencia de una investigación respecto del imputado;

c.2) Comunica el o los hechos que configuran uno o más delitos respecto de los cuales se está realizando la investigación, debiendo por ello describir los hechos que los configuran y señalar específicamente el o los delitos que investiga;

c.3) Comunica la participación que se atribuye al imputado en esos delitos, debiendo describir los antecedentes fácticos y jurídicos que permiten atribuirle un grado de participación en ellos.

d) Diferencia entre la formalización de la investigación y el auto de procesamiento contemplado en el antiguo sistema procesal penal

En el antiguo sistema procesal penal, el auto de procesamiento era la resolución judicial más trascendente que se dictaba por el juez durante el sumario criminal, la que no sólo lo transformaba al inculpado en reo o procesado, esto es, en la parte o sujeto pasivo del proceso con todos sus derechos, sino que además conllevaba de pleno derecho y en forma automática una serie de consecuencias y efectos sumamente graves para los derechos del procesado.

Dentro de las consecuencias y efectos que el auto de procesamiento generaba respecto de la privación o suspensión de derechos respecto del procesado podemos señalar que la detención se convertía por el solo ministerio de la ley en prisión preventiva (artículo 277 Cód. de Proced. Penal); generaba el arraigo de pleno derecho (artículo 305 bis Cód. de Proced. Penal); se debía proceder a la anotación prontuarial; se suspendía el derecho de sufragio (artículo 16 CPR);[64] quedaba inhabilitado para ser elegido Presidente de la República (artículo 24 CPR), Diputado (artículo 44 CPR), y Senador (artículo 46 CPR); se suspenden en sus funciones los Diputados y Senadores (artículo 58 CPR); no pueden ser jueces los procesados por crimen o simple delito (artículo 256 N° 5 COT); se suspende en sus funciones a un juez procesado por crimen o simple delito a que se aplique pena aflictiva (artículo 335 N° 1 COT);

[64] Las referencias a los artículos son previas a las modificaciones.

no puede ingresar a la administración pública (artículo 11 letra f) Ley N° 18.834) y no puede recibirse de abogado (artículo 523 N° 3 COT).

La formalización de la investigación al no revestir el carácter de resolución judicial no genera ninguna de dichas privaciones o limitaciones, pudiendo en el actual sistema procesal penal actuar el imputado ejerciendo en plenitud sus derechos y ejerciendo su derecho de defensa desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículos 7° y 8°), lo que se puede generar con mucha antelación a la formalización de la investigación..

Finalmente, debemos tener presente que si bien es cierto que la formalización de la investigación es un trámite previo para que puedan decretarse determinadas actuaciones o diligencias, jamás ella por si sola podrá generar ninguna privación, o limitación de los derechos del imputado al no provenir de una resolución judicial como se exige expresamente en el artículo 83 de la Carta Fundamental y en el artículo 9° del CPP.

De acuerdo con ello, podemos concluir que la formalización de la investigación es una actuación radicalmente distinta del auto de procesamiento en cuanto al órgano del cual emana, como en relación a sus efectos y consecuencias.[65]

e) Efectos de la formalización de la investigación

La formalización de la investigación produce, de pleno derecho, los siguientes efectos:

a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal (artículo 233 letra a).

b) Comienza a correr el plazo para el cierre de la investigación previsto en el artículo 247 (artículo 233 letra b).

c) El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento (artículo 233 letra c).

La formalización de la investigación no genera que operen de pleno derecho, pero si es un requisito previo para puedan pronunciarse algunas resoluciones por parte del juez de garantía, como las siguientes:

a) Se puede decretar la prisión preventiva o una o más de las medidas cautelares personales del artículo 155 en la medida en que se hubiere formalizado previamente la investigación (artículos 140 y 155 inciso final).

b) La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios se pueden aprobar por parte del juez de garantía, sólo en caso que previamente se hubiere formalizado la investigación.

c) Una nueva formalización de la investigación por hechos distintos respecto de los cuales se hubiere suspendido condicionalmente el procedimiento, permite al juez, a petición del fiscal o de la víctima, revocar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 239).

---

[65] En este sentido Corte Apelaciones de Temuco. 4.4.2001. *Revista Procesal Penal* N° 1. LexisNexis. Pág. 85 y Stges. Septiembre de 2002.

d) Se requiere haber formalizado la investigación para solicitar determinadas diligencias de investigación o la recepción anticipada de prueba, salvo disposición legal expresa en contrario (artículo 230 inciso 2°).

e) La formalización de la investigación permite que pueda verificarse el cierre de ella con posterioridad por parte del fiscal, y poder dentro de los diez días siguientes solicitar el sobreseimiento de la causa, formular acusación o comunicar la decisión de no perseverar en la investigación (artículo 248).

f) La formalización de la investigación constituye un presupuesto para poder formular con posterioridad una acusación y luego llegarse a celebrar un juicio oral (artículos 259 inciso final y 341).[66]

g) Finalmente, la formalización de la investigación resulta muy importante para el principio de la congruencia en el sistema procesal penal dado que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica (artículo 259 inciso final) y, por su parte, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella (artículo 341 inciso 1°).[67]

Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.[68]

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella (artículo 341 incisos 2° y 3°).

La infracción al principio de la congruencia en la sentencia definitiva penal da lugar al recurso de nulidad conforme a la causal específica contemplada en el artículo 374 letra f) que, en definitiva, no es otra cosa que la ultra petita en el actual sistema procesal penal.

En esta materia, debemos tener presente que nuestra Excma. Corte Suprema ha declarado que la falta de congruencia entre la acusación y la formalización de

---

[66] Para que la víctima querellante pueda seguir adelante con una acusación particular y llegar a juicio oral, aun sin la intervención del Ministerio Público, es necesario que el Fiscal previamente hubiere formalizado la investigación a petición de la víctima que ella le formule si cree que existen antecedentes suficientes, y si ello no ocurre, debe la víctima recurrir a la instancia superior del Ministerio Público que es el Fiscal Regional, todo ello antes del cierre de la investigación. "Sobre el forzamiento de la acusación". OLIVOS M., Carlos. *Boletín del Ministerio Público* N° 23. Junio 2005. Pág. 200.

[67] En términos simples y precisos se ha resuelto que la congruencia importa que *"la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ellas"*. Tribunal de Juicio Oral Antofagasta 16.11.2002. *Revista Procesal Penal* N° 5. LexisNexis. Págs. 47 y Sgtes. Enero 2003.

[68] Juzgado de Garantía de Linares. 11.4.2003. *Revista Procesal Penal* N° 10. LexisNexis. Págs. 175 y Sgtes. Junio 2003.

la investigación a que se refiere el inciso final del artículo 259 no produce nulidad porque este vicio da origen a la necesidad de subsanar la acusación de acuerdo al artículo 270.[69]

f) Oportunidad para formalizar la investigación

Por regla general, es voluntario para el fiscal determinar la oportunidad en que formaliza la investigación, lo que realizará cuando considerare oportuno requerir la intervención judicial (artículo 230 inciso 1°).

Desde esta perspectiva ponemos énfasis en que lo facultativo para el Ministerio Público, es decidir la oportunidad de formalizar, es decir, determinar cuando él considere oportuno requerir la intervención judicial, mas no la atribución de decidir si formaliza, puesto que ello es indispensable para que un proceso penal pueda avanzar hacia sus etapas posteriores que conduzcan al juicio.

Se ha señalado, con razón, que la decisión acerca de la oportunidad para formalizar la investigación es estratégica para el Ministerio Público[70], la que deberá evaluar considerando el estado de avance de la investigación en cuanto a los hechos y la participación, la necesidad de realización de diligencias, la necesidad de adoptar medidas cautelares, mantener la investigación con una mayor reserva, no generar el inicio del cómputo del plazo máximo que éste puede alcanzar, permitir la publicidad de la investigación con el fin de disminuir temores o aumentar el interés en cuanto a la colaboración que terceros pudieren efectuar, etc.

Ahora bien, sin perjuicio de la atribución general entregada al fiscal para decidir la oportunidad de la formalización, éste se encontrará forzado u obligado por imperativo legal a formalizar la investigación que desarrolla cuando fuere ello jurídicamente necesario para que se le autorice la realización de determinadas actuaciones o se dicten por parte del juez de garantía determinadas resoluciones judiciales.

De esta forma, se encontrará forzado u obligado el fiscal a formalizar la investigación cuando:

a) Debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación;

b) Debiere requerir la recepción anticipada de prueba, o

c) Debiere requerir la resolución sobre medidas cautelares.

Sólo no será necesario formalizar la investigación en estos casos si expresamente se hubiere contemplado dicha excepción por parte del legislador (artículo 230 inciso 2°).

Sobre la materia, dispone el artículo 236 que las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal

[69] Corte Suprema. 23.9.2005. Rol 3.297. *Boletín del Ministerio Público* N° 24. Septiembre 2005. Págs. 143 y Sgtes.

[70] Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Ob. cit. Págs. 226 y Sgtes. 2007.

requiriere que ellas se llevaren a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.

Finalmente, es posible que el fiscal llegue a encontrarse obligado a formalizar la investigación en virtud de una orden judicial en la situación prevista en el artículo 186 del CPP, conforme al cual cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación. La norma citada dispone que:

"*Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella.* También podrá *el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación*".

En primer lugar, cabe tener presente que nos encontramos ante un caso que es facultativo para el juez de garantía conforme a los antecedentes presentados, adoptar algunas de las medidas contempladas en ese precepto legal.[71]

En segundo lugar, si fija el juez un plazo, no habría inconveniente en que se solicitara su prórroga al encontramos ante un plazo de carácter judicial.[72]

Finalmente, fijado el plazo por parte del juez de garantía, deberá formalizarse por el fiscal dentro de éste ¿Qué sucede si no formaliza? Sobre el particular, se ha señalado que nos encontramos en una materia respecto de la cual existe un vacío legal.

Cuatro posturas se han sostenido al respecto:

a) Cabe aplicar un sobreseimiento definitivo por aplicación extensiva del artículo 247. Dicha medida sería aplicable en virtud de lo previsto en los artículos 10 y 247.

b) Mientras el vacío legal no sea solucionado por el propio legislador no es dable al intérprete atribuir sanciones que exceden el marco legal al no estar contempladas especificamente y ni siquiera derivar de las normas generales del Derecho Procesal, y por ello no podría por el juez hacerse extensiva la facultad del artículo 247 que ha sido contemplada para el cierre de la investigación para decretar un sobreseimiento definitivo. Además, la formalización es una facultad exclusiva y privativa del Ministerio Público.

Dicho sobreseimiento definitivo no sería procedente además por no encontrarse agotada la investigación, y si produce esa resolución cosa juzgada es necesario que

---

[71] SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal.* Pág. 48. Librotecnia. 2009.

[72] SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal.* Pág. 48. Librotecnia. 2009.

estén precisados los hechos y el imputado, situación que no puede establecerse sin que exista en forma previa la formalización.[73] Sin embargo, estimamos que no cabe duda sin embargo que el imputado podrá solicitar a las autoridades superiores al fiscal que se ha negado a formalizar dentro de un determinado plazo, que al fiscal se le impongan las sanciones respectivas, por haber incumplido con un deber que se le impone una resolución judicial si lo anterior obedece a un acto arbitrario.

c) Una tercera posición ha sido la de sostener que a partir del día de la negativa a formalizar del Ministerio Público y hasta que ella se mantenga, toda información que se obtenga a partir de ese día se obtendría con infracción al derecho de defensa materia y conforme a ello sería inutilizable en contra del imputado.[74]

d) Una última postura, que resulta muy atendible y que podría ser complementaria de la segunda de ellas, nos señala que si bien es cierto que la formalización constituye una facultad discrecional para el Ministerio Público, el juez de garantía también cuenta con facultades discrecionales que, dependiendo de la intensidad de afectación de derechos, puede y debe utilizar de herramienta para garantizar la igualdad de armas entre los intervinientes.

Ante la falta de formalización dentro del plazo fijado por el tribunal, y conciliando la discrecionalidad del persecutor penal con el respecto a la defensa del imputado que debe regir en un proceso regido por un contradictorio con igualdad de armas, se nos ha señalado con razón que "el juez podría rechazar la detención solicitada por el fiscal sin previa dictación (antes de la formalización) cuando hubiere sido pedida por estimarse que de otra manera la comparecencia podria verse demorada o dificultada (artículo 127 inciso 1°); podrá también el juez de garantía rechazar mientras no se formalice la investigación, cualquier autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado de aquellas a que se refiere el artículo 9° (artículo 236), entre otras, la interceptación de comunicaciones telefónicas, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes; también se podrá obligar al fiscal a transparentar toda investigación, prohibiéndole expresamente el secreto de las actuaciones que realice (artículo 182); del mismo modo, si el Ministerio Público formaliza fuera del plazo que le fuere fijado, el juez podrá considerar como mecanismo de restablecimiento del equilibrio procesal, el fijar incluso un plazo brevísimo para el cierre de la investigación, al vencimiento del cual, se producirán los efectos del artículo 247.[75]

Por otra parte, debemos tener presente que la formalización no importa una manifestación formal de voluntad por parte del Ministerio Público que no pueda ser modificada con posterioridad, dentro del plazo de la investigación.

Sobre la materia se ha resuelto *"en cuanto a la posibilidad de reformalizar, complementar la formalización, debe tenerse en cuenta la naturaleza de la formalización*

---

[73] Herrera, Marta. "Control judicial anterior a la formalización de la investigación". Págs. 189 y Sgtes. *Boletín del Ministerio Público* N° 18. Marzo 2004.

[74] Véase Duce, Mauricio y Riego, Cristián. Ob. cit. Págs. 227 y Sgtes. 2007.

[75] Salas Astrain, Jaime. *Problemas del proceso penal.* Págs. 61 y 62. Librotecnia. 2009.

que en primer término constituye un acto de garantía en el sentido de conocer por parte de los imputados cuales son los hechos que se le están atribuyendo por parte del Ministerio Público; y por otra parte, tal facultad de la Fiscalía en orden a formalizar es un acto autónomo en el cual el Tribunal no tiene mayor incidencia, ya que ésta solamente viene a verificarse una vez que se discuten las medidas cautelares en esta instancia o, eventualmente después, al momento de resolver en forma definitiva el asunto, ya sea condenando o absolviendo, de acuerdo a los antecedentes existentes. También se debe tener presente la naturaleza de la investigación, por cuanto como lo han señalado las partes, la formalización por regla general se efectúa en un plazo no mayor de 24 horas, lo que provoca o puede provocar muchas veces que producto de las diligencias investigativas puedan determinarse la existencia de hechos nuevos o ciertas variaciones que puedan ir en contra o en beneficio de los imputados, por ende si tenemos que por la naturaleza de la investigación, pueden determinarse hechos nuevos, teniendo presente además que la formalización es un acto autónomo del Ministerio Público, no habría conveniente en efectuar esta formalización; ahora en términos técnicos más que una reformalización o una complementación de formalización. Ahora bien, esta nueva comunicación viene a constituir una nueva formalización en si, por lo cual es susceptible de discutir nuevamente los supuestos materiales de esta nueva formalización y eventualmente si la Defensa se ve perjudicada solicitar un nuevo plazo a fin de preparar adecuadamente su línea de defensa".[76]

El alcance de las atribuciones del Ministerio Público en cuanto al ejercicio de la formalización y especialmente su oportunidad ha sido materia de profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional frente a una serie de requerimientos por declarar inconstitucional el artículo 230.

Así, respecto de la necesidad de ejercer las facultades constitucionales por parte del Ministerio Público, el TC expresó que *"...las facultades de investigar y luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas.*

Cabe agregar que el 'deber de formalizar', implícito en las normas constitucionales del Ministerio Público, implica la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que el Ministerio Público realice, en cumplimiento del mandato constitucional, una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a los parámetros expresados, dado que es el único órgano que, conforme a la Constitución, ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal".

...

[76] Tribunal Oral en lo Penal de Iquique. 27.5.2004. *Revista Procesal Penal* N° 23. Págs. 118 y Sgtes. Julio 2004.

"Que de las disposiciones constitucionales invocadas surge nitidamente que 'el poder' de investigar del Ministerio Pùblico genera como consecuencia "el deber" de hacerlo, ùnica alternativa procesal para dar eficacia a la funciòn constitucional que se le otorgò.

Es por ello que la Carta Fundamental fue modificada para asegurar la exigibilidad de la investigaciòn, racional y justa, lo que no ocurrirà, si el òrgano persecutor puede determinar libremente què investiga, o cuàndo lo hace o no lo hace, decidir de la misma forma si formaliza o no la investigaciòn y cuàndo, puesto que con dichas decisiones, segùn cual sea su determinaciòn, podrà provocar la indefensiòn de la victima que no tendrà la investigaciòn racional y justa de los hechos que le garantiza la Constituciòn y que, como su natural consecuencia, puede impedirle acceder a la formalizaciòn, que es el presupuesto necesario para la apertura y prosecuciòn del proceso jurisdiccional.

Lo anterior deberà, posteriormente, armonizarse con el llamado principio de oportunidad, contemplado, lato sensu, entre otros, por los articulos 167 y 170 del Còdigo Procesal Penal".[77]

Conforme lo anterior, aparece que, la tutela judicial efectiva, derecho fundamental cuyo reconocimiento emana de la propia constituciòn, unido al monopolio de la investigaciòn y el ejercicio preferente de la acciòn penal pùblica que la misma entrega al Ministerio Pùblico, imponen a èste el "deber" de ejercer sus atribuciones, no siendo discrecional su ejercicio, salvo en cuanto el empleo de los criterios de oportunidad dicten algo distinto, pero ello dentro del marco regulado y reglamentado que impone la CPR y la ley. *"Que aun cuando, por regla general, la formalizaciòn de la investigaciòn es una facultad del fiscal que dirige la investigaciòn, ella no puede ejercerse en forma discrecional, al punto que se lesionen derechos del imputado o del querellante y victima".*

Sobre el particular, este Tribunal ha afirmado que "*entender la facultad del Ministerio Pùblico de formalizar la investigaciòn como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir y de la que puede derivar la decisiòn de no investigar y eventualmente de archivar, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecuciòn penal mediante la interposiciòn de una querella (...) implica un acto de un òrgano del Estado que produce como resultado evidente la negaciòn de la tutela de los intereses penales de la victima, la privaciòn del derecho a la investigaciòn del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicciòn para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el articulo 7º de la Constituciòn*" (Sentencia Rol Nº 815, considerando 12º).

Al mismo tiempo, si no se formaliza se impide el control jurisdiccional de las actuaciones del fiscal. Como también ha expresado esta Magistratura, si el Ministerio Pùblico se niega a formalizar, sin que emita resoluciòn alguna, se impide "*el control*

[77] TC, sentencia de 19 de agosto de 2008, en causa Rol N° 815-2007.

jurisdiccional de sus actuaciones, única sede en la cual la víctima puede ser amparada en sus derechos".[78]

g) Derechos de la víctima frente a la decisión del Ministerio Público de no formalizar la investigación

Conforme lo señalábamos en el apartado anterior, y salvo el caso en que resulta procedente el forzamiento de la formalización o los casos en que el fiscal puede verse en la necesidad de formalizarla (por requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, recepción anticipada de prueba o resolución sobre medidas cautelares), la oportunidad de formalizar la investigación y generar los efectos previstos en la ley, es enteramente facultativo para el Ministerio Público.

En principio diremos que la ley no contempla derecho alguno específico para que la víctima pueda oponerse o reclamar en caso de que el fiscal decida no formalizar la investigación, a diferencia de lo que ocurre respecto de otras decisiones del Ministerio Público o inactividades de éste.

En efecto, aunque el legislador permitió a la víctima del delito recurrir al juez de garantía o incluso al mismo Ministerio Público para resolver el conflicto de intereses entre ella y el fiscal cada vez que éste adopta una decisión que pone fin a la investigación (archivo provisional, decisión de no iniciar la investigación, aplicación del principio de oportunidad, negativa a la realización de diligencias de investigación)[79], no hizo otro tanto en el caso que el Ministerio Público pusiera fin a las pretensiones punitivas de la víctima por la vía de su inactividad en formalizar. De esta forma, el derecho a la tutela judicial efectiva, a que la víctima tiene derecho constitucionalmente garantido puede verse no sólo afectada, sino definitivamente amagada por un acto del ente administrativo, a través de la simple inactividad.

De esta forma, el solo transcurso del tiempo, más allá de los plazos de prescripción, unido a la inactividad del Ministerio Público en ejercer su privativa facultad de formalizar la investigación, puede privar a la víctima, incluso siendo querellante, a su derecho a tutela efectiva, desde que —en apariencia— no existe norma legal que permita el forzamiento de la formalización por la víctima, cuestión entregada exclusivamente al ente persecutor.

En este sentido, el TC en la sentencia de fecha 19 de agosto de 2008, en causa Rol N° 815-2007, en el voto de minoría del mismo señala que frente a la ausencia de norma que resuelva este asunto, no resulta inconstitucional la norma del artículo 320 del

[78] TC, 2 de junio de 2009, Rol N° 1.244-08.

[79] Análogos derechos concede la ley procesal respecto de otras decisiones dentro del proceso, por ejemplo, respecto de la suspensión condicional del procedimiento, o el derecho de la víctima a ser oída por el tribunal antes de que se decida acerca del sobreseimiento u otra resolución que pusiere término a la causa, el derecho del querellante de oponerse a la solicitud de sobreseimiento o el "forzamiento" de la acusación, en aquellos casos en que el fiscal regional ratifique la decisión del fiscal de solicitar el sobreseimiento.

CPP, que entrega exclusivamente al Ministerio Público la decisión de la oportunidad de formalizar, acorde con su facultad exclusiva de dirigir la investigación, sino que para hacer efectiva la garantía constitucional de la tutela efectiva debe entenderse que la norma que da solución al conflicto es la prevista en el artículo 186, conforme a la cual la facultad de provocar que el juez de garantía le fije al Ministerio Público un plazo para formalizar, le corresponde no sólo al imputado, sino también a la víctima y demás personas que se consideren afectadas por una investigación que no se ha formalizado, según prevé la norma.

Entendemos que es el artículo 186 el que faculta a solicitarle al juez de garantía le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de la investigación y al mismo para fijarle al fiscal un plazo para que formalice la investigación, cuestión que no es exclusivamente aplicable al imputado, como parece haberse entendido, sino que tal como expresa la norma, requerible por "*Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente*".

Tal criterio constitucional ha sido posteriormente asentado por los fallos contenidos en sentencias de inaplicabilidad roles N°s. 1.337, 1.380 y 1.467, de fechas 20 de agosto, 3 de noviembre y 29 de diciembre, todas de 2009, respectivamente, al disponer:

"*Que, contra lo que pretende el peticionario, este precepto legal, correctamente interpretado, es el que precisamente impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible.*

En efecto, es este artículo 186, cuyo texto se transcribió en la parte expositiva, el que permite al querellante, que también puede ser (y de hecho lo es en este caso) una persona a quien afecte la no formalización judicial de la investigación, pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de la querella e, incluso, fijarle un plazo para que formalice la investigación".[80]

Sin embargo, si consideramos que la formalización de la investigación es una actuación de investigación, que se ha confiado en forma exclusiva y privativa al Ministerio Público por el artículo 83 de nuestra Carta Fundamental no puede resultar inconstitucional la norma contemplada en el artículo 229 del Código Procesal Penal, que faculta al Ministerio Público a formalizar la investigación y el artículo 230 que contempla la oportunidad en que debe ejercerse esa facultad[81]. Por lo demás, tratándose del ejercicio de funciones públicas, como son las de naturaleza administrativa

[80] Considerando séptimo, sentencia de fecha 20 de agosto de 2009, en causa Rol N°s. 1.337-09. En idénticos términos y transcribiendo este considerando, la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2009, Rol N° 1.380-09, considerando décimo y considerando décimo de sentencia de fecha 29 de diciembre de 2009, Rol N° 1.467-09.

[81] Véase Tribunal Constitucional. 2.6.2009. Rol 1.244-08 INA. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. ISSN 0718-647. Junio 2009. Págs. 12 y Sgtes.

que revisten las actividades de investigación, nunca puede importar que su omisión conlleve que ellas puedan ser traspasadas en su ejercicio a un particular, sino que lo procedente en tal caso es hacer efectivas las responsabilidades por su omisión o ejercicio arbitrario.

De acuerdo con ello, lo que corresponderá en caso de omisión u ejercicio de esta facultad por el Fiscal en forma arbitraria de forma que lesione los derechos de la víctima o del imputado, será procedente que se reclame administrativamente de esa actuación ante el superior jerárquico y que se hagan efectivas las responsabilidades civiles, penales o políticas que fueren pertinentes de acuerdo con la Carta Fundamental y la LOC de ese organismo.

Adicionalmente, consideramos adecuada la interpretación del Tribunal Constitucional sólo en cuanto a que el juez de garantía, en virtud de las normas del artículo 186 del CPP, puede ordenar al fiscal que informe a la víctima acerca de la investigación y de las razones por las cuales no ha formalizado si no lo hubiere efectuado, porque ello importaría que el órgano jurisdiccional ejerza las funciones de cautela de las garantías que el sistema consagra no sólo a favor del imputado, sino que también respecto del legítimo ejercicio de los derechos de la víctima dentro del ordenamiento jurídico[82].

Sin embargo, y dado que la víctima no ejerce ni le pertenece el ejercicio de la acción penal, sino que se le reconoce un mero carácter de coadyuvante en su ejercicio, como lo demuestra el que no puede renunciar ni desistirse de la acción penal con efectos extintivos, no puede directa o indirectamente llegar a asumir labores que no le corresponden ni forzar a través de resoluciones judiciales el ejercicio de funciones investigativas que constitucionalmente no le corresponden mediante el establecimiento de plazos, porque ellas se han entregado por mandato constitucional en forma exclusiva a otros órganos públicos.

Este debate que se presenta respecto del ejercicio e investigación de hechos delictivos respecto de los cuales se contempla la acción penal pública sólo puede llegar a ser entendida en nuestro ordenamiento jurídico por la participación que respecto del ejercicio de la acción penal pública se le concede a la víctima, pero no será comprendida a cabalidad en la mayoría de los restantes ordenamientos jurídicos en los que se contempla un monopolio en el ejercicio de la acción penal. En dichos sistemas procesales penales resultaría impensable que un particular, aun cuando hubiere sido afectado por el delito, pueda pretender ser él quien dirija una investigación o ejerza una acción pública y actuar como único acusador en un juicio oral en contra de un imputado, sin contemplar incluso la actuación del Ministerio Público, como ocurre con nuestro excepcional y curiosísimo artículo 258 del CPP, que contempla la institución del forzamiento de la acusación.

---

[82] Véase Tribunal Constitucional. 20.8.2009. Rol 1.337-09 INA. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 40. ISSN 0718-647. Septiembre 2009. Págs. 11 y Sgtes.

Como el Ministerio Público, como órgano administrativo, nunca puede ser forzado directa o indirectamente a realizar una actuación que le corresponde en forma exclusiva, debemos concluir que ante la omisión o actividad arbitraria del Ministerio Público en el ejercicio de esa función sólo caben las reclamaciones administrativas y posterior ejercicio de las acciones para hacer efectiva su responsabilidad que hubiere lugar.

Finalmente, si se hace aplicable el artículo 186 en cuanto a la fijación de un plazo para la investigación, llegamos al mismo resultado en cuando a que el ejercicio de las responsabilidades consiguientes es la única vía de actuación en este caso, puesto que no se ha contemplado sanción alguna para el caso en que el Ministerio no ejercite dicha facultad[83]. Además, demostraría la imposibilidad sistémica de aplicar ese artículo 186 en forma extensiva para la víctima en cuanto a la fijación de plazo, puesto que lo que algunos imputados pretenderían en caso que ella no se ejerciera sería que se decretara el sobreseimiento definitivo respecto de una investigación, que no se desea formalizar por el órgano público competente, lo que claramente no sería el objetivo deseado por la víctima.

h) Procedimiento para la formalización de la investigación

h.1) Formalización respecto de persona que se encuentra detenida

La persona detenida debe ser puesta a disposición del juez de garantía de inmediato, o a la primera audiencia judicial, dentro de un período que en caso alguno puede exceder las 24 horas (artículo 131).

A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal, puesto que su ausencia da lugar a la liberación del detenido (artículo 132).

En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal[84] procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares personales que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado.

En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.

La audiencia de control de detención es la audiencia que la ley prevé a los efectos de formalizar la investigación. Sin embargo y dado que la oportunidad en que se practica la formalización de la investigación es una decisión del fiscal, ello no es obligatorio

[83] Véase HERRERA, Marta. "Control judicial anterior a la formalización de la investigación". Págs. 189 y Sgtes. *Boletín del Ministerio Público* N° 18. Marzo 2004.

[84] La posibilidad que los abogados asistentes de los fiscales puedan participar en la audiencia de control fue incorporado por la Ley N° 20.253.

que se verifique en la audiencia.[85] De la misma forma, si la detención no se hubiere practicado por orden del tribunal, sino por flagrancia, tampoco sería menester que el fiscal formalizare en la audiencia.

h.2) Formalización de persona que no se encuentra detenida

El procedimiento para que se lleve a cabo la formalización respecto de una persona que no se encuentra detenida comprende los siguientes trámites:

1) Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación.

2) Citación a una audiencia al imputado, defensor y demás intervinientes.

3) Audiencia de formalización de la investigación.

1) Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación

Si el fiscal deseare formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare detenido, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo (artículo 231 inciso 1°).

2) Citación a una audiencia al imputado, defensor y demás intervinientes

A la audiencia de formalización se debe citar al fiscal, al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento (artículo 231 inciso 2°).

3) Audiencia de formalización de la investigación[86]

El desarrollo de la audiencia de formalización es el siguiente:

i) Comunicación verbal de los cargos en la audiencia por el Fiscal.

En la audiencia, el juez de garantía ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. En seguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente (artículo 232 inciso 1°).

ii) Debate acerca de las demás peticiones que plantearen los intervinientes.

A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen (artículo 232 inciso 2°).

Las demás peticiones que pueden formularse por los intervinientes en la audiencia de formalización de la investigación y sobre la cual debe abrirse debate entre los intervinientes asistentes, son las siguientes:

---

[85] Conforme información del Ministerio Público, contenida en su boletín estadístico año 2009, durante ese año se realizaron un total de 301.510 audiencias, de las cuales 201.984 fueron audiencias de control de detención. A su vez, el número de imputados formalizados en la audiencia de control de detención fue de 137.572.

[86] Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, durante el año 2009 se realizaron un total de 301.510 audiencias, de las cuales 99.526 fueron audiencias de formalización.

1. Medidas cautelares personales (artículo 142).

2. Medidas cautelares reales (artículo 157).

3. Salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento (artículo 237) y acuerdos reparatorios (artículo 241).

4. Declaración judicial del imputado (artículo 98).

5. Solicitud del imputado o su defensor para que el juez de garantía recomiende al fiscal la práctica de diligencias de investigación cuando fuere ello necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad (artículo 98 inciso 4º).

6. Prueba anticipada (artículo 191).

7. Fijación de plazo judicial para el cierre de la investigación (artículo 234).

Cuando el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al Ministerio Público, lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren, podrá fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación menor al plazo máximo de dos años previsto por la ley (artículos 234 y 247).

Sobre la materia, se ha señalado que *"el artículo 234 del CPP, lejos de entregar al juez una facultad discrecional, condiciona su aplicación exigiendo que la fijación de un plazo inferior al legal (dos años), para el cierre de la investigación debe ser considerada por el juez como necesaria con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren".*[87]

En cuanto a la naturaleza del plazo, se trata, como lo expresa el artículo 234 del CPP, de un plazo judicial, a cuyo respecto los artículos 67 y 68 del CPC, aplicables supletoriamente por expresa disposición del artículo 52 del CPP, dan expresamente el carácter de prorrogable, con la limitación de que la prórroga no podrá ampliar el término más allá del plazo legal, en este caso, dos años.[88]

En este caso, nos encontramos ante un plazo de carácter judicial, por lo que será posible solicitar antes de su vencimiento la prórroga, sin que en todo caso pueda excederse el plazo máximo de dos años previsto en la ley. En este sentido, se ha declarado que *"del estudio de los antecedentes se desprende que en la especie se cumplen las exigencias que hacen procedente la prórroga pedida por el Fiscal, establecidas en el citado artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la ampliación fue solicitada dentro del plazo de cuatro meses fijado en la audiencia de formalización de la instrucción y, además, el solicitante ha esgrimido como fundamento de su petición la existencia de una diligencia de investigación pendiente, consistente en el informe de término de lesiones de la víctima de uno de los delitos pesquisa, lo que se pondera como motivo justo de la ampliación solicitada".*[89]

---

[87] Corte Apelaciones La Serena. 13.3.2001. *Revista Procesal Penal* N° 1. Págs. 67 y Sgtes. Septiembre 2002.

[88] Corte Apelaciones La Serena. 13.3.2001. *Revista Procesal Penal* N° 1. Págs. 67 y Sgtes. Septiembre 2002.

[89] Juzgado de Garantía de Coronel. 25.8.2004. *Revista Procesal Penal* N° 26. Págs. 164 y Sgtes. Octubre 2004.

Al vencimiento del plazo judicial o del plazo legal si no se hubiere determinado éste por el tribunal, el fiscal debe proceder a cerrarla conforme a lo previsto en el artículo 247, materia a la que nos referiremos al abordar el cierre de la investigación.

8. Juicio inmediato (artículo 235).

En la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal podrá solicitar al juez que la causa pase directamente a juicio oral.

Si el juez acogiere dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral.

No obstante, el juez de garantía podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto no serán susceptibles de recurso alguno.

9. Resolución del caso en procedimiento simplificado (artículos 393 bis y 395).

i) Reclamación por formalización arbitraria

El imputado podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que ésta hubiere sido arbitraria (artículo 232 inciso final).

De conformidad a lo previsto en la letra b) de los artículos 32 y 33 de la LOC del Ministerio Público (N° 19.640), las reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento formulen en contra de un fiscal adjunto en conformidad a la ley procesal penal deberán ser presentadas por escrito al Fiscal Regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles.

En consecuencia, al tratarse la formalización de la investigación una comunicación de un órgano administrativo no se han contemplado recursos jurisdiccionales en su contra por parte del legislador, sino que tan sólo la reclamación de carácter administrativo antes mencionada.

12. La investigación del Ministerio Público autónoma y aquella sujeta al control jurisdicicional del juez de garantía

Tanto la Carta Fundamental como la ley determinan los sujetos a quienes les corresponde participar en la investigación de un delito.

Al efecto, se prescribe que los fiscales dirigirán la investigación y de acuerdo con ello, podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos (artículos 83 CPR y 180 inciso 1° CPP).

La oportunidad en la cual deben comenzar a realizar dichas investigaciones es dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley.

Las diligencias que debe realizar u ordenar que se realicen por parte del fiscal son todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del delito, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores.

Los sujetos a quienes los fiscales podrán exigir información y para quienes es obligatorio proporcionarla sin orden judicial previa es toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

Los objetivos que la investigación que se llevará a cabo es consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo.

Para el cumplimiento de los objetivos de la investigación, debemos distinguir actuaciones autónomas de la policía, actuaciones autónomas del fiscal y actuaciones del fiscal que pueden llevarse a efecto previa autorización judicial.

12.1. Actuaciones autónomas de la policía[90]

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado pertinente, hemos de recapitular señalando que los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile pueden realizar, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, las siguientes actuaciones:

a) Prestar auxilio a la víctima.

b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley.

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad.

c) Resguardar el sitio del suceso.

Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o ves-

[90] Sobre el detalle de las actuaciones de la policía sin orden previa, autónomas o de oficio, ver el apartado V.2.2 del Capítulo Segundo, Los sujetos.

tigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el Ministerio Público designare.

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantare, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaren a cabo esta diligencia.

En aquellos casos en que en la localidad donde ocurrieren los hechos no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal policial que hubiese llegado al sitio del suceso deberá recogerla y guardarla en los términos indicados en el párrafo precedente y hacer entrega de ella al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible.[91]

d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en caso de detención por flagrancia y resguardo del sitio del suceso.

e) Recibir las denuncias del público, y

f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales, dentro de las cuales podemos reseñar:

f.a) Control de identidad (artículo 85).

f.b) Examen de vestimentas, del equipaje que portare o el vehículo que condujere un detenido (artículo 89).

f.c) Levantamiento del cadáver en los casos de muerte en la vía pública, debiendo dejar registro de lo obrado (artículo 90).

f.d) Interrogar al imputado en presencia del defensor (artículo 91).

De todas dichas actuaciones deberá informar inmediatamente al Ministerio Público (artículo 84), en la forma y por los medios más expeditos posibles (artículo 81).

Si se tratare de una diligencia ordenada por el Ministerio Público, la ejecutará la policía bajo la responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren (artículo 80), debiendo la policía dar cuenta de inmediato si no le fuere posible cumplirla (artículo 82), careciendo los fiscales de facultades disciplinarias respecto de la policía, dado que ellos mantienen su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren (artículo 80 inciso 1°).

Finalmente, los funcionarios policiales no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible (artículo 92).

12.2. Actuaciones autónomas del fiscal

Como hemos señalado precedentemente, los objetivos de la investigación que deben llevar a cabo los fiscales en caso de la comisión de un hecho punible persigue

[91] Inciso agregado por la Ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008.

consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo.

Algunas de dichas diligencias pueden ser realizadas por los Fiscales directamente o con el auxilio de la policía, sin necesidad de contar con una autorización judicial previa conforme a lo previsto en el artículo 9°.

El Fiscal puede realizar, directamente o a través de la policía, sin orden judicial previa, las siguientes actuaciones:

1. Hacer constar el estado de las personas, cosas o lugares, identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones (artículo 181 inciso 1°).

2. Si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, debe tomar nota de ellos y especificarlos detalladamente, dejando constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente (artículo 181 inciso 1°).

3. Disponer para el cumplimiento de los fines de la investigación la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados. En estos casos, una vez verificada la operación se certificará el día, hora y lugar en que ella se hubiere realizado, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes hubieren intervenido en ella, así como la individualización de la persona sometida a examen y la descripción de la cosa, suceso o fenómeno que se reprodujere o explicare. En todo caso se adoptarán las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación (artículo 181 inciso 2°).

4. Recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, debiendo levantarse un registro de la diligencia conforme a las reglas generales (artículos 187[92] y 188). Si no nos encontramos frente a un detenido en caso de delito flagrante deberá procederse con autorización judicial previa.

5. Exigir información a toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley (artículo 180 inciso final).

Los notarios, archiveros y conservadores de bienes raíces, y demás organismos, autoridades y funcionarios públicos, deberán realizar las actuaciones y diligencias y otorgar los informes, antecedentes y copias de instrumentos que los fiscales les solicitaren, en forma gratuita y exentos de toda clase de derechos e impuestos.[93]

---

[92] Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 87 y Sgtes. 2008.

[93] Incorporado al inciso final del artículo 180 mediante la Ley N° 20.074 de 14 de noviembre de 2005.

6. Tomar por sí o a través del abogado asistente la declaración a los testigos que comparezcan voluntariamente, sin perjuicio de poder el fiscal requerir judicialmente que se dispongan las medidas de apremio respecto de aquellos que se negaren a comparecer o declarar injustificadamente (artículo 190). Las declaraciones de los testigos pueden prestarse ante el fiscal o ante su abogado asistente (a diferencia de la declaración del imputado, que sólo puede ser recibido por el fiscal).

7. Solicitar la práctica de informes periciales a los miembros de organismos técnicos estatales especializados (artículo 321) o terceros de su confianza y que tengan idoneidad profesional en la materia (artículo 314).

8. Disponer la práctica de exámenes corporales si contare con la anuencia del imputado o del ofendido por el hecho punible, debiendo requerir de autorización judicial en caso de negativa de la persona que ha de ser objeto del examen (artículo 197).[94-95]

Los exámenes médicos podrá disponer el fiscal que se realicen en el Instituto Médico Legal o cualquier otro servicio médico (artículo 199 inciso 1°).

Existe además obligación de conservar, remitir antecedentes e informar al Ministerio Público por los establecimientos de salud en los casos previstos en los artículos 198 y 200, lo que no importa más que dar cumplimiento a la obligación de denuncia obligatoria prevista en la letra d) del artículo 175.

Conforme el artículo 198, en su inciso final [96] los exámenes y pruebas biológicas destinados a la determinación de huellas genéticas sólo podrán ser efectuados por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho Servicio.

Las instituciones acreditadas constarán en una nómina que, en conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, publicará el Servicio Médico Legal en el Diario Oficial.

En el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en las pruebas biológicas en los procesos civiles de filiación en los cuales si se imponen en virtud de una carga, se ha señalado por la doctrina que "existe la obligación de someterse a las medidas de intervención corporal, por lo que cabe exigir la posibilidad de ejecutárselas de manera forzosa si el afectado se niega a su realización. Ahora bien, su ejecución forzosa puede llevarse a cabo de dos maneras: bien imponiéndolas directamente, mediante el empleo de la fuerza física, bien indirectamente, a través de la amenaza de incurrir en el delito de desobediencia grave a la autoridad.

"La segunda opción no nos parece adecuada, fundamentalmente porque se incumpliría el principio de intervención mínima del Derecho Penal, y, además, peligraría

---

[94] En este sentido, Tribunal de Juicio Oral Antofagasta. 15.3.2003. *Revista Procesal Penal* N° 9, Págs. 93 y Sgtes. Mayo 2003.

[95] Véase en este mismo sentido PIEDRABUENA, Guillermo. "Análisis de leyes complementarias a la Reforma Procesal Penal". Pág. 30. *Ministerio Público. Fiscalía Nacional.* 2002.

[96] Artículo incorporado por la Ley N° 19.970 de 6 de octubre de 2004.

el principio de proporcionalidad, tanto si se pena de manera más leve la negativa de sometimiento que el delito cuya averiguación se pretende, como si se hace de modo más grave; en la práctica entonces sería imposible respetar la proporcionalidad de la pena con este sistema.

"Así pues, tratándose de una obligación, el único modo adecuado de asegurar el cumplimiento de la resolución judicial que ordena la práctica de una intervención corporal, cuando el sujeto afectado se niegue a someterse a ella, es su ejecución forzosa directa, mediante el empleo de la fuerza física si es necesario, pero sin que se le pueda exigir colaboración activa ninguna en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable[97].

9. Disponer la práctica de autopsias cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible en dependencias del Servicio Médico Legal, y donde no las hubiere, el fiscal designará el médico encargado y el lugar en que la autopsia debiere ser llevada a cabo (artículos 199 inciso 2° y 201).

El cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invocaren título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se hubiere practicado (artículo 201 inciso 2°).

10. Citar al imputado a las dependencias del Ministerio Público para tomarle declaraciones (artículo 193).

Debemos hacer presente que para el imputado constituye una obligación la de comparecer ante el Ministerio Público, pero no así la de prestar declaración, lo que hará sólo en la medida que estuviere dispuesto a hacerlo, teniendo presente que en todo caso, que el imputado no podrá negarse a proporcionar al Ministerio Público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación (artículos 93 letra g) y 194).

Por otra parte la declaración del imputado debe prestarse ante el fiscal de la causa y no ante los abogados asistentes de éste. En efecto, no obstante las facultades que se les han conferido a éstos para realizar ciertas diligencias (por ejemplo para comparecer a la audiencia de control de la detención o para tomar las declaraciones de testigos) no se encuentran facultados para tomarle declaración al imputado.[98]

Si el imputado se allanare a prestar declaraciones, le asisten los siguientes derechos:

---

[97] GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal.* Pág. 45. Thomson Aranzadi. 2003. Navarra. España.

[98] "El señor Fiscal Nacional destacó que los acuerdos de la Comisión acerca de la intervención en los procesos del abogado asistente del fiscal le han reconocido la facultad para recibir las declaraciones de testigos, mas no la del imputado; éste, según los artículos 193, 194 y 326 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede declarar frente al fiscal. Por tanto, el abogado asistente, en el juicio oral sólo puede hacer fe de las declaraciones prestadas ante él por los testigos; por tal razón, concluyó, es necesario introducir la distinción correspondiente, para que no quepa duda que la disposición, en lo que respecta a los abogados asistentes del fiscal, sólo se refiere a las declaraciones de los testigos". Discusión parlamentaria de la Ley N° 20.253, segundo informe de la Comisión de Constitución. Pág. 379.

a) Prestar declaración sin juramento previo (artículo 93 letra g).

b) Ser asistido por su abogado (artículos 91 y 93 letra b).

c) Si se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojare en su contra (artículo 194 inciso 1°).

d) No ser sometido a ningún tipo de coacción, amenaza o promesa, aun cuando el imputado consintiere en la utilización de ellos (artículos 93 letra h) y 195), no pudiendo prolongarse excesivamente el interrogatorio (artículo 196). La violación de estos derechos conduce a la exclusión de prueba por haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales (artículo 276 inciso penúltimo).

e) Debe el fiscal levantar un registro conforme a las reglas generales, en el cual debe dejar constancia de la negativa del imputado a responder una o más preguntas y del tiempo invertido en el interrogatorio (artículos 196 inciso final y 197 inciso final).

Mientras el imputado se encuentre detenido o en prisión preventiva, el fiscal estará facultado para hacerlo traer a su presencia cuantas veces fuere necesario para los fines de la investigación, sin más trámite que dar aviso al juez y al defensor.[99-100]

11. La realización de pruebas caligráficas al imputado, si se contare con la anuencia de éste para escribir en presencia del fiscal algunas palabras o frases. Si el imputado se negare a hacerlo, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la autorización correspondiente (artículo 203).

12. En general, realizar toda otra diligencia que no importe privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución les asegura (artículo 9°).

12.3. Actuaciones que el fiscal debe realizar previa autorizacion judicial

El Fiscal sólo puede practicar si cuenta con la autorización previa del juez de garantia, por importar una privación, perturbación o amenaza de los derechos garantizados al imputado o un tercero por la Constitución (artículo 9°), las siguientes diligencias:

1. La realización de exámenes corporales del imputado o del ofendido requiere de autorización judicial previa, si la persona que ha de ser objeto del examen no prestare su consentimiento ante la solicitud formulada por el Fiscal (artículo 197).

2. La exhumación de un cadáver puede ser efectuada sólo en casos calificados, previa autorización del juez de garantía, ante un requerimiento del fiscal (artículo 202).

---

[99] Inciso incorporado por la Ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008.

[100] Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 78 y siguientes. 2008.

3. Entrada y registro a diversos lugares con el objetivo de buscar al imputado que se encuentre en situación de flagrancia o respecto de quien se hubiere expedido una orden de detención, búsqueda de huellas o rastros, y búsqueda de medios que sirvan para la comprobación del hecho investigado o la participación del imputado en el mismo.

Para determinar la necesidad de existencia de una autorización previa de alguna persona o de una orden judicial previa es necesario distinguir el lugar en el cual se realizará la búsqueda.

3.1. Entrada y registro en lugares de libre acceso público (artículo 204).

Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, sin necesidad de orden judicial previa, pueden efectuar el registro de lugares y recintos de libre acceso público, en búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención, o de rastros o huellas del hecho investigado o medios que pudieren servir a la comprobación del mismo.

3.2. Entrada y registro en lugares cerrados (artículo 205).[101]

Cuando se presumiere que el imputado, o los medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquel que lo hubiere ordenado.

Si, por el contrario, el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía adoptará las medidas tendentes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. En todo caso, el fiscal hará saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro.

3.3. Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial, ante llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito (artículo 206).

La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.[102]

---

[101] El artículo 19 N° 5 de la CPR garantiza "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

[102] Véase Corte Suprema. 27.2.2003. Rol 161-03. *Revista Procesal Penal* N° 8. LexisNexis. Pág. 39. Abril de 2003.

De dicho procedimiento deberá darse comunicación al fiscal inmediatamente terminado y levantarse un acta circunstanciada que será enviada a éste dentro de las doce horas siguientes. Copia de dicha acta se entregará al propietario o encargado del lugar[103].

Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechores.[104]

3.4. Entrada y registro en lugares especiales (lugares religiosos, edificios en que funcionare alguna autoridad pública o recintos militares) (artículo 209).

Para proceder al examen y registro de lugares religiosos, edificios en que funcionare alguna autoridad pública o recintos militares, el fiscal deberá oficiar previamente a la autoridad o persona a cuyo cargo estuvieren, informando de la práctica de la actuación. Dicha comunicación deberá ser remitida con al menos 48 horas de anticipación y contendrá las señas de lo que hubiere de ser objeto del registro, a menos que fuere de temer que por dicho aviso pudiere frustrarse la diligencia. Además, en ella se indicará a las personas que lo acompañarán e invitará a la autoridad o persona a cargo del lugar, edificio o recinto a presenciar la actuación o a nombrar a alguna persona que asista.

Si la diligencia implicare el examen de documentos reservados o de lugares en que se encontrare información o elementos de dicho carácter y cuyo conocimiento pudiere afectar la seguridad nacional, la autoridad o persona a cuyo cargo se encontrare el recinto informará de inmediato y fundadamente de este hecho al Ministro de Estado correspondiente, a través del conducto regular, quien, si lo estimare procedente, oficiará al fiscal manifestando su oposición a la práctica de la diligencia. Tratándose de entidades con autonomía constitucional, dicha comunicación deberá remitirse a la autoridad superior correspondiente.

En este caso, si el fiscal estimare indispensable la realización de la actuación, remitirá los antecedentes al fiscal regional, quien, si compartiere esa apreciación, solicitará a la Corte Suprema que resuelva la controversia, decisión que se adoptará en cuenta. Mientras estuviere pendiente esa determinación, el fiscal dispondrá el sello y debido resguardo del lugar que debiere ser objeto de la diligencia.

Regirá, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 19 y, si la diligencia se llevare a cabo, se aplicará a la información o elementos que el fiscal resolviere incorporar a los antecedentes de la investigación lo dispuesto en el artículo 182.

3.5. Entrada y registro en lugares que gozan de inviolabilidad diplomática (artículo 210).

---

[103] Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 80 y Sgtes. 2008.

[104] Incisos modificados por Leyes N°s. 20.090 y 20.253, de 11 de enero de 2006 y 14 de marzo de 2008, respectivamente.

Para la entrada y registro de locales de embajadas, residencias de los agentes diplomáticos, sedes de organizaciones y organismos internacionales y de naves y aeronaves que, conforme al Derecho Internacional, gozaren de inviolabilidad, el juez pedirá su consentimiento al respectivo jefe de misión por oficio, en el cual le solicitará que conteste dentro de veinticuatro horas. Éste será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Si el jefe de misión negare su consentimiento o no contestare en el término indicado, el juez lo comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores. Mientras el Ministro no contestare manifestando el resultado de las gestiones que practicare, el juez se abstendrá de ordenar la entrada en el lugar indicado. Sin perjuicio de ello, se podrán adoptar medidas de vigilancia, conforme a las reglas generales.

En casos urgentes y graves, podrá el juez solicitar la autorización del jefe de misión directamente o por intermedio del fiscal, quien certificará el hecho de haberse concedido.

3.6. Entrada y registro en locales consulares (artículo 211).

Para la entrada y registro de los locales consulares o partes de ellos que se utilizaren exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, se deberá recabar el consentimiento del jefe de la oficina consular o de una persona que él designare, o del jefe de la misión diplomática del mismo Estado.

Regirá, en lo demás, lo dispuesto respecto del ingreso en lugares que gozaren de inviolabilidad diplomática

3.7. Procedimiento para practicar la entrada y registro de lugares con orden judicial.

En cuanto a los aspectos procedimentales para llevar a cabo el registro se regulan los siguientes aspectos:

a) Orden de registro (artículo 208 inciso 1º).

La orden que autorizare la entrada y registro deberá señalar: a) El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados; b) El fiscal que lo hubiere solicitado; c) La autoridad encargada de practicar el registro, y d) El motivo del registro y, en su caso, del ingreso nocturno.

b) Vigencia de la orden (artículo 208 inciso 2º).

La orden tendrá una vigencia máxima de diez días, después de los cuales caducará la autorización. Con todo, el juez que emitiere la orden podrá establecer un plazo de vigencia inferior.

c) Horario para el registro (artículo 207).

El registro deberá hacerse en el tiempo que media entre las seis y las veintidós horas; pero podrá verificarse fuera de estas horas en lugares de libre acceso público y que se encontraren abiertos durante la noche. Asimismo, procederá en casos urgentes, cuando su ejecución no admitiere demora. En este último evento, la resolución que autorizare la entrada y el registro deberá señalar expresamente el motivo de la urgencia.

d) Procedimiento para el registro (artículo 212).

La resolución que autorizare la entrada y el registro de un lugar cerrado se notificará al dueño o encargado, invitándosele a presenciar el acto, a menos que el juez de garantía autorizare la omisión de estos trámites sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiere frustrar el éxito de la diligencia.

Si no fuere habida alguna de las personas expresadas, la notificación se hará a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar o edificio, quien podrá, asimismo, presenciar la diligencia.

Si no se hallare a nadie, se hará constar esta circunstancia en el acta de la diligencia.

e) Medidas de vigilancia (artículo 213).

Aun antes de que el juez de garantía dictare la orden de entrada y registro de que trata el artículo 208, el fiscal podrá disponer las medidas de vigilancia que estimare convenientes para evitar la fuga del imputado o la sustracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia.

f) Realización de la entrada y registro (artículo 214).

Practicada la notificación a que se refiere el artículo 212, se procederá a la entrada y registro. Si se opusiere resistencia al ingreso, o nadie respondiere a los llamados, se podrá emplear la fuerza pública. En estos casos, al terminar el registro se cuidará que los lugares queden cerrados, a objeto de evitar el ingreso de otras personas en los mismos. Todo ello se hará constar por escrito.

En los registros se procurará no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario.

El registro se practicará en un solo acto, pero podrá suspenderse cuando no fuere posible continuarlo, debiendo reanudarse apenas cesare el impedimento.

g) Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado (artículo 215).

Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal.

h) Constancia de la diligencia (artículo 216).

De todo lo obrado durante la diligencia de registro deberá dejarse constancia escrita y circunstanciada. Los objetos y documentos que se incautaren serán puestos en custodia y sellados, entregándose un recibo detallado de los mismos al propietario o encargado del lugar.

Si en el lugar o edificio no se descubriere nada sospechoso, se dará testimonio de ello al interesado, si lo solicitare.

En la doctrina extranjera se ha señalado que la entrada y registro son actuaciones perfectamente diferenciables. Ambas afectan el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, pero en distinta medida, ya que el registro resulta más gravoso que la simple entrada. El registro implica la entrada previa, pero la mera entrada no

implica necesariamente un registro ulterior, de donde se deduce que no siempre que resulte autorizada la entrada se debe considerar autorizado implícitamente el registro posterior. El registro debe estar, al igual que la entrada, constitucionalmente justificado y legalmente previsto.[105] La infracción del precepto constitucional (Registro llevado a cabo sin que concurra ninguna situación habilitante) conlleva a la nulidad por existencia de una prueba ilicita como de todas las pruebas indirectamente derivadas por la teoría del árbol envenenado. Si por el contrario, la norma infringida se sitúa en el ámbito de la legalidad ordinaria, la diligencia será nula si se prescinde de normas esenciales del procedimiento o se produce efectiva indefensión, la que será insubsanable, pero no conlleva la nulidad de otros medios probatorios indirectamente ligados al registro. Al margen de la nulidad se encuentran las meras irregularidades no invalidantes, que a lo sumo pueden generar responsabilidad penal o disciplinaria de los actuantes.[106]

4. Incautación de objetos y documentos (artículo 217).

Los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

Si los objetos y documentos se encontraren en poder de una persona distinta del imputado, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad a ello, el juez podrá apercibirla para que los entregue. Regirán, en tal caso, los medios de coerción previstos para los testigos. Con todo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración.

Cuando existieren antecedentes que permitieren presumir suficientemente que los objetos y documentos se encuentran en un lugar de aquellos a que alude el artículo 205 se procederá de conformidad a lo allí prescrito.

5. Retención e incautación de correspondencia (artículo 218).[107]

A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presumiere que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la

[105] RODRIGUEZ SOL, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilicita.* Pág. 313. Editorial Comares. Granada. 1998.

[106] RODRIGUEZ SOL, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilícita.* Pág. 315. Editorial Comares. Granada. 1998.

[107] El artículo 19 Nº 5 de la CPR garantiza "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su conservación se aplicará lo dispuesto en el artículo 188.

La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal.

La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente.

6. Inventario y custodia (artículo 221).

De toda diligencia de incautación se levantará inventario, conforme a las reglas generales. El encargado de la diligencia otorgará al imputado o a la persona que los hubiere tenido en su poder un recibo detallado de los objetos y documentos incautados.

Los objetos y documentos incautados serán inventariados y sellados y se pondrán bajo custodia del Ministerio Público en los términos del artículo 188.

7. Objetos y documentos no sometidos a incautación (artículo 220).

No podrá disponerse la incautación, ni la entrega bajo el apercibimiento previsto en el inciso segundo del artículo 217:

a) De las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o en virtud de lo prescrito en el artículo 303;

b) De las notas que hubieren tomado las personas mencionadas en la letra a) precedente, sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la que se extendiere la facultad de abstenerse de prestar declaración, y

c) De otros objetos o documentos, incluso los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración.

Las limitaciones previstas en este artículo sólo regirán cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encontraren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración; tratándose de las personas mencionadas en el artículo 303, la limitación se extenderá a las oficinas o establecimientos en los cuales ellas ejercieren su profesión o actividad.

Asimismo, estas limitaciones no regirán cuando las personas facultadas para no prestar testimonio fueren imputadas por el hecho investigado o cuando se tratare de objetos y documentos que pudieren caer en comiso, por provenir de un hecho punible o haber servido, en general, a la comisión de un hecho punible.

En caso de duda acerca de la procedencia de la incautación, el juez podrá ordenarla por resolución fundada. Los objetos y documentos así incautados serán puestos a disposición del juez, sin previo examen del fiscal o de la policía, quien decidirá, a la

vista de ellos, acerca de la legalidad de la medida. Si el juez estimare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos mencionados en este artículo, ordenará su inmediata devolución a la persona respectiva. En caso contrario, hará entrega de los mismos al fiscal, para los fines que éste estimare convenientes.

Si en cualquier momento del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, ellos no podrán ser valorados como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente.

8. Copias de comunicaciones o transmisiones (artículo 219).[108]

El juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, podrá ordenar la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios.

9. Interceptación de comunicaciones telefónicas (artículo 222).[109]

Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.[110]

La orden sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus

---

[108] El artículo 19 N° 5 de la CPR garantiza, "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

[109] La Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 36 B, prevé un delito de acción penal pública para aquellos que interfieran, intercepten, capten, maliciosamente un servicio de telecomunicaciones o difundan comunicaciones, en los siguientes términos:

"Comete delito de acción pública:

b) El que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.

d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000".

[110] Otras normas legales que autorizan practicar la interceptación de telecomunicaciones son:

1) El artículo 24 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;

2) El artículo 14 de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad;

3) El artículo 24 de la Ley N° 19.974, sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia;

4) El artículo 369 ter del Código Penal.

medios de comunicación al imputado o sus intermediarios. Respecto a la necesidad de que concurra este grado de probabilidad que debe emanar de los antecedentes invocados para decretar esta medida intrusiva, se ha resuelto que "la sola afirmación a través de un oficio policial de la comisión de un delito, proveniente a su vez de una llamada anónima, no es en ningún caso antecedente suficiente para decretar una medida como la intervención de las comunicaciones.[111]

Debemos tener presente que acertadamente se ha resuelto que la autorización judicial para que se lleve a cabo dicha intercepción sólo puede afectar a terceros previa orden judicial, a menos que ellos hayan autorizado expresamente esa diligencia. En este sentido se señala que *"si no se puede interceptar, o grabar una comunicación de una persona de la cual se sospecha fundadamente la participación en la preparación o comisión de un hecho punible, sin autorización judicial previa, no se evidencia el porqué si podría llevarse a cabo con la victima, la que debe gozar de reciprocidad en el resguardo de sus derechos con los del imputado o acusado".*[112]

9.a) Comunicaciones telefónicas no interceptables

No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

9.b) Requisitos de la orden de intercepción

La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma.

9.c) Vigencia de la orden de interceptación

La orden de interceptación no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos indicados precedentemente.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.

9.d) Forma de llevar a cabo la interceptación.[113]

Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este

---

[111] Francisca Zapata. Juez del Primer Juzgado de Garantía de Santiago. 14.10.2005. *Revista Procesal Penal* N° 40. Págs. 147 y Sgtes. Octubre 2005.

[112] Tribunal Juicio Oral La Serena. 13.9.2002. *Revista Procesal Penal* N° 3. Págs. 86 y Sgtes. Noviembre 2003.

[113] La Subsecretaría de Telecomunicaciones dictó el Reglamento sobre Interceptacion y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y de otras formas de Telecomunicación, contenido en el Dto. N° 142, publicado en el D.O. el 22 de septiembre de 2005.

objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato.

La diligencia de interceptación, como toda diligencia de investigación, debe ser llevada a efecto por la policía conforme a lo previsto en el artículo 79.

Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

9.e) Registro de la interceptación (artículo 223).

La interceptación telefónica será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguraren la fidelidad del registro. La grabación será entregada directamente al Ministerio Público, quien la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.

Cuando lo estimare conveniente, el Ministerio Público podrá disponer la transcripción escrita de la grabación, por un funcionario que actuará, en tal caso, como ministro de fe acerca de la fidelidad de aquélla. Sin perjuicio de ello, el Ministerio Público deberá conservar los originales de la grabación, quien la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas..

9.f) Incorporación al juicio oral.

La incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos de la medida de interceptación se realizará de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva. En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia.

Sin embargo, los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma (artículo 225).[114]

9.g) Entrega comunicaciones irrelevantes a las personas afectadas por la misma y destrucción de transcripciones o copias.

Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el proeedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes.

---

[114] Véase López Barja de Quiroga, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal. 1989. Madrid. España.

9h. Notificación al afectado por la interceptación (artículo 224)

La medida de interceptación será notificada al afectado por la misma con posterioridad a su realización, en cuanto el objeto de la investigación lo permitiere, y en la medida que ello no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. En lo demás regirá lo previsto en el artículo 182.

10. Otros medios técnicos de investigación (rtículo 226).

Cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, podrá disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes. Regirán correspondientemente las normas contenidas en los artículos 222 al 225, relativas a la interceptación comunicaciones telefónicas, registro y notificación de interceptación al afectado y prohibición de utilización de interceptación fuera de los casos previstos por la ley.

Sobre la materia, se nos ha señalado que "existen buenas razones para circunscribir la aplicación del artículo 226 del CPP a situaciones en las que la actividad del Ministerio Público encierre una afectación importante del derecho a la intimidad o privacidad del imputado, al menos de una intensidad comparable con la interceptación de las comunicaciones telefónicas, pues de otra forma la remisión a los estándares del artículo 222 del CPP (que se refiere precisamente a esta última medida intrusita) carece de justificación lógica. Por otro lado, la inclusión en el artículo 22 de la hipótesis en que el Ministerio Público pretende grabar comunicaciones entre personas presentes corrobora en parte lo dicho, pues indudablemente se trata de una injerencia en la esfera de intimidad de considerable intensidad, por lo que resulta de todo comprensible someterla al estatuto normativo de interceptación de comunicaciones telefónicas. Este es el único elfo que, en principio compatible con el principio de la proporcionalidad, sobre todo si se parte de la base que una interceptación telefónica constituye una intrusión radicalmente intensa, lo cual justifica el elevado estándar que al respecto exigió la ley.[115]

En esta materia podría ser posible distinguir tres tipos diversos de situaciones. Una primera estaría representada por las actuaciones del Ministerio Público en que la intensidad de la afectación de la privacidad como la instalación de cámaras ocultas al interior del domicilio del imputado o en otro recinto en el cual pueda esgrimir una privacidad más intensa que la que se posee en lugares públicos nos conduce a las exigencias del artículo 226 en las que se requiere de autorización judicial previa del juez de garantía.

Una segunda estaría representada por las actuaciones del Ministerio Público en la cual filma o fotografía situaciones eventualmente delictuales en la vía pública, sin que ello esté inserto dentro de una investigación sistémica contra una persona deter-

[115] GALLARDO F., Eduardo. Juez Garantía de Santiago. "La delimitación del artículo 226 del Código Procesal Penal en el contexto del control jurisdiccional del Ministerio Público: Consideraciones generales para una interpretación sistémica y acorde al principio de proporcionalidad". *Revista Procesal Penal* N° 32. Pág. 13. Febrero 2005.

minada, la que se encontraría regida por el artículo 181 del CPP y no está sometida a un control judicial previo.

Una tercera consistiría en un cierto grado de afectación de la intimidad, pero en las cuales la actividad del investigador no se concreta en esferas claramente privadas que queden sujetas al estatuto protector del artículo 226, como sería los casos de seguimiento y fotografía o filmación sistémico y más o menos prolongado de una persona a la cual se investiga cuando entra o sale de su casa u oficina; los lugares a los cuales se dirige, las personas con que se encuentra, el establecimiento de su rutina diaria, sus horarios, etc. para construir un cuadro de su vida cotidiana, lo que queda sujeto al estatuto normal para las actividades afectatorias de las garantías en la investigación contempladas en el artículo 9°, las que requieren de autorización judicial previa.[116]

11. Regla general.

En general, para realizar cualquier diligencia que importe privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución les asegura, se requerirá de autorización previa del juez de garantía (artículo 9°).

12.4. Proposición y asistencia a diligencias por el imputado y los demás intervinientes

12.4.1. Proposición de diligencias

Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia (artículo 183).

Sobre la materia debe tenerse presente que corresponde al Fiscal Regional conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo (artículo 32 letra b) LOC Min. Público).

Las reclamaciones que los intervinientes en un proceso formulen en contra de un fiscal adjunto de conformidad a la ley procesal, deberán ser presentadas por escrito al Fiscal Regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles (artículo 33 LOC Min. Público).

---

[116] En este sentido, GALLARDO F., Eduardo. Juez de Garantía de Santiago. "La delimitación del artículo 226 del Código Procesal Penal en el contexto del control jurisdiccional del Ministerio Público: Consideraciones generales para una interpretación sistémica y acorde al principio de proporcionalidad". *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 11 y Sgtes. Febrero 2005.

12.4.2. Asistencia a diligencias

Durante la investigación, el fiscal podrá permitir la asistencia del imputado o de los demás intervinientes a las actuaciones o diligencias que debiere practicar, cuando lo estimare útil.

En todo caso, podrá impartirles instrucciones obligatorias conducentes al adecuado desarrollo de la actuación o diligencia y podrá excluirlos de la misma en cualquier momento (artículo 184).

13. LA INVESTIGACIÓN Y LA PARTICIPACION QUE LE CORRESPONDE EN ELLA AL JUEZ DE GARANTÍA

El juez de garantía no tiene facultades para decretar diligencias de investigación, dado que su dirección se ha entregado exclusivamente al Ministerio Público por nuestra Carta Fundamental, la Ley Orgánica del Ministerio Público y el CPP.

Sin perjuicio de ello, el juez de garantía puede adoptar algunas medidas que importan un control respecto de las actuaciones del Ministerio Público en la realización de las diligencias de investigación, dentro de las cuales podemos reseñar las siguientes:

a) Declaración de admisibilidad de la querella por el juez de garantía ordenando que se dé inicio a una investigación por el Ministerio Público, aun cuando el Ministerio Público hubiere dispuesto el archivo provisional o adoptado la decisión de no iniciar la investigación (artículos 112 y 169).

b) Autorización de diligencias que importen privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución les asegura, se requerirá de autorización previa del juez de garantía (artículo 9°).

Excepcionalmente, las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9 requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se llevaren a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder sin comunicación al afectado, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia (artículo 236).

c) Amparo ante el juez de garantía para que examine privación de libertad que no provenga de una orden judicial (artículo 95).

d) Apercibimiento para formalizar la investigación (artículo 186).

Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.

e) Aprobación de solicitud de principio de oportunidad y de las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios (artículos 170, 238 y 241 respectivamente).

f) Recomendar el juez de garantía al Ministerio Público la realización de diligencias propuestas por el imputado o su defensor en la declaración judicial del primero, cuando lo considere necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad (artículo 98 inciso penúltimo).

Estimamos que si el Ministerio Público no realiza dichas diligencias, el imputado podría acudir al juez de garantía para que se proteja su derecho de defensa conforme a lo previsto en el artículo 10.

Este es el único medio por el cual el imputado puede obtener que se realicen diligencias para obtener pruebas que demuestren su inocencia durante la investigación y que pueda hacer valer en el juicio oral, dado que la reapertura de la investigación en la forma en que se encuentra redactada no cubre el caso en el cual el fiscal formulare la acusación conforme a lo dispuesto en el artículo 257.

Resulta de meridiana claridad que si el imputado y su defensor solicitan determinadas diligencias y se recomienda su realización por el juez de garantía, y ellas no se practican por parte del Ministerio Público se infringe con ello el ejercicio de la defensa y se viola el principio de la objetividad, encontrándonos ante una arbitrariedad tal que un sistema garantista no puede dejar exento de control jurisdiccional por parte del juez de garantía, contentándose sólo con las reclamaciones administrativas que se efectúen ante los superiores del órgano administrativo que lleva la investigación como es el Fiscal Regional.

En tales casos, estaríamos en presencia de un sistema peor que el inquisitivo, dado que la decisión de realizar diligencias a favor del imputado, requeridas por éste y propuestas por el tribunal, estaría en las exclusivas manos del órgano administrativo encargado de la persecución penal y exento de control jurisdiccional; y no en poder de un órgano jurisdiccional investigador que es independiente e imparcial por esencia y a quien no le corresponde ejercer la persecución penal, sino que tan sólo resolverla cuando ella se puede hacer efectiva, luego de un juicio previo, y cuya decisión se encuentra generalmente sometida al control del tribunal superior jerárquico.

g) Reapertura de la investigación (artículo 257).

Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado.

Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248.

14. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LAS SALIDAS ALTERNATIVAS

14.1. Generalidades

Dijimos anteriormente que en el sistema procesal penal chileno, la regla general está constituida por la aplicación del principio de la legalidad, dado que cometido un hecho punible existe una obligatoriedad de promoción del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público (artículos 53 inciso 2º, 77, 166 y 175 letra b) quien no puede suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución que se hubiere iniciado (artículo 56), por regla general.

La selectividad y discrecionalidad tienen reconocimiento al contemplarse en el actual sistema los mecanismos de archivo provisional, el principio de oportunidad y las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

Los mecanismos de oportunidad o discrecionalidad reglada que se contemplan en el nuevo sistema procesal penal chileno son el archivo provisional (artículo 167), el principio de oportunidad en sentido estricto (artículo 170), y descansando en la aplicación del principio de la legalidad y objetividad, el ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación (artículo 168).

La primera manifestación de este principio de oportunidad se contempla bajo la denominación que lo identifica en el artículo 170, que permite al Ministerio Público no iniciar una persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se trate de un delito que no comprometiere gravemente el interés público, tuviere una pena no superior a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo; y no haya sido cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Al archivo provisional y a la facultad de no iniciar la investigación, nos hemos referido precedentemente al tratar las facultades del Ministerio Público antes de la intervención del juez de garantía en el procedimiento.

Las llamadas salidas alternativas constituyen también aplicaciones del principio de oportunidad genéricamente concebido, en cuanto permiten suspender una persecución penal o hacer cesar una ya iniciada a través de las instituciones de suspensión condicional del procedimiento (artículos 237 y siguientes) y los acuerdos reparatorios (artículos 241 y siguientes) respectivamente. En ellos, se privilegia, en los casos autorizados por la ley, el acuerdo de las partes como una vía para poner término o suspender el proceso penal, sobre aquella consistente en la aplicación de la pena que debe derivar de la dictación de una sentencia penal.

De acuerdo con ello, nosotros no consideramos que el procedimiento abreviado constituya una salida alternativa, en atención a que si bien para su aplicación se requiere el acuerdo de los intervinientes, éste no puede perseguir el propósito de poner término o suspender el proceso penal, sino que conducir a la resolución del conflicto por un procedimiento diverso al juicio oral.[117]

---

[117] En este sentido se ha señalado que las salidas alternativas se caracterizan por representar respuestas estatales que importan un nivel menor de represión o intensidad de intervención por parte del sistema penal, privilegiándose en ellas la búsqueda de una solución al conflicto, que representa el delito, más que una respuesta puramente sancionatoria al mismo. Así, la "alternativa" no se plantea al sistema penal en su conjunto, sino más bien a la respuesta tradicional de éste, a saber, el proceso penal y la aplicación de

14.2. El principio de oportunidad en sentido estricto

a) Reglamentación

El principio de oportunidad se encuentra reglamentado en el artículo 170.

b) Concepto

Este principio de oportunidad, entendido en su sentido restringido, consiste en la facultad conferida por la ley al Ministerio Público para decidir en forma motivada no iniciar una persecución penal o abandonar una que ya hubiere iniciado, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, sujeta al control judicial y administrativo.

c) Sujeto que debe aplicar el principio

Como dijéramos en reiteradas ocasiones ya, en el actual sistema procesal penal se consagra como regla general el principio de la legalidad respecto de los distintos órganos de la persecución penal pública.

En relación con la Policía, se contempla el principio de la legalidad al no permitirse por el legislador en forma alguna a ésta efectuar algún criterio de selección respecto de los hechos que deben ser investigados, prescribiendo que "recibida una denuncia, la policía informará inmediatamente y por el medio más expedito al Ministerio Público. Sin perjuicio de ello, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones previstas en el artículo precedente, respecto de las cuales se aplicará, asimismo, la obligación de información inmediata (artículo 84).

Respecto del Ministerio Público, se consagra el principio de la legalidad, concebido como obligación de ejercicio y sustentación de la acción penal pública, especialmente en dos preceptos:

a) Artículo 77: Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

b) Artículo 166 inciso 2°: Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender interrumpir o hacer cesar su curso, salvo los casos previstos en la ley.

Una de las excepciones, en la que el Ministerio Público puede no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, opera en los casos en que resulta procedente dar aplicación al principio de oportunidad.

La forma en la cual se aplica el principio de oportunidad en el nuevo sistema procesal penal corresponde al modelo de discrecionalidad reglada u oportunidad

---

Continuación nota [117]

una pena como consecuencia de él, con la connotación fuertemente punitiva que tienen ambas. Véase DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián. Ob. cit. Pág. 278. Volumen 1.

restringida, puesto que en el sistema se mantiene la legalidad como la regla general de funcionamiento del sistema, permitiéndose sólo excepcionalmente y en los casos específicamente previstos que los agentes u órganos de persecución penal puedan no iniciarla o ponerle término a una ya iniciada.

d) Requisitos de procedencia

Los requisitos que deben concurrir para la aplicación efectiva del principio de oportunidad dentro del nuevo sistema procesal penal, son los siguientes:

1°. Debe tratarse de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público,

2°. Debe ser ejercida esta facultad antes o dentro del período de la investigación.

3°. El fiscal debe emitir una decisión motivada, la que debe comunicar al juez de garantía, quien debe notificar a los intervinientes si los hubiere,

4°. No debe haberse dejado sin efecto la decisión del fiscal por la vía de la impugnación judicial o administrativa.

Analizaremos a continuación cada uno de estos requisitos.

1°. Debe tratarse de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público,

En primer lugar, debemos tener presente que "el interés público" es un concepto demasiado indeterminado para decir nada por sí solo. Creo que para una primera precisión, debe entenderse que se alude al interés público en la persecución penal tal como se entiende para el caso del parágrafo 153 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, con el que la disposición del proyecto guarda un evidente paralelismo. Pero todavía así es necesario precisar un poco más el concepto de interés público en la persecución penal. La doctrina penal alemana considera, prácticamente en forma unánime, que este interés debe apreciarse según todas las consideraciones de prevención general y especial que determinan la finalidad de dicha persecución. Así como debe venir informado por los efectos que el Derecho Penal alemán sirven para determinar la pena. Así podría decirse (interpretando esos elementos desde mi propia perspectiva) que no existe interés público en la persecución en cualquiera de los casos siguientes:

i) cuando no es necesario o no es posible prevenir el hecho por medio de la conminación penal:

ii) cuando en el caso concreto el desvalor de la acción o del resultado son insignificantes.

iii) cuando, respecto de un delito de menor gravedad, se produce una situación de culpabilidad disminuida:

iv) cuando en el caso concreto, racionalmente es posible prever unos efectos criminógenos como consecuencia de la intervención, más graves que la eventual merma preventivo-general derivada de la no intervención, y

v) cuando razones de humanidad y de indemnidad demanden no intervenir punitivamente".[118]

[118] COUSO SALAS, Jaime, "Oportunidad versus legalidad: entre economía político-criminal, despenalización, prevención y principios garantistas", en *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, serie Seminarios*, N° 39, Santiago, noviembre de 1998, pp. 194-195.

Resulta importante señalar estos elementos, dado que necesariamente la aplicación del principio de oportunidad requiere de una decisión motivada, y por ello debe fundarse en alguno de los factores que le hacen procedente.

Sin embargo, con el fin de velar por una aplicación igualitaria y no discriminatoria por parte del Ministerio Público del principio de oportunidad se establece que corresponde al Fiscal Nacional fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes. Con tal finalidad, el Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de la víctima y testigos. No podrá dar instrucciones o ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18 (artículo 17 letra a) Ley N° 19.640. LOC Ministerio Público).

No obstante, aun cuando estemos en presencia de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, no es posible por mandato expreso del legislador aplicar el principio de oportunidad, en caso que concurra una cualquiera de estas dos circunstancias:

a) la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o

b) se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Respecto de la primera circunstancia se ha señalado que: "...en cuanto a la gravedad, estamos hablando de pena mínima, no de pena máxima, de manera que –por ejemplo– un delito que tenga asignada por ley la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados podría dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad...).[119]

En cuanto a la segunda circunstancia, se ha señalado que el fundamento de esta limitación es "...la preocupación de que el principio de oportunidad hubiere podido servir para evitar la persecución penal de aquellos casos en que de alguna manera estuviera involucrado el poder político".[120]

2°. Debe ser ejercida esta facultad antes o dentro del período de la investigación formalizada.

En el inciso 1° del artículo 170 se contempla esta oportunidad, al señalarnos que por aplicación del principio de oportunidad los fiscales pueden "*no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada...* " esto es, hasta que el fiscal declare cerrada la investigación.

---

[119] LOPEZ MASLE, Julián, "Formas alternativas de solución del conflicto penal", charla efectuada el 12 de octubre de 2000 en el Colegio de Abogados de Chile A.G., en publicaciones de la *Revista del Abogado* "Las reformas del proceso penal". Pág. 52.

[120] LOPEZ MASLE, Julián, "Formas alternativas de solución del conflicto", charla efectuada el 12 de octubre de 2000 en el Colegio de Abogados de Chile A.G., en publicaciones de la *Revista del Abogado* "Las reformas del proceso penal". Pág. 12. Citado por OTERO LATHROP, Miguel. *Código Procesal Penal.* Pág. 23. LexisNexis-ConoSur. Santiago. 2002.

Por otra parte, resulta claro que el legislador ha contemplado el ejercicio de esta facultad dentro de la etapa de la investigación al regularla precisamente dentro del Título I Etapa de Investigación del Libro Segundo Procedimiento Ordinario, y no dentro del Libro I Disposiciones Generales, como hubiere debido hacerlo si su propósito hubiere sido que se aplicare el principio de oportunidad en cualquiera etapa del procedimiento ordinario.

Finalmente, debemos hacer presente que no resulta menor diferenciar claramente la decisión de no comenzar una investigación por aplicación del principio de oportunidad con el archivo provisional contemplada en el artículo 167; como tampoco es posible confundir la decisión de poner término a una investigación formalizada por aplicación del principio de oportunidad con la decisión de no perseverar en la investigación contemplada en la letra c) del artículo 248, atendidos los diversos motivos y efectos que generan cada una de dichas medidas.

3°. El fiscal debe emitir una decisión motivada, la que debe comunicar al juez de garantía, quien debe notificar a los intervinientes si los hubiere.

La aplicación del principio de oportunidad es formal y debe seguirse un procedimiento para que se materialice dentro del proceso ordinario penal.

El fiscal que deseare no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, deberá emitir una decisión motivada, que deberá comunicar al juez de garantía.

El juez de garantía, a su vez, debe notificar la decisión a los intervinientes si la hubiere.

Estimamos que la decisión del fiscal será motivada cuando precise claramente el hecho punible ante el cual nos encontramos, señalare claramente los factores que hacen procedente la aplicación del principio de oportunidad y justificare no encontrarnos frente a uno de los dos casos en los cuales el legislador proscribe su aplicación.

4°. No debe haberse dejado sin efecto la decisión del fiscal por la vía de la impugnación judicial o administrativa.

La decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad se encuentra sujeta a un control judicial y a un control administrativo.

a) Control judicial.

Dentro de los 10 días siguientes a la comunicación del fiscal, el juez de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes podrá dejar sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad.

Los motivos por los cuales el juez de garantía puede adoptar dicha decisión puede ser uno cualquiera de los dos siguientes:

1. Haberse excedido el fiscal en sus atribuciones en cuanto a que la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; o

2. La víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

Es importante tener presente que no existe respecto de la actuación de oficio del juez de garantía un control del mérito de la decisión del fiscal, sino que tan sólo del respeto de la legalidad en cuanto a impedir que se no se inicie o abandone una investigación respecto de los casos excluidos expresamente por parte del legislador.

En cambio, tratándose de víctima, basta que ella manifieste su interés en el inicio o continuación de la investigación para que con ello se deje sin efecto la aplicación del principio de oportunidad, bastando la sola manifestación de voluntad y sin que se exija a su respecto ningún cuestionamiento respecto de la legalidad de la decisión del fiscal en cuanto a la aplicación del principio.

La decisión del juez de garantía, pronunciada de oficio o a petición de la víctima, de dejar sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad produce el efecto de *obligar al fiscal a continuar con la persecución criminal* (artículo 170 inciso 4°).

b) Control administrativo.

Una vez vencido el plazo de 10 días sin que se hubiere, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, dejado sin efecto por el juez de garantía la decisión o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del Ministerio Público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

En consecuencia, el control administrativo por parte de las autoridades del Ministerio Público recae sobre aspectos diversos a aquellos sobre los cuales debe recaer el control judicial, puesto que en este caso se controla no la legalidad de la medida, sino que su mérito de acuerdo con las políticas del Ministerio Público. Al respecto, debemos hacer presente que este control administrativo se encuentra contemplado sólo a petición de alguno de los intervinientes y no de oficio por parte de las autoridades del Ministerio Público.

Transcurrido el plazo legal sin que se hubiere formulado reclamación ante las autoridades del Ministerio Público o rechazada ésta por parte de las autoridades del Ministerio Público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se trate.

e) Efectos

Debemos distinguir claramente los efectos penales y civiles de la decisión del Ministerio Público no impugnada de aplicar el principio de oportunidad o de la resolución que rechaza la impugnación judicial y administrativa respecto de la aplicación del principio de oportunidad.

La decisión de aplicación del principio de oportunidad en las condiciones antes señaladas produce la extinción de la acción penal.

En cambio, la decisión de aplicación del principio de oportunidad no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias del imputado derivadas del mismo hecho (artículo 170 inciso final), lo que deberá hacer ejerciendo las acciones civiles ante el juez civil que fuere competente conforme

a las reglas de la competencia por haberse verificado el término del juicio penal antes del comienzo del juicio oral (artículo 68).

El fundamento de esta norma es evidente: el uso de la facultad no afecta la naturaleza antijurídica del hecho sino sólo su perseguibilidad penal. La responsabilidad civil derivada del hecho ilícito, en consecuencia, subsiste.[121]

15. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS[122]

a) Concepto

Como requisito previo para referirnos y analizar esta materia resulta imprescindible fijar un concepto de lo que se denominan salidas alternativas, puesto que sólo así podemos determinar las instituciones que se encuentran comprendidas bajo dicha denominación.

---

[121] HORVITZ L., María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno.* Tomo I. Pàg. 489. Editorial Jurìdica de Chile. Año 2002.

[122] No deben confundirse las salidas alternativas con las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad que contempla la Ley N° 18.216. Las salidas alternativas importan mecanismos previos a la imposiciòn de una pena, en tanto que las medidas alternativas significan sustitutos de la pena, mediante los cuales se suspende la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad y por tanto el efecto de su revocaciòn consiste en la efectiva ejecuciòn de tal pena. En la suspensión condicional del procedimiento no existe condena o pena privativa de libertad que se suspenda, pues es el proceso mismo el que se suspende, en etapas anteriores a ella.

Nuestra ley consagra tres tipos de instituciones diferentes: la libertad vigilada, la remisiòn condicional de la pena y la reclusiòn nocturna. Las primeras se encontrarían dentro de la categoría de beneficios a prueba, en tanto que la reclusiòn nocturna, es màs bien una medida de privaciòn de libertad atenuada, operando como un sustituto de la pena.

La *Libertad Vigilada* es aquella en que el sujeto sometido a ella, cumple la pena privativa o restrictiva en libertad, quedando vinculado a un funcionario de Gendarmería –denominado delegado de libertad vigilada–, con quien debe pactar un programa de acciones encaminadas a lograr su reinserciòn social.

Para que la medida proceda se requiere que la pena privativa o restrictiva impuesta sea mayor de 2 años y menor a 5, que la persona no haya sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito, y que los informes relativos a los antecedentes sociales y caracterìsticas del sujeto y la naturaleza, modalidad y móviles determinantes del delito permitan concluir que un tratamiento en libertad es adecuado para la readaptaciòn y reinserciòn social del sujeto (artículos 14 a 19 Ley N° 18.216).

Por la *Remisiòn Condicional* se suspende la ejecuciòn de la pena privativa de libertad bajo la condiciòn de que el sujeto no cometa un nuevo delito durante un determinado lapso de tiempo, el que no puede ser inferior al de la pena originaria. Para que la medida proceda se requiere que la pena impuesta no supere los 3 años; que se trate de la primera condena por crimen o simple delito; que en vista de los antecedentes personales del sujeto se pueda concluir que no volverá a delinquir; y que no sea necesario un tratamiento o la ejecuciòn efectiva de la pena (artìculos 3 a 6 Ley N° 18.216). El tribunal debe imponer condiciones adicionales relacionadas con la obligaciòn de residencia, sujeciòn al control administrativo, el ejercicio de empleo u oficio y el pago de los daños causados. La principal condiciòn impuesta en esta medida es la no reincidencia. En caso de que alguna de las condiciones sea incumplida, la revocación de la medida es facultativa para el tribunal. En cambio, en caso de comisiòn de un nuevo delito la revocación se produce de forma automática.

La *Reclusiòn Nocturna* consiste en el encierro del sujeto sometido a ella, en establecimientos especiales, desde las 22 hasta las 06 horas del dìa siguiente, durante un periodo de dìas igual al que se determinò en la pena

En un sentido amplio, se pueden calificar como salidas alternativas todas aquellas instituciones contempladas en el nuevo sistema procesal penal que permiten poner término, suspender o resolver el conflicto en una forma diversa al procedimiento ordinario que es el juicio oral, con lo cual podríamos comprender bajo dicha denominación todas las formas de terminación anticipada del procedimiento como el archivo provisional (artículo 167), facultad de no iniciar la investigación (artículo 168), y el procedimiento abreviado, que constituye una alternativa del juicio oral como forma de solución del conflicto.

Sin embargo, nosotros entendemos que el significado correcto de las salidas alternativas es el alcance restringido.

"En el nuevo procedimiento criminal se reconoce la posibilidad que el sistema procesal penal consagre respuestas estatales frente a la comisión de hechos punibles que trasuntan un menor nivel de represión o de fuerza de la intervención del sistema penal en la vida o los derechos de los ciudadanos. En estas respuestas se busca privilegiar la búsqueda de una solución al conflicto que representa el delito, más que la pura imposición de una sanción frente al mismo. "Así, la alternativa no se plantea al sistema penal en su conjunto, sino más bien a la respuesta tradicional de éste, a saber, el proceso penal y la aplicación de una pena como consecuencia de éste, con la connotación fuertemente punitiva que hoy tienen ambas.

Sin embargo, debe quedar en claro que esta noción de salidas alternativas no comprende a todo mecanismo destinado a descargar o descomprimir al sistema penal (en este caso al proceso penal específicamente) de los casos que conoce, ya que un elemento que distingue a las salidas alternativas de otras válvulas de escape del sistema es que éstas representan una "respuesta" menos represiva de parte del sistema a un determinado conflicto y no simplemente una decisión en el sentido de transparentar la imposibilidad de hacerse cargo de ese conflicto, ya sea por falta de elementos probatorios que lo acrediten u otros motivos equivalentes".[123]

Además, para comprender un mecanismo dentro del concepto de salida alternativa, fuera de importar una solución del conflicto a través de una respuesta menos represiva que la dictación de una sentencia que imponga la imposición de una pena, es de la esencia que ello se alcance bajo una modalidad de autocomposición homologada por

---

Continuación nota [22]

originalmente impuesta. Para que proceda la pena privativa o restrictiva de libertad asignada no debe superar los 3 años; el sujeto no debe haber sido condenado con anterioridad a una pena de semejante naturaleza superior a 2 años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite, y que los antecedentes personales del sujeto, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir. El sujeto además debe satisfacer la indemnización civil derivada del delito, las costas y multas accesorias, pero en casos fundados el tribunal puede prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan por la vía ordinaria (artículos 7º a 12 Ley Nº 18.216). En caso de incumplimiento grave y reiterado el tribunal puede, de oficio o a petición de Gendarmería, revocar la medida. Si se comete un nuevo delito, la revocación se produce de forma automática, por el solo ministerio de la ley.

En todas estas medidas resulta esencial el Informe Presentencial, emitido por Gendarmería, sobre la personalidad y peligrosidad del sujeto, que si bien no es vinculante para la decisión del juez, en la mayoría de los casos es determinante para su otorgamiento.

[123] CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. Ob. cit. Pág. 248. Segunda edición. Noviembre 2002.

parte del tribunal. En otras palabras, que los intervinientes lleguen a un acuerdo que permita suspender o poner término al proceso penal, el que debe ser aprobado por el tribunal en caso de darse cumplimiento a los requisitos que se han previsto por el legislador a su respecto.

Las salidas alternativas que contempla el actual sistema procesal penal son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. En ellos, se privilegia en los casos autorizados por la ley el acuerdo de las partes como una vía para poner término o suspender el proceso penal, que la consistente en la aplicación de la pena que debe derivar de la dictación de una sentencia penal.

De acuerdo con ello, nosotros no consideramos que el procedimiento abreviado constituya una salida alternativa, en atención a que si bien para su aplicación se requiere el acuerdo de los intervinientes, éste no puede perseguir el propósito de poner término o suspender el proceso penal, sino que conducir a la resolución del conflicto por un procedimiento diverso al juicio oral.[124]

El mensaje del proyecto de nuevo código señala en especial que "El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos.

Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más produetivas y más satisfaetorias para los direetamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito.

Es a partir de estos dos planteamientos que se ha considerado necesario incorporar en el proyecto dos tipos de innovaciones. En primer lugar, se propone avanzar hacia la creación de un sistema de justicia criminal que otorgue diversas posibilidades de solución a los conflictos de que conoce, abriéndose, todavía limitadamente, a la posibilidad de soluciones distintas a las tradicionales en aquellos casos en que los diversos actores del sistema –jueces, fiscales y demás partes– estén de acuerdo en su conveniencia. En segundo lugar, se propone la creación de algunos procedimientos simplificados en que por la vía de acuerdos entre todos los intervinientes o de algunos de ellos, se

[124] En este sentido se ha señalado que las salidas alternativas se caracterizan por representar respuestas estatales que importan un nivel menor de represión o intensidad de intervención por parte del sistema penal, privilegiándose en ellas la búsqueda de una solución al conflicto, que representa el delito, más que una respuesta puramente sancionatoria al mismo. Así, la "alternativa" no se plantea al sistema penal en su conjunto, sino más bien a la respuesta tradicional de éste, a saber, el proceso penal y la aplicación de una pena como consecuencia de él, con la connotación fuertemente punitiva que tienen ambas. Véase DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián. Ob. cit. Pág. 278. Volumen 1.

supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger.

La salidas alternativas se regulan en el párrafo 8° del Título I del Libro II y son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios...". A ambas nos referiremos a continuación.

15.1. La suspensión condicional del procedimiento

a) Reglamentación

La suspensión condicional del procedimiento se encuentra reglamentada en los artículos 237 a 240, sin perjuicio de contemplarse normas comunes para la reglamentación de algunos aspectos de éste y los acuerdos reparatorios en los artículos 245 a 246 del CPP.

b) Concepto

La suspensión condicional del procedimiento es aquella salida alternativa que se concede por medio de una resolución judicial en caso de cumplirse los requisitos previstos en la ley, previo acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público, mediante el cual se suspende la tramitación del procedimiento penal durante un plazo judicial no superior a tres años, sometiéndose al imputado al cumplimiento de una o más condiciones durante este período, las que una vez cumplidas conducen a la dictación de un sobreseimiento definitivo por extinción de la responsabilidad penal.

c) Objetivos

La suspensión condicional del procedimiento tiene grados de relación con instituciones anglosajonas como las *de diversion* y *probation*, y de modo más o menos general en todos los ordenamientos que la contemplan, consiste en la "interrupción" de la pretensión punitiva durante el proceso, impulsada por los intervinientes, ocasionando la suspensión del mismo, con miras a la extinción de la pretensión penal, si se cumplen determinadas condiciones durante un determinado lapso de tiempo.

La particularidad de esta salida consiste precisamente en que lo que se suspende es el proceso mismo, sin requerir declaración de culpabilidad del imputado. Éste se compromete a cumplir ciertas reglas de conducta por un período de tiempo, y cumplidas efectivamente, se extingue la responsabilidad penal y con ello la pretensión penal. Así esta salida alternativa se integra dentro de lo que se denomina justicia penal negociada ya que ella requerirá el acuerdo entre el fiscal y el imputado. Así, que el fiscal decida la aplicación de la suspensión condicional, implica una renuncia condicionada de éste a la persecución penal que le ha sido encomendada y por ende una manifestación del principio de oportunidad.[125] Se trata de una renuncia condicionada, pues sólo se hará

[125] MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*. Op. cit. Pág. 556.

efectiva una vez que las condiciones impuestas al imputado sean cumplidas, pues en caso contrario, el proceso se reanuda y con ello la persecución penal.

La justicia negociada ha sido fuertemente criticada por importante parte de la doctrina.[126], la que encuentra su paradigma, en el *plea barganing* norteamericano, donde el fiscal negocia con el imputado tanto los cargos como la pena que eventualmente le será impuesta, con lo cual existe en el hecho y en muchos casos la inducción a la confesión y a la renuncia al derecho a juicio, a cambio de una sanción penal más benigna[127]. En nuestro sistema, como veremos, la suspensión no requiere declaración de culpabilidad, con lo cual se evitan las críticas en este sentido.

De esta forma la suspensión constituye una importante herramienta de política criminal que responde a principios de un Derecho Penal mínimo e implica adoptar medidas alternativas o sustitutivas que, sin restar el carácter ilícito de la conducta, limitan o restringen la aplicación de medidas privativas de libertad. La extinción de la responsabilidad penal y de la pena, una vez satisfechas las condiciones impuestas, se relacionan con los fines de la pena, ya que, si por medio de la suspensión condicional del procedimiento es posible el cumplimiento de sus fines, resulta obvio que luego de ello se extinga la pretensión penal.

Los objetivos que se han perseguido por el legislador al establecer la suspensión condicional del procedimiento se ha señalado que consisten en lograr materializar el principio de economía procesal al lograr una solución mediante la suspensión del proceso penal que de llegar a su término debería terminar igualmente con la medida de cumplimiento de pena en libertad de remisión condicional de la pena; evita los efectos nocivos propios del enjuiciamiento criminal y de una condena a una privativa de libertad a quien no tiene antecedentes penales anteriores; y permite la satisfacción de los diversos intereses a través de las condiciones e indicaciones que deberán cumplirse por el imputado durante un determinado tiempo establecido por el juez, que no puede en todo caso exceder el periodo máximo establecido en la ley.[128]

---

[126] LANGBEIN, John, "Tortura y plea bargaining", en BOVINO, Alberto (...Et. Al), *El procedimiento Abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires. 2001.

[127] "...no debe confundirse la suspensión condicional del procedimiento con otras instituciones tales como el *plea bargaining* de raigambre norteamericana o el *guilty plea* de raíz anglosajona. El *plea bargaining* se caracteriza por una amplia posibilidad de transacción que abarca tanto los hechos, la calificación jurídica y consecuencias jurídicas penales, a cambio del reconocimiento de culpabilidad del imputado. El *guilty plea*, a su vez, si bien no implica una posibilidad de transacción tan amplia, sí involucra un reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado. La suspensión condicional del procedimiento, a diferencia de estas instituciones, es una institución de conformidad procesal y no de aceptación penal, por lo que no conlleva la aceptación de la imposición de una pena, sino que se refiere inmediatamente al proceso". FLAVIO GOMES, Luiz, "Suspensao condicional do pocesso penal. O novo modelo consensual dejustiça criminal", Editora *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, 1995. 125 y 126, citada por LÜBBERT ÁLVAREZ, Valeria. "La suspensión condicional del procedimiento", memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Pág. 53.

[128] NÚÑEZ OJEDA, Raúl. "El principio de oportunidad y las salidas alternativas". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2004.

"La suspensión condicional del procedimiento se inserta entre todos estos procedimientos orientados a evitar la estigmatización del imputado, el costo institucional que implican los procedimientos tradicionales, la integración del sujeto, la reparación de la víctima, la evitación de penas cortas privativas de libertad y una mayor eficiencia del sistema, entre otras cosas. Entre ellos, constituyen antecedentes de la suspensión del proceso, genéricamente, la *diversion* y en particular la *probation*, cuyo origen y desarrollo a nivel mundial nos es de gran utilidad para apreciar cómo tales alternativas, antecesoras de la suspensión condicional del proceso, se han ido abriendo paso como herramientas procesales de una política criminal orientada a la libertad y la integración".[129]

En este sentido, el mensaje presidencial del proyecto de nuevo código expresamente indicó, al referirse a las salidas alternativas que "La primera de estas posibilidades consiste fundamentalmente en una anticipación del tipo de solución que la sentencia otorgará al caso cuando probablemente resulte aplicable alguna de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216. Con acuerdo del fiscal y el imputado, el juez podrá suspender el procedimiento sujetando a este último a ciertas formas de control de baja intensidad, por un período no superior a tres años. Una de las ventajas de esta solución dice relación con la oportunidad de la medida, pues su decisión temprana evita los efectos estigmatizantes del procedimiento y la eventual prisión preventiva para quien, finalmente, se hará acreedor a una medida no privativa de libertad destinada a su reinserción social. La otra ventaja es que su aplicación no requiere de aceptación de culpabilidad ni de su declaración por parte del juez. En consecuencia, de cumplir adecuadamente con las condiciones en el plazo estipulado, el imputado se reincorporará plenamente a la vida social, sin que pese sobre su futuro el antecedente de una condena penal.

En el caso de revocarse la suspensión condicional, por no cumplimiento de las condiciones o por la comisión de un nuevo delito, será necesario reiniciar el procedimiento hasta la dictación de la sentencia, incluyendo, en el segundo caso, el nuevo delito en la acusación.

Ahora bien, veremos que en relación con el principio de oportunidad strictu sensu, la suspensión condicional del procedimiento, a diferencia de aquélla, no limita su aplicación a delitos bagatelarios, ya que se aplica también a delitos de mediana gravedad. Es por ello que, a diferencia del principio de oportunidad, la suspensión incorpora la imposición de condiciones que deben ser cumplidas por el imputado para que se renuncie a la persecución penal, cuestión que respecto de delitos una mínima afectación a bienes jurídicos y de escasa reprochabilidad, resulta excesiva, motivo por el cual respecto de ellos se aplica llanamente el principio de oportunidad.

El impacto que tiene muchas veces respecto de la víctima y en la misma ciudadanía la celebración de este tipo de salidas alternativas, ha sido objeto de constante atención por amplios sectores. Así el Fiscal Nacional el año 2004, en uso de sus atribuciones para impartir instrucciones, dispuso los criterios generales de la suspensión condicional

[129] LÖBBERT ÁLVAREZ, Valeria. "La suspensión condicional del procedimiento", memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Pág. 34.

del procedimiento y en especial respecto de las infracciones a Ley N° 19.366[130], el que al efecto dispuso:

"Como se señaló en el Oficio N° 096, de 10 de marzo de 2004, ha sido preocupación de esta Fiscalía Nacional que se dé efectiva aplicación a lo previsto en el artículo 237 del Código Procesal Penal y a las instrucciones generales impartidas sobre la suspensión condicional del procedimiento.

En ese oficio se plantearon inquietudes y recomendaciones sobre la aplicación de la suspensión condicional, las que se reiteran, pudiendo destacarse entre ellas, lo siguiente:

1) Evitar el apresuramiento innecesario, debiendo esperar a tener los elementos de juicio necesarios para ponderar, no sólo el cumplimiento de los requisitos legales sino, además, las finalidades sociales y jurídicas de esta salida alternativa y su repercusión en la comunidad. Al respecto, se ha instruido que "conviene recordar que para que se pueda tratar el tema en la audiencia de formalización, se requiere que estén reunidos los elementos investigativos como para apreciar si la pena en concreto excedería o no de los tres años de privación de libertad" (ver Of. N° 256 del 20.12.2000).

2) Se recordó la instrucción respecto a que "No tiene objeto apurarse en plantear este tema en la audiencia de formalización, si por ejemplo hay que investigar todavía las atenuantes y las agravantes que modifican la responsabilidad, la peligrosidad del imputado, la circunstancia fehaciente de que no tiene condena anterior y en especial debe escucharse a la víctima o al ofendido por el delito porque acceder a una suspensión condicional de la pena puede llevar a la extinción de la responsabilidad penal del imputado y además porque la víctima puede plantear la justicia de un acuerdo reparatorio".

Se hizo ver que el apresuramiento en la suspensión condicional ha traído como consecuencia que, en casos en que ha sido revocada luego de algún tiempo, por incumplimiento de las condiciones, al proseguirse la investigación por el fiscal, no se han encontrado antecedentes para acusar como consecuencia de haberse formalizado prematuramente la investigación con el solo objeto de obtener una suspensión condicional.

Se recordó la necesidad de dar cumplimiento a los criterios de actuación contenidos en el Instructivo General N° 036 enviado mediante Oficio N° 249 del 15.12.00 a todas las fiscalías regionales y locales del país, respecto a:

– Citar y escuchar a la víctima que tiene el derecho de oponerse a la suspensión condicional y ser oída en la audiencia respectiva.

– Ponderar debidamente si la suspensión producirá o no una posible rehabilitación del imputado y si es más que probable que pueda reincidir en el delito, teniendo presente que el artículo 237 del Código Procesal Penal no obliga al fiscal, aun cuando se cumplan los requisitos que establece.

[130] Oficio N° 842 de 13 de octubre de 2004, con antecedentes en los instructivos N°s. 9, 16 y 36 de 2000; Oficio N° 256, de 20.12.2000; Instructivo N° 61 de 2001; Oficio N° 511, de 27 de noviembre de 2001; Oficio N° 163, de 12 de abril de 2002, que modifica Instructivo N° 9 de 2000, y Oficio N° 096, de 10 de marzo de 2004.

– La necesidad de ponderar el impacto social que produce la suspensión. Por Ej., si la comisión de un delito es observada por muchas personas y el hechor es sorprendido de manera flagrante.

– La necesidad de ponderar si el hechor tiene investigaciones criminales pendientes o antecedentes policiales varios de detención.

d) Requisitos

Los requisitos que deben concurrir para que se dicte la resolución judicial que concede la suspensión condicional del procedimiento dentro del nuevo sistema procesal penal, son los siguientes:

a) Solicitud del fiscal, previo acuerdo con el imputado, para que se decrete por el juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento.

Desde la perspectiva de los medios de resolución del conflicto, la suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo autocompositivo bilateral que requiere el acuerdo tanto del imputado como el Ministerio Público, homologado, dada la intervención que le corresponde al tribunal para su aprobación.

La proposición de aplicarla corresponde exclusivamente a los Fiscales del Ministerio Público; mientras que su aprobación o rechazo, por el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legales, respectivamente, es una facultad jurisdiccional entregada a los Juzgados de Garantía.

b) Citación a una audiencia para pronunciarse acerca de la solicitud de suspensión condicional del procedimiento.

En la audiencia, la presencia del defensor del imputado constituye un requisito de validez de la misma.

El juez de garantía tiene el deber de constar, a través de preguntas dirigidas al imputado, que éste ha consentido en la suspensión del procedimiento plenamente informado y consciente de los efectos que su conformidad produce, sin haber sido objeto de presiones indebidas para prestar dicha conformidad por parte del Ministerio Público, la víctima querellante, o incluso por parte de su defensor.

Además, si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oído por el tribunal. Debemos hacer presente que en este caso no se requiere el acuerdo del querellante ni de la víctima, cumpliéndose el requisito con sólo oírlos si asisten a la audiencia. La citación de la víctima a la audiencia en que debe discutirse la suspensión, actualmente tiene consagración legal.

Finalmente, el juez podrá requerir del Ministerio Público los antecedentes que estimare necesarios para resolver acerca de la suspensión del procedimiento solicitada.

c) Cumplimiento de los requisitos legales de procedencia de suspensión condicional del procedimiento.

Los requisitos que se contemplan para que la concesión de la suspensión condicional del procedimiento pueda decretarse son:

i) Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y

ii) Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

iii) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.[131]

Tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los artículos 361 a 366 bis, 367 y 367 bis del Código Penal y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional.[132]

Respecto del límite referido a la gravedad de la pena, debe tenerse presente que el legislador no se refiere a la pena asignada al delito, sino a aquella "que pudiere imponerse ...en el evento de dictarse sentencia condenatoria". Lo anterior nos indica que la pena en abstracto, es decir, aquella que tuviere asignado el delito imputado, puede exceder el límite de tres años de privación, dado que deberán considerarse las demás circunstancias que influyen en él, por ejemplo las circunstancias modificatorias de la responsabilidad

Respecto de esta materia es relevante referir que el Fiscal Nacional en el Instructivo Nº 482 citado dispuso:

"...es oportuno recordar que este Fiscal Nacional ha instruido en especial sobre la suspensión condicional respecto a la pena aplicable".

En este sentido, se ha instruido:

En lo que se refiere a la pena que corresponde al delito, aun cuando la exigencia establecida en el artículo 237 letra a) del Código Procesal Penal sobre la pena, dice sólo relación con la que es solicitada para el caso concreto, que no puede exceder de tres años de privación de libertad, se ha instruido no dar aplicación a esa medida alternativa cuando el delito que se investiga tenga asignada, en abstracto, una pena de crimen.

Por Instructivo General Nº 036, de 15 de diciembre de 2000, primera parte, §2, se señala que para ese caso, siendo aplicable en abstracto una pena de crimen, aun cuando exista la probabilidad de que la pena en concreto que proceda sea de multa o de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo o medio, será preferible esperar el cierre de la investigación y evaluar la pena a requerir para optar por el procedimiento abreviado, en la acusación, o verbalmente en la audiencia de preparación del juicio oral.

En cambio, en el caso de los delitos a los que les haya asignado en abstracto una pena de simple delito, y concurriendo los requisitos legales generales, los Fiscales podrán

[131] Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 73 y Sgtes. 2008.

[132] Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 73 y Sgtes. 2008.

solicitar la suspensión condicional del procedimiento ponderando las circunstancias de la comisión del delito, su naturaleza, modalidad y móviles, el grado de participación del imputado, la naturaleza de las atenuantes y especialmente de las agravantes que concurran, los antecedentes personales, laborales, familiares y de salud del imputado y de la víctima, con que cuenten, entre otros aspectos, debiendo desechar este mecanismo y perseverar en la investigación y persecución criminal, cuando aparezca necesaria, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto (Cfr. Instructivo General N° 36, de 15 de diciembre de 2000, primera parte, §1.1)".

La agenda corta antidelincuencia estableció un requisito adicional tratándose de imputados por delitos graves (homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, delitos sexuales y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas), en cuyo caso el fiscal de la causa deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional.

En relación al requisito de que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente a efectos de ser procedente la suspensión condicional de la pena, tales condenas se refieren únicamente a crímenes o simples delitos, por lo que una eventual condena anterior derivado de una falta, no impide la concesión de la suspensión.

Finalmente, se ha resuelto que la oposición del abogado querellante al otorgamiento del beneficio por ser insuficiente la indemnización propuesta para reparar los perjuicios causados a la víctima de cuasidelito de lesiones graves no se encuentra contemplada en el artículo 237 como una causal para impedir el otorgamiento de esta salida alternativa propuesta por el Ministerio Público, sin perjuicio de quedar a salvo los derechos de la víctima para demandar de indemnización de perjuicios al imputado e imputar a una futura indemnización de perjuicios la suma pagada con motivo del otorgamiento del beneficio.[133]

d) Dictación de resolución judicial pronunciándose acerca de la solicitud suspensión condicional, fijándose las condiciones y el plazo en que deben cumplirse en caso de accederse a ella.

El juez de garantía cumple una función de control de los presupuestos legales que hacen procedente acoger la suspensión condicional acordada por el Ministerio Público y el imputado, respecto de los casos previstos en la ley.

La suspensión condicional debe decretarse mediante una resolución judicial pronunciada por el juez de garantía al término de la audiencia, salvo que hubiere pedido mayores antecedentes al Ministerio Público.

En dicha resolución judicial que decreta la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía debe establecer las condiciones a las que deberá someterse el imputado.

[133] Sentencia juez garantía Chiguayante, 24.2.2005, confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción. *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 201 y Sgtes. Febrero 2005.

Dichas condiciones pueden ser acumulativas, al poder decretarse una o más, tienen un carácter modificable dado que durante el período de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas, y finalmente, dichas condiciones son temporales, puesto que el juez de garantía debe determinar el plazo de su duración, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

La o las condiciones que pueden decretarse por ese plazo por el tribunal para su cumplimiento por el imputado son las siguientes:

a) Residir o no residir en un lugar determinado;

b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;

c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;

d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;

e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;

f) Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y

g) Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo.

h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el Ministerio Público y por el querellante, la que debe concederse en el solo efecto devolutivo.

e) Oportunidad

La oportunidad para solicitar y decretar la suspensión del procedimiento, que es común a la del acuerdo reparatorio, son las siguientes:

a) En la audiencia de formalización de la investigación[134]

---

[134] Respecto de la oportunidad el Fiscal Nacional en la Instrucción general N° 482, ya citada dispuso:

"En cuanto a la oportunidad, en términos generales, resultará prematuro y arriesgado plantearse la posibilidad de sugerir y proponer el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formalización. Se instruye, por tanto, a los fiscales para que realicen el análisis de la posibilidad de aplicación de esta medida, sólo una vez que cuenten con todos los antecedentes necesarios para ello, debiendo requerir especialmente el certificado de antecedentes penales, corroborar la pena que la ley penal asigna al delito, la calificación jurídica de la participación que le ha cabido al imputado, así como el estudio de las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso concreto y la forma como influyen en la determinación de dicha pena".

b) En cualquier momento durante la investigación formalizada, debiendo en tal caso el juez de garantía para conocer y pronunciarse acerca de la solicitud citar a una audiencia a todos los intervinientes,

c) Después del cierre de la investigación, sólo en la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 245), y

d) En la audiencia de procedimiento simplificado (artículo 394).

f) Efectos

Los efectos que produce la suspensión condicional del procedimiento son los siguientes:

a) Durante el período que se prolongare la suspensión provisional no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal.

b) Durante el período que se prolongare la suspensión provisional se suspenderá el plazo para cerrar la investigación previsto en el artículo 247.

c) La suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros en contra del imputado

En consecuencia, decretada la suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho, lo que deberá efectuarse ante los jueces civiles.

Sin embargo, si la víctima recibiere pagos en virtud de las condiciones establecidas al decretar la suspensión condicional del procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 238, letra e), ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder.

d) Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado para el cumplimiento de las condiciones durante la suspensión condicional del procedimiento sin que ella hubiere sido revocada, se extinguirá por el solo ministerio de la ley la acción penal, debiendo el tribunal de garantía dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

g) Revocación

La suspensión condicional del procedimiento es revocable, a petición del fiscal o de la víctima.

Los motivos que justifican que se solicite al juez de garantía la revocación de la suspensión condicional del procedimiento son los siguientes:

a) Cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o

b) Cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos.

En caso que el juez, acceda a la petición del fiscal o de la víctima, y revocare la suspensión condicional del procedimiento, éste continuará de acuerdo a las reglas generales, continuando con la investigación por el plazo que quedare pendiente

desde que hubiere operado la suspensión de ella. Actualmente se ha solucionado la duda interpretativa que había surgido respecto de la oportunidad en que se produce la suspensión del plazo, ya que la letra a) del artículo 247 dispone expresamente que el plazo de dos años previsto en dicho artículo se suspenderá cuando se dispusiere la suspensión condicional del procedimiento.

La primera causal de revocación es el incumplimiento de las condiciones impuestas. No se requiere que ambos requisitos –grave y reiterado– se cumplan copulativamente, sino que basta que se dé uno de ellos, ambos sin causa justificada, para que se configure el incumplimiento como causal de revocación.[135] En ambos casos, se requiere además que se trate de un incumplimiento sin causa justificada, por lo que debemos entender excluidos los casos de incumplimiento motivados por caso fortuito o fuerza mayor.

La segunda causal que establece la ley, consiste en la realización de una nueva formalización de la investigación contra el imputado, por hechos distintos. Sin embargo, estimamos que no basta la sola nueva formalización de la investigación para que la suspensión condicional del procedimiento sea revocada, ya que se requerirá que ésta sea declarada por el Juez, quien podrá efectuar uan declaración de méritos sobre aquélla. No se trata en consecuencia de una revocación estrictamente formal, sino que se requiere que el Juez de Garantía verifique que la formalización se funda en antecedentes plausibles[136], ya que de otro modo, la revocación por formalización operaría virtualmente a la sola decisión discrecional del Ministerio Público. En este sentido no puede dejar se considerarse la primera causal de revocación exige el incumplimiento grave o reiterado[137], lo que implica un juicio de valor por parte del tribunal, por lo que no podría operar la formalización como una simple constatación material de ocurrencia.

La revocación, por ambas causales, debe ser solicitada al Juez ya sea por la víctima o por el fiscal, no procediendo la declaración de revocación de oficio.

Será apelable la resolución que se dictare revocando la suspensión condicional del procedimiento.

Sin embargo, la resolución que no diere lugar a la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, por estimar que no es equivalente al auto de procesamiento a la formalización de la investigación para estos efectos, no es apelable conforme a lo previsto en los artículos 239 y 370 del CPP.[138]

---

[135] Se ha criticado el criterio adoptado argumentando que sólo considerándolas en forma copulativa se logra equiparar la causal de incumplimiento a la de una nueva formalización. Se señala que el incumplimiento sólo en hipótesis muy graves y copulativas podría alcanzar un nivel análogo de gravedad al de la imputación de un delito. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Pág. 566.

[136] En este mismo sentido HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Tomo I. Págs. 564 y Sgtes.

[137] BLANCO, R.-HERNÁNDEZ, H.-ROJAS, H. Op. cit. Pág. 38.

[138] Primera Sala Corte de Apelaciones de Temuco. 4.4.2001. Rol 41-2001. RPP. *Revista del Ministerio Público* N° 2. Junio 2001.

En caso de revocación por la comisión de un nuevo delito, el imputado podrá ser acusado por ambos hechos, es decir por aquel que fue materia de la suspensión, ahora revocada, y el de aquel por el cual fue formalizado y que generó la revocación del primero.

En este proceso, y como una medida de protección al imputado, no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento (lo mismo aplica respecto de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado) (artículo 335).

Finalmente, debe tenerse presente que conforme el actual artículo 129, la policía deberá, asimismo, detener al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas, es decir, la condición de abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;

15.2. Los acuerdos reparatorios

a) Reglamentación

Los acuerdos reparatorios se encuentran reglamentados en los artículos 241 a 244, sin perjuicio de contemplarse normas comunes para la reglamentación de algunos aspectos de éste y la suspensión condicional del procedimiento en los artículos 245 a 246 del CPP.[139]

b) Concepto

Los acuerdos reparatorios son aquella salida alternativa que se concede en una audiencia por medio de una resolución judicial, si la víctima y el imputado hubieren convenido en una reparación, en los casos y con las formalidades previstas en la ley, generándose la extinción de la responsabilidad penal.

c) Objetivos

Los acuerdos reparatorios constituyen también un mecanismo autocompositivo bilateral, celebrado entre el imputado y la víctima, a través del cual el primero satisface de algún modo las consecuencias generadas por el delito, lo que es homologado por el juez de garantía, en los casos y con las formalidades previstas en la ley, produciendo la extinción de la responsabilidad penal.

Los acuerdos reparatorios implican la "ampliación de formas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico de 'privatización' de la persecución penal –como los delitos de acción penal privada– pero a casos en que tradicionalmente ha predominado

[139] Véase ROJAS VALDEBENITO, Sonia-ROJAS AGUIRRE, Luis. "Los acuerdos reparatorios en la reforma procesal penal". PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal.* Págs. 211 y Sgtes. Editorial Fallos del Mes. 2003.

el planteamiento de existencia de un interés público comprometido, aunque sin mayor fundamentación empírica o explicación teórica".[140]

A través del acuerdo se "repara" el daño causado, con ello se satisface uno de los objetivos de la pena.

Sin lugar a dudas la crítica de la eventual "mercantilización" de la acción y el uso del más poderoso respecto de este mecanismo constituyen aspectos difíciles de contradecir, salvo en cuanto la simple constatación de su ocurrencia en la realidad práctica, al margen de controles es la más de las veces un secreto a voces.

El legislador sometió estos acuerdos a la aprobación del juez de garantía, con procedencia respecto de ilícitos determinados, y aun en este caso, con la posibilidad de rechazarlos en aquellos casos de existir un "interés prevalente".

El mensaje que acompañó el proyecto de nuevo código expresó sobre los acuerdos reparatorios que su establecimiento "como forma de terminación de los procedimientos busca reconocer el interés preponderante de la víctima, en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles.

El sistema vigente consagra, salvo escasas excepciones, el principio de que una vez que los órganos del sistema han tomado conocimiento del hecho, la víctima queda totalmente desplazada de la posibilidad de obtener que se abandone la persecución, aun en pro de obtener otra forma de reparación al daño sufrido. Este sistema hace ponderar un interés estatal abstracto en la afirmación de la vigencia de la norma por sobre el interés concreto del afectado. Además, implica una pretensión irrealista. En la práctica, cuando las partes están de acuerdo en la posibilidad de una reparación satisfactoria, ella se produce fuera del control del tribunal. En estos casos la víctima evita la continuación del procedimiento a cambio de la compensación recibida, por ejemplo, negando su colaboración en la producción de las pruebas o incluso distorsionando las mismas en favor del imputado".

Como se observa en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley, esta salida alternativa busca "realzar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado"[141], es decir, considerar sus intereses concretos en el conflicto social que significa el delito frente a los intereses abstractos del Estado en relación con el (se sustituyó la expresión "al" por la expresión "con el") mismo. Con el uso de este mecanismo, se señala en dicho informe, "el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos".[142]

Por ello es que el Ministerio Público en su instructivo N° 34 dispuso que: "Los acuerdos reparatorios descargan el sistema y contribuyen a conseguir el objetivo que

---

[140] HORVITZ LENNON, María Inés. "Ministerio Público y selectividad". En mismo sentido, *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Pág. 569.

[141] Pág. 104.

[142] Ídem.

sólo un reducido número de causas llegue a juicio oral. Indudablemente, la disminución de la carga de trabajo no es sólo para los tribunales sino también para el Ministerio Público, el cual podrá concentrar sus esfuerzos en la investigación y persecución de los delitos graves, esto es, aquellos que realmente ponen en cuestión el orden social y el Estado, como son los que afectan los bienes jurídicos individuales más básicos y los bienes jurídicos colectivos o estatales más fundamentales.

En virtud de tales consideraciones, esta Fiscalía Nacional estima que el Ministerio Público, a través de sus fiscales y Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, debe desempeñar un rol activo en relación con los acuerdos reparatorios, en especial, luego de la reforma introducida al CPP por la Ley N° 19.789, que ha incorporado un inciso segundo nuevo al artículo 6° del código, estableciendo como deber del Ministerio Público promover la reparación del daño provocado a la víctima"[143].

d) Requisitos

Los requisitos que deben concurrir para que se dicte la resolución judicial que aprueba un acuerdo reparatorio dentro del nuevo sistema procesal penal, son los siguientes:

a) Acuerdo entre la víctima y el imputado.
b) Citación a una audiencia a todos los intervinientes.
c) Procedencia del acuerdo en relación a los hechos investigados.
e) Resolución judicial aprobatoria.

Nos referiremos a continuación a cada uno de ellos:

a) Acuerdo entre la víctima y el imputado.

La reparación puede consistir en una suma de dinero fijada consensualmente que constituye una de las formas de subsanar el daño causado por la comisión de un delito; o por el otorgamiento de otro tipo de prestación por parte del imputado, ya sea en beneficio de la víctima, de la comunidad o de un tercero, ya sea de carácter material como la realización de determinados trabajos e incluso una mera reparación simbólica.

En la especie reviste de particular trascendencia tener presente que "el acuerdo reparatorio es celebrado por la víctima en atención a su interés comprometido en determinados delitos y no por el fiscal a quien le corresponde representar el interés de la colectividad. Es decir, se trata de la reparación del daño provocado en el bien jurídico de la víctima y no de un eventual otro bien jurídico o interés público afectado. Cuando se le da un contenido punitivo al acuerdo reparatorio se atiende no al interés de la víctima sino a un interés público que objetivamente le es ajeno; se considera un plus por encima de la reparación que tiene a satisfacer este último interés. Por el contrario, lo que se consagra con la introducción de los acuerdos reparatorios es el principio de primado de la víctima, esto es, la prevalencia del interés concreto de la víctima por sobre el interés abstracto de la sociedad".

[143] Ver Oficio N° 53 de 2002, de la Fiscalía Nacional, en que se informan y comentan las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.789 al CPP.

La reparación como contenido del acuerdo reparatorio es diferente, según antes se dijo, que la reparación como sanción. Ambas tienen en común, aunque parezca redundante, la reparación de la víctima concreta, pero se distinguen en que la primera no tiene más fines que éste, mientras la segunda debe alcanzar los fines de la pena. Esto se muestra con claridad en la facultad que tiene el fiscal de oponerse a la aprobación del acuerdo reparatorio cuando estima que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, pues entonces quiere decir que, en el caso concreto, debe prevalecer el interés público involucrado por sobre el interés concreto de la víctima, existiendo la necesidad de enfrentar el conflicto penal mediante la persecución penal y la pena, es decir, es imperativo alcanzar los fines preventivos de la pena. En el razonamiento para el ejercicio de esta facultad se pone de manifiesto la alternativa excluyente entre la composición y la persecución penal, entre la reparación y la pena, que plantean los acuerdos reparatorios.[144]

El límite que tiene la reparación que se estipule por la víctima y el imputado es que ella no puede consistir en un objeto ilícito.

Para llegar a este acuerdo la iniciativa puede provenir tanto del imputado como la víctima, siendo incluso ideal que el propio fiscal oficie como mediador entre ambas partes, teniéndose presente que el Ministerio Público puede participar posteriormente en la audiencia, oponiéndose incluso a un acuerdo entre la víctima e imputado en que no hubiere intervenido.

b) Citación a una audiencia a todos los intervinientes para escuchar sus planteamientos y verificar que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Alcanzado el acuerdo, se debe requerir al juez de garantía que cite a una audiencia, a la que éste citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, verificando que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos

A diferencia de la suspensión que dispone que la iniciativa de la solicitud es del fiscal, nada dispone respecto del acuerdo reparatorio, por lo que estimamos que aquélla puede provenir ya del imputado, ya de la víctima.

Tampoco nada señala respecto de la presencia del defensor del imputado en la audiencia, que en el caso de la suspensión constituye un requisito de validez, ni de la presencia del fiscal. Respecto de este último y considerando que el acuerdo reparatorio supone un acuerdo entre imputado y víctima, no es fundamental su presencia, aun cuando su aprobación le impedirá continuar la investigación del hecho. Aun más el fiscal puede solicitar el rechazo de acuerdo, por lo que su presencia trasunta relevancia, cuya ausencia importará la aplicación de sanciones. Respecto del defensor de imputado, tampoco se prevé su asistencia obligatoria, cuestión que puede explicarse dados los efectos que genera el acuerdo aprobado, consistentes en la extinción de la

[144] ROJAS, Luis Emilio. Abogado de la División de Atención a Victimas y Testigos. *Boletín Ministerio Público* N° 2. Junio 2001.

pretensión penal por el sobreseimiento una vez cumplidas las condiciones o garantizadas a satisfacción de la víctima, y el eventual incumplimiento del acuerdo, sólo genera derecho a exigir su cumplimento forzado,.

c) Que el acuerdo reparatorio se refiera a hechos investigados en que fuere admisible.

Los acuerdos reparatorios son admisibles sólo cuando se refiriere a los siguientes hechos investigados:

c.1) Afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial:

c.2) Consistieren en lesiones menos graves; o

c.3) Constituyeren delitos culposos

De esta forma aparece que el interés que puede satisfacerse a través de los acuerdos reparatorios es fundamentalmente de orden privado. Sin embargo puede apreciarse, particularmente respecto de aquellos de orden patrimonial, que el legislador utilizó un concepto amplio, a desarrollarse por la jurisprudencia y la doctrina, pero que al mismo tiempo puede generar, por lo mismo, profundas discusiones.

Obviamente, los bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial admiten distintas consideraciones. Entre nosotros, el artículo 12 del Código Civil señala que son disponibles todos aquellos derechos que miren al solo interés individual y respecto de los cuales no esté prohibida su renuncia. En general diremos que es disponible el bien jurídico propiedad o el patrimonio en general, por lo que en principio todo ilícito atentatorio a dichos bienes es susceptible de ser objeto de acuerdo reparatorio (por ejemplo, los hurtos, estafas, apropiación indebida, etc.). Sin embargo, aun a pesar de su carácter patrimonial ciertos delitos tales como aquellos que pueden afectar al fisco, claramente no categorizarían dentro de aquéllos con tales supuestos.

El Fiscal Nacional, ejerciendo sus facultades de instruir sobre los criterios aplicables dictó el instructivo Nº 34[145] sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios en los cuales se pronunció sobre dichos tópicos, cuyo texto refundido y modificado se contiene en el Oficio Nº 038 de 21 de enero de 2003.

Asi entendió en dicho instructivo que bien jurídico disponible es aquél cuya afección puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible es el bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la ejecución del hecho o que puede perdonarse por ella con posterioridad al mismo. Por tanto, desde ya son disponibles los bienes jurídicos que se ven afectados por los delitos de acción penal privada (artículo 55 del CPP). Asimismo, constituye un indicador de disponibilidad del bien jurídico la inclusión de un delito entre los de acción penal pública que no pueden perseguirse sin previa instancia particular, como los señalados en el artículo 54 del CPP y en otras leyes especiales.

Del mismo modo, citando al profesor Mario Garrido Montt consignó que "el CP, en cuanto se refiere a la propiedad, debe entenderse en un sentido normativo muy amplio y

[145] Oficios Nºs. 242 y 358, de 2000; Nºs. 280, 363 y 296, de 2002, y 038 de 2003.

flexible, comprensivo de aquellas *relaciones jurídicamente reconocidas por el sistema y que existen entre una persona y una cosa, relación que le confiere a esa persona algunas facultades sobre la cosa, que son susceptibles de apreciación económica*" (Derecho penal, Tomo IV, pp. 140-141). Por esto parte de la doctrina propone cambiar el nombre propiedad por patrimonio (así, Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho penal. Parte Especial, p. 161). Pero, además, la expresión usada por el artículo 241 inciso 2° del CPP abarca más que el patrimonio y comprende otros bienes jurídicos disponibles respecto de los cuales puede sostenerse que tienen un contenido principalmente patrimonial".

Los criterios que el Fiscal Nacional impartió el año 2003 son *"criterios flexibles, modificables y posiblemente ampliables, según se ponderará conforme a la experiencia próxima y las estadísticas criminales"* listando categorías de delitos que admiten o no el acuerdo. Así:

"Los fiscales *favorecerán* los acuerdos reparatorios, respecto de los siguientes ilícitos que afectan al *bien jurídico patrimonio*:

Norma legal	Delito	Bien Jurídico
Arts. 432 y 446 del CP	Hurto	Patrimonio
Art. 168 del D.F.L. N° 4 de 1959	Hurto de energía eléctrica	Patrimonio
Art. 448 del CP	Hurto de hallazgo	Patrimonio
Art. 456 bis A del CP	Receptación, en caso de provenir las especies de hurto	Patrimonio
Art. 458 del CP	Usurpación no violenta	Patrimonio
Arts. 459 y 461 del CP	Usurpación no violenta de aguas	Patrimonio
Art. 462 del CP	Alteración o destrucción de deslindes de propiedad particular	Patrimonio
Art. 487 del CP	Daños simples	Patrimonio
Art. 468 del CP	Estafa	Patrimonio
Arts. 467 y 469 N° 1 y N° 2 del CP	Entrega fraudulenta	Patrimonio
Art. 470 N° 4 del CP	Suscripción engañosa de documento	Patrimonio
Art. 470 N° 6 del CP	Celebración fraudulenta de contrato aleatorio	Patrimonio
Art. 470 N° 7 del CP	Fraude en juego	Patrimonio
Art. 473 del CP	Otros engaños	Patrimonio
Art. 470 N° 1 del CP	Apropiación indebida	Patrimonio
Art. 469 N° 3 del CP	Administración fraudulenta	Patrimonio
Art. 469 N° 4 del CP	Administración fraudulenta	Patrimonio
Art. 470 N° 2 del CP	Administración fraudulenta	Patrimonio
Art. 470 N° 3 del CP	Abuso de firma en blanco	Patrimonio
Art. 471 N° 1 del CP	Hurto de posesión	Patrimonio
Art. 471 N° 2 del CP	Celebración de contrato simulado	Patrimonio

Norma legal	Delito	Bien Jurídico
Art. 466 del CP	Alzamiento de bienes, insolvencia punible y contratos simulados	Patrimonio
Art. 469 N° 6 del CP	Destrucciòn de la cosa embargada	Patrimonio
Art. 444 del CPC	Depositario alzado	Patrimonio
Art. 19 de la Ley N° 18.112	Delitos contra la prenda sin desplazamiento	Patrimonio
Arts. 49 y 50 de la Ley N° 5.687	Delitos contra la prenda industrial	Patrimonio
Arts. 27 a 30 de la Ley N° 4.097	Delitos contra la prenda agraria	Patrimonio
Arts. 35 a 38 de la Ley N° 18.690	Delitos relativos a almacenes generales de depòsito	Patrimonio
Art. 197 del CP	Falsificaciòn de instrumento privado	Patrimonio
Art. 198 del CP	Uso malicioso de instrumento privado falso	Patrimonio
Arts. 28, 52, 61 y 67 de la Ley N° 19.039	Delitos contra privilegios industriales y derechos de propiedad industrial	Patrimonio
Art. 160 del D.F.L. N° 3 de 1997	Obtenciòn fraudulenta de crèditos	Patrimonio
Art. 22 del D.F.L. 707 de 1982	Giro de cheque en descubierto	Patrimonio

3. Los fiscales *evaluaràn con detenciòn la procedencia y conveniencia* de los acuerdos reparatorios respecto de los siguientes delitos que afectan principalmente al bien jurídico patrimonio:

Norma legal	Delito	Bien jurídico
Art. 440 del CP	Robo con fuerza en lugar habitado	Patrimonio
Art. 442 del CP	Robo con fuerza en lugar no habitado	Patrimonio
Art. 443 inc. 1° del CP	Robo de cosas en bienes nacionales de uso pùblico	Patrimonio
Art. 443 inc. 2° del CP	Robo de cables o alambres	Patrimonio
Art. 449 del CP	Robo o hurto de vehiculos y el abigeato	Patrimonio
Art. 456 bis A del CP	Receptaciòn, en caso de provenir las especies de robo con fuerza en lugar habitado o no habitado, o en bienes nacionales de uso pùblico	Patrimonio
Art. 445 del CP	Fabricaciòn de instrumentos destinados al robo	Patrimonio
Art. 144 inc. 1° del CP	Violación no violenta de domicilio	Patrimonio, intimidad
Art. 462 del CP	Alteraciòn o destrucciòn de deslindes de propiedad pùblica	Patrimonio estatal

Norma legal	Delito	Bien jurídico
Art. 478 del CP	Incendio de cobertizos deshabitados, chozas, pajares y objetos de valor menor a cuatro sueldos vitales.	Patrimonio
Arts. 1° y 3° de la Ley N° 19.223	Daños a sistemas de tratamiento de información	Patrimonio
Arts. 78 a 80 de la Ley N° 17.336	Delitos contra la propiedad intelectual	Patrimonio[146-147]
Art. 472 del CP	Usura	Patrimonio, economía monetaria
Arts. 273 y 274 del CP	Delitos de los proveedores	Patrimonio estatal, economía pública
Arts. 168, 168 bis, 17, 178, 179 y 180 del D.F.L. N° 2 de 1998	Delitos aduaneros	Patrimonio estatal, economía pública
Art. 97 Decreto Ley N° 830	Delitos tributarios	Patrimonio estatal, economía pública

4. Los fiscales se *opondrán a la aprobación* de acuerdos reparatorios respecto de los siguientes delitos, entre otros, puesto que afectan, además del patrimonio, otros bienes jurídicos de mayor entidad:

Norma legal	Delito	Bien jurídico
Art. 433 del CP	Robo calificado	Patrimonio, vida, salud, libertad
Art. 436 inc. 1° del CP	Robo simple con violencia o intimidación	Patrimonio, salud, libertad
Art. 438 del CP	Extorsión	Patrimonio, salud, libertad

[146] Tratándose de estos delitos, el contenido del acuerdo podrá consistir en alguna de las medidas contenidas en el art. 82 de esa misma ley. (Cita del instructivo)

[147] En contra Bustos Ramírez, que trata estos delitos entre los que afectan la libertad, pues en su opinión vulneran la libertad de expresión (ob. cit., pág. 136). (Cita del instructivo)

Norma legal	Delito	Bien jurídico
Art. 434 del CP	Piratería común	Patrimonio, salud, libertad
Art. 436 inc. 2º del CP	Robo por sorpresa	Patrimonio
Art. 456 bis A del CP	Receptación, en caso de provenir las especies de robo por sorpresa, calificado, con violencia o intimidación	Patrimonio
Art. 147 del CP	Exacción ilegal	Patrimonio, libertad
Art. 470 Nº 5 del CP	Sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de documentos	Patrimonio, administración de justicia
Art. 469 Nº 5 del CP	Suposición de remuneraciones a empleados públicos	Patrimonio, administración pública
Art. 470 Nº 8 del CP	Obtención de prestaciones improcedentes	Patrimonio estatal
Arts. 485 y 486 del CP	Daños calificados	Patrimonio, seguridad colectiva, salud pública
Art. 457 del CP	Usurpación violenta	Patrimonio, salud, libertad
Art. 460 del CP	Usurpación violenta de aguas	Patrimonio, salud, libertad
Arts. 474 y 475 del CP	Incendio calificado	Patrimonio, seguridad colectiva, vida, salud
Arts. 476 y 477 del CP	Incendio	Patrimonio, seguridad colectiva
Art. 483 a del CP	Adulteración de contabilidad en incendio	Patrimonio, seguridad colectiva
Arts. 480 y 481 del CP	Estragos	Patrimonio, seguridad colectiva

Lesiones menos graves

5. Los fiscales *favorecerán* los acuerdos reparatorios, respecto de los delitos de lesiones menos graves y leves tipificados en los artículos 399 y 494 Nº 5 del CP, sin

perjuicio de poder negarse a ellos en caso de existir un interés público prevalente en su persecución[148].

Delitos culposos

6. Los fiscales *favorecerán* los acuerdos reparatorios, respecto de los siguientes delitos culposos:

Norma legal	Delito
Art. 490 del CP	Homicidio y lesiones por imprudencia temeraria
Art. 491 del CP	Homicidio y lesiones por imprudencia del facultativo o dueño de animales
Art. 492 del CP	Homicidio y lesiones por imprudencia simple con infracción de reglamentos
Arts. 329, 333 y 337 inc. 2° del CP	Delitos culposos relativos a ferrocarriles y telégrafos

Reglas comunes

7. Cuando proceda un acuerdo reparatorio atendida la naturaleza del delito, las siguientes circunstancias no constituirán óbice a aquéllos, puesto que no modifican su naturaleza:

a) Encontrarse el mismo en grado *tentado o frustrado*[149]. Los fiscales favorecerán los acuerdos reparatorios cuando los delitos señalados en los N°s. 2 y 3 anteriores quedaren en grado tentado o frustrado, y evaluarán con detención su procedencia y conveniencia respecto de cualquiera de los delitos señalados en el N° 4 anterior, habida consideración de no haberse completado el iter criminis, situación que implica una afección de menor significación para los bienes jurídicos protegidos.

b) Concurrir en el delito *más de un partícipe*. Es posible llegar a acuerdo reparatorio respecto de un imputado y no de otros, conforme a los artículos 242, 244 y 255 del CPP.

c) Existencia de un *concurso* con otro delito. Si se presenta un concurso aparente de leyes penales, la procedencia del acuerdo reparatorio se evaluará según la calificación jurídica que se haga del hecho punible. Si hay concurso real o ideal de delitos, es posible llegar a acuerdo reparatorio respecto del hecho que, según su naturaleza, resulte procedente. Por ejemplo, si se falsifica un instrumento público para cometer

[148] Un ejemplo podría consistir en aquellas lesiones menos graves resultado de violencia al interior de la familia constitutiva de delito y que se presenten en el marco de una relación de violencia que deba ser interrumpida. En este tipo de casos, sería político criminalmente más aconsejable optar por una suspensión condicional del procedimiento, de estimarse necesaria la aplicación de una salida alternativa. (Cita del instructivo)

[149] No debe inducir a confusión la existencia de normas que castigan como consumado el delito desde que se encuentra en grado de tentativa, v. gr.: la del artículo 450 inciso 1° del CP, pues éstas son reglas de determinación de la pena, consecuencia que justamente es evitada con el acuerdo reparatorio que impide llegar a esta etapa. (Cita del instructivo)

estafa, procede el acuerdo reparatorio respecto de ésta y no respecto de la falsificación (la investigación continúa respecto de la falsificación de instrumento público). En los casos de concurso real o ideal resultan aplicables los artículos 242 y 255 del CPP.

d) Concurrencia de *agravantes*.

d) Dictación de resolución judicial aprobando el acuerdo reparatorio.

El cuarto y último presupuesto para que resulte procedente el acuerdo reparativo es que se dicte la resolución judicial aprobatoria del mismo. El juez de garantía, de oficio o a petición del Ministerio Público, negará la aprobación a los acuerdos reparatorios en los siguientes casos:

i) Hubieren sido convenidos acuerdos reparatorios en procedimientos que versaren sobre hechos investigados en que no se autorizaren por parte del legislador.

ii) Si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o

iii) Si existiere un *interés público prevalente* en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

Dicho interés "público prevalente" también fue considerada en la instrucción general del Fiscal Nacional N° 34 al disponer que:

"8. Es obligación del Ministerio Público promover la persecución penal pública frente a un hecho punible, conforme al artículo 166 del CPP. Por tanto, corresponde al Ministerio Público alegar la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal pública, no obstante que el artículo 241 inciso 3° faculta también al tribunal para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio por tal motivo.[150]

En consecuencia, no obstante proceder un acuerdo reparatorio atendidos la naturaleza del hecho punible y que el consentimiento se ha prestado en forma libre y plenamente informada, el fiscal podrá negarse a su aprobación por existir un *interés público prevalente* en la continuación de la persecución penal, conforme a los siguientes criterios de actuación.

9. Alegar la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio significa estimar que el conflicto que implica un delito de mediana gravedad debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente afectados en sus intereses particulares. Por tanto, los

[150] Esta facultad del tribunal resulta un tanto contradictoria con la distribución de funciones en el nuevo sistema procesal penal. Piénsese tan sólo que podría darse la situación en que el juez de garantía negase la aprobación de un acuerdo reparatorio fundado en la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal y luego fallase en la misma causa, por ejemplo en un procedimiento abreviado, situación que en cierta medida pugna con el principio de imparcialidad. (Cita del instructivo)

fiscales justificarán el ejercicio de esta facultad a la luz de los fines preventivos de la pena, esto es, la prevención general o especial, según sea el caso.

10. Conforme al artículo 241 inciso 3° del CPP, concurre un interés público prevalente cuando el "imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular", esto es, cuando el imputado hubiere sido condenado anteriormente por delitos de la misma especie que el hecho punible objeto del acuerdo reparatorio, debiendo considerarse delitos de la misma especie aquellos que afectan un mismo bien jurídico, de acuerdo al artículo 351 inciso 4° del CPP.[151-152] *Este es un criterio legal y obligatorio de no aprobación del acuerdo reparatorio, de modo que los fiscales deberán alegarlo cuando concurriere.*

11. El artículo 241 inciso 3° del CPP contempla *especialmente un caso* de interés público prevalente en la persecución penal, por lo tanto, pueden darse otras circunstancias donde se estime que concurre tal interés. Por ende, los fiscales podrán considerar que concurre un interés público prevalente cuando:

a) Exista otro bien jurídico afectado por el delito objeto de acuerdo reparatorio, que sea de mayor entidad que el principalmente protegido por el tipo (v. gr.: delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones menos graves).

b) Exista constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por delitos de la misma especie al menos en dos oportunidades anteriores, según el registro previsto por el artículo 246 del CPP".

En caso que se dieren cumplimiento a la totalidad de los requisitos legales, y aun cuando hubiere petición en contrario del Ministerio Público, el juez de garantía deberá aprobar el acuerdo reparatorio.

A diferencia de lo que ocurre con la suspensión condicional del procedimiento no se establece una regla especial que contemple la procedencia del recurso de apelación en

---

[151] La exigencia de condenas anteriores se condice con el principio de inocencia, el cual se veria vulnerado de entender que esta norma alude a hechos anteriores de la misma especie que no hubieren sido objeto de sentencias condenatorias firmes. "Así, el hecho de considerar, para los efectos de evaluar la procedencia de los acuerdos reparatorios, como conductas anteriores hechos por los cuales no se ha sido condenado, pone en cuestión la vigencia de la presunción de inocencia ya que se impediría acceder a los acuerdos basados en hechos que no han sido formalmente probados y por los cuales el imputado no ha sido considerado culpable en un juicio previo" (DUCE, Mauricio. Ob. cit. Pág. 165). (Cita del instructivo).

[152] En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Temuco, respecto de un acuerdo reparatorio aprobado por el Juzgado de Garantía de Pucón (caso RUC N° 3130-1): *"Temuco, diez de abril de dos mil uno. VISTOS: Atendido el mérito de los antecedentes, en lo que consta que el imputado L. A. Q. H. registra una sola condena anterior por el delito de la misma especie, y que el artículo 241 inciso 3° del Código Procesal Penal exige para la procedencia de acuerdos reparatorios que no exista un interés público prevalente, atendiéndose que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido "reiteradamente" en hechos similares al que se investiga en la causa, circunstancia que como ya se dijo no concurre en la especie, puesto que existe un solo hecho anterior que afecte al imputado. Y Atendido lo dispuesto en la norma legal antes citada, se CONFIRMA la resolución pronunciada en la audiencia de veintitrés de marzo del presente en cuanto aprobó el acuerdo reparatorio en contra de todos los imputados, y ordenó sobreseimiento total y definitivo en esta causa"* (*Boletín del Ministerio Público* N° 3, julio 2001). (Cita del instructivo)

contra de la resolución que se pronuncia acerca del acuerdo reparatorio. No obstante, creemos la resolución que aprueba el acuerdo reparatorio es apelable conforme a la regla general prevista en la letra a) del artículo 370.

La jurisprudencia ha resuelto que en el caso del delito de robo en lugar habitado en el cual intervienen dos o más individuos no es procedente aprobar un acuerdo reparatorio por no afectar sólo el patrimonio de la víctima, sino también otros bienes jurídicos; y que existe un interés público prevalente en su persecución, atendido su castigo con pena de crimen y como consumado desde la fase de tentativa, y por razones de política criminal al agravarse el castigo cuando intervienen dos o mas individuos haciendo improcedente la aplicación de medidas alternativas de la Ley N° 18.216.[153]

e) Oportunidad

La oportunidad para solicitar y decretar el acuerdo reparatorio, que es común a la suspensión del procedimiento, son las siguientes:

a) En la audiencia de formalización de la investigación.

b) En cualquier momento durante la investigación formalizada, debiendo en tal caso el juez de garantía para conocer y pronunciarse acerca de la solicitud citar a una audiencia a todos los intervinientes.

c) Después del cierre de la investigación, sólo en la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 245), y

d) En la audiencia de procedimiento simplificado (artículo 394).

f) Efectos

Los efectos que produce la resolución que aprueba el acuerdo reparatorio son los siguientes:

a) En cuanto a los efectos penales, se contempla una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado.[154]

Se modificó la norma en el sentido que los efectos extintivos del acuerdo por la dictación del sobreseimiento se producen con el cumplimiento de las condiciones o la garantía a satisfacción de la víctima, de forma de velar por el cumplimiento de los acuerdos, en especial respecto de las personas de menores recursos, como quedó constancia en la tramitación legislativa. Del mismo modo se modificó el artículo 247

[153] Corte Apelaciones de Rancagua, 8 de febrero de 2005. *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 38 y Sgtes. Febrero 2005.

[154] Véanse Oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al proceso penal (Ley N° 20.074. Ley Violencia Intrafamiliar. Responsabilidad Penal Adolescente. Instructivo N° 4 de la Ley N° 20.074. Págs. 47 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. Marzo 2007. Santiago, Chile.

para establecer que el plazo de dos años que esa norma indica para el cierre de la investigación, deberá entenderse suspendido entre la fecha en que se celebró el acuerdo reparatorio y la fecha en que se cumplieren las condiciones pactadas o se otorgaren las correspondientes garantías a satisfacción de la víctima.

b) En cuanto a los efectos civiles, se establece que ejecutoriada la resolución judicial que aprobare el acuerdo reparatorio, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo señalado en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

c) El acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil (artículo 243).

d) En cuanto a los efectos subjetivos del acuerdo reparatorio, se aplica la regla del efecto relativo de los contratos, señalándosenos que si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

15.3. Registro de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios

El Ministerio Público llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se decretare la suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio.

El registro tendrá por objeto verificar que el imputado cumpla las condiciones que el juez impusiere al disponer la suspensión condicional del procedimiento, o reúna los requisitos necesarios para acogerse, en su caso, a una nueva suspensión condicional o acuerdo reparatorio, lo que tiene especial importancia para los efectos del artículo 241, desde que de incurrir reiteradamente en las conductas, existe la presunción legal de concurrencia del interés prevalente en la continuación del procedimiento.

El registro será reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado, no pudiendo invocarse ni darse lectura en un juicio oral dirigido contra el imputado, conforme la norma del artículo 335.

16. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN, SOBRESEIMIENTO Y DECISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO

a) Reglamentación

La conclusión de la investigación se encuentra reglamentada en el Párrafo 7° del Título I del Libro II del CPP, que comprende los artículos 247 a 258.

b) Concepto

La conclusión de la investigación es la declaración de cierre de la investigación que formula el fiscal, una vez practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores (artículo 248 inciso 1°).

c) Naturaleza jurìdica del cierre de la investigaciòn

La decisiòn de cierre de la investigaciòn reviste el caràcter de una decisiòn de tipo administrativa y no de una resoluciòn judicial, por lo que no procede deducir en su contra recurso alguno.

d) Plazo para declarar el cierre de la investigaciòn

Al tratar sobre la formalización de la investigación, se señalò que a contar de ella comienza a correr el plazo legal máximo dispuesto para que el fiscal cierre la investigaciòn que se ha formalizado.

El fiscal tiene un plazo legal máximo de dos años para declarar cerrada la investigaciòn, contados desde la fecha de la formalizaciòn de ella (articulo 247), sin perjuicio de poseer el fiscal un plazo judicial menor si se hubiere dictado una resolución por el juez de garantía en ese sentido (artículo 234).

Sobre la materia, debemos tener presente que *"el plazo legal de dos años, bastante discutido en el debate parlamentario, no constituye la regla general en materia de tiempos de investigaciòn en la realidad del nuevo sistema. En efecto, el articulo 234 contenido en el pàrrafo relativo a la formalizaciòn de la investigación contempla como una de las materias que pueden ser objeto de discusiòn en la citada audiencia, la fijaciòn de un plazo judicial –inferior, por supuesto al legal– para el cierre de la investigaciòn. Este es el tipo de tèrmino que constituye lo habitual en las investigaciones enmarcadas en el nuevo ordenamiento procesal penal".*

> *"La referencia a la posibilidad de que sea una cuestiòn discutida en la propia audiencia de formalización de la investigaciòn, como parece desprenderse del articulo 234 no implica a nuestro juicio, la imposibilidad de que esta materia sea tratada en una audiencia distinta una vez que la investigaciòn haya sido formalizada. Situaciòn que, por lo demàs, ha ocurrido en la pràctica por ejemplo, a travès de la solicitud de una audiencia de cautela de garantias".*[155]

Sobre la materia se ha resuelto que "*el articulo 234 del CPP, lejos de entregar al juez una facultad discrecional, condiciona su aplicaciòn exigiendo que la fijaciòn de un plazo inferior al legal (dos años), para el cierre de la investigaciòn debe ser considerada por el juez como necesaria con el fin de cautelar las garantias de los intervinientes y siempre que las caracterìsticas de la investigación lo permitieren. Además, la norma general del artìculo 36 del CPP, obliga al tribunal a fundamentar las resoluciones que dicte, debiendo por ello explicitar cuáles son las garantias que pretende cautelar y, por otra parte, y en especial, cuàles son las características o particularidades de la investigaciòn que, a su juicio, permitan que èsta pueda llevarse a cabo dentro de un plazo inferior al legal.*

[155] HERRERA SEGUEL, Marta. "Conclusión de la etapa de Investigación". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Septiembre 2004.

En cuanto a la naturaleza del plazo, se trata, como lo expresa el artículo 234 del CPP, de un plazo judicial, a cuyo respecto los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil, aplicables supletoriamente por expresa disposición del artículo 52 del CPP, dan expresamente el carácter de prorrogable, con la limitación de que la prorroga no podrá ampliar el término más allá del plazo legal; en este caso, dos años".[156]

El plazo del fiscal para cerrar la investigación se suspende en caso de haberse decretado la suspensión condicional del procedimiento o el sobreseimiento temporal (artículo 247 inciso final letras a) y b)) y también desde que se alcanzare un acuerdo reparatorio hasta el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el imputado a favor de la víctima o hasta que hubiere debidamente garantizado su cumplimiento a satisfacción de esta última.

e) Apercibimiento al Fiscal para declarar el cierre de la investigación

Si el fiscal voluntariamente no declarare cerrada la investigación en el plazo legal o en el menor que le hubiere fijado el tribunal, sólo el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre, no pudiendo ser decretada ella de oficio por parte del juez de garantía.[157]

Para estos efectos, el juez de garantía citará a los intervinientes a una audiencia, pudiendo presentarse en ella las siguientes situaciones:

a) El fiscal puede comparecer a la audiencia y solicitar la prórroga del plazo judicialmente fijado para cerrar la investigación, pero sin exceder con ello el plazo legal máximo de dos años, invocando causa justificada, como sería la existencia de diligencias pendientes que fueren trascendentes para la investigación.

b) Si el fiscal no compareciere a la audiencia o si, compareciendo, se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta resolución será apelable.[158]

c) Si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de la investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación, solicitar el sobreseimiento o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento.

Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido la acusación, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, citará a la audiencia prevista en el artículo 249 y dictará sobreseimiento definitivo en la causa.

---

[156] Corte Apelaciones La Serena. 13.3.2001. Recurso de apelación. Rol Nº 16. *Revista Procesal Penal* Nº 1. LexisNexis. Págs. 67 y Sgtes. Septiembre de 2002.

[157] Corte Apelaciones La Serena. 22.10.2001. Recurso de apelación. *Revista Procesal Penal* Nº 1. LexisNexis. Págs. 79 y Sgtes. Septiembre de 2002.

[158] En este sentido, Corte Apelaciones La Serena. 23.3.2001. Recurso de apelación. Rol Nº 49. Revista Procesal Penal Nº 1. LexisNexis. Págs. 71 y Sgtes. Septiembre de 2002.

f) Actitudes que puede asumir el fiscal luego de declarado el cierre de la investigación

Declarada cerrada la investigación, dentro de los diez días siguientes, el fiscal podrá adoptar una de las siguientes actitudes:

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Cuando decidiere solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, el fiscal deberá formular su requerimiento al juez de garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia.

La comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento produce los efectos de:

a) Dejar sin efecto la formalización de la investigación,

b) Da lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y

c) La prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

El procedimiento penal sólo avanzará de la etapa de investigación a la audiencia de preparación de juicio oral o etapa intermedia en la medida en que se hubiere formulado una acusación por parte del fiscal, o por el querellante en lugar del fiscal, en el caso de forzamiento de la acusación a que se refiere el artículo 258.

g) Reapertura de la investigación

La facultad de ordenar la reapertura de la investigación reviste un carácter excepcional, puesto que trata de conciliar por una parte, el principio básico de un sistema acusatorio que pretende separar las funciones de controlar e instruir, respecto de las que se ha estimado que existe una misma incompatibilidad funcional que entre las funciones de instruir y juzgar; y por otra parte, el derecho de los intervinientes, puesto que la realización de las diligencias no pueden quedar al mero arbitrio de la voluntad del fiscal, y de no existir esta posibilidad se caería en una negación de justicia.

Es por ello que se ha señalado por la doctrina y fallado por los tribunales, que sólo en caso de comunicarse por el Fiscal que solicitara el sobreseimiento o la decisión de no perseverar en el procedimiento, y hasta la realización de la audiencia en que se debe tratar esa materia o durante la misma, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado. Con ello, se está negando la posibilidad de reiteración de diligencias cuando la causa a través del

camino de la acusación vaya a pasar a la fase de juzgamiento mediante el juicio oral o el procedimiento abreviado.[159]

Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.

Frente a la solicitud de alguno de los intervinientes de reapertura de la investigación, el juez de garantía puede adoptar alguna de las siguientes decisiones:

a) Acoger la solicitud de reapertura de la investigación.

Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

Es del caso hacer notar que el artículo 257 dispone que el juez de garantía, en este caso, "ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará", de modo que constituye éste el único evento en que el tribunal se encuentra facultado para disponer al Ministerio Público una actuación de investigación. Sin embargo no se trata de diligencias nuevas, sino sólo de aquellas que cumplan las características referidas, y cuya finalidad no es inmiscuirse en las atribuciones exclusivas de dirección de investigación de los fiscales, sino controlar la actuación de éstos, respecto de las peticiones de los intervinientes, en virtud del principio de objetividad.

b) Rechazar la solicitud de reapertura de la investigación.

El juez no decretará ni renovará las diligencias, rechazando la solicitud de reapertura de la investigación respecto de diligencias que se encuentren en alguno de los siguientes casos:

i) Diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos,

ii) Diligencias que fueren manifiestamente impertinentes.

iii) Diligencias que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

iv) En general, todas aquellas diligencias que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248, esto es, deberá dentro del plazo de diez días adoptar una de las tres actitudes antes señaladas (artículo 257).

17. FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN

a) Concepto

El forzamiento de la acusación consiste en la posibilidad de que dispone el querellante, previa autorización del juez de garantía, de sostener por sí mismo la acu-

[159] Corte Suprema Rol Nº 1.024-04. 25.3.2004.

sación en los eventos que el Ministerio Público no la ejerciere, por haber solicitado el sobreseimiento o comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento, constituyendo un claro ejemplo de verdadera sustitución procesal.

b) Fundamento

Sobre la materia, se nos ha señalado que "el establecimiento de esta institución en nuestro Código obedeció a la necesidad de potenciar la participación de la figura del ofendido por el delito en el procedimiento penal, fundamentalmente, en una etapa histórica de transición entre sistemas procesales tan diversos, más aún considerando la posición que, hasta entonces, a la víctima le había correspondido en el mismo. Dicha necesidad se vinculaba, asimismo, a protegerla de eventuales arbitrariedades de las que pudiera ser objeto por parte de los órganos del Estado y, en tal sentido, dotarla de herramientas que le permitieran hacer frente a tales situaciones.[160]

c) Requisitos

Para que se presente esta situación, es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos:

a) El Fiscal debe haber solicitado el sobreseimiento o comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento;

b) El querellante particular debe haberse opuesto a la solicitud de sobreseimiento o comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento formulada por el fiscal, y solicitar que se autorice para formular la acusación en lugar del Ministerio Público si éste no la ejerciere;

c) El juez debe disponer que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

d) El Fiscal Regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, debe:

d.1) Ratificar la decisión del fiscal a cargo del caso en el sentido de sobreseer o no perseverar en el procedimiento, o

d.2) Decidir que el Ministerio Público formulará acusación, disponiendo simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto.

e) El juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el Ministerio Público en caso que el Fiscal Regional hubiere decidido ratificar decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

---

[160] Herrera Seguel, Marta. "Conclusión de la etapa de Investigación". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Septiembre 2004.

En consecuencia, la posibilidad de forzamiento de la acusación es un claro ejemplo de verdadera sustitución procesal, y además, no es obligatoria para el juez disponerla, puesto que ello ocurrirá sólo en el evento que de conformidad con el análisis de los antecedentes de la investigación estime que no es procedente decretar el sobreseimiento.

Si el Fiscal Regional decidiere oportunamente que el Ministerio Público formulara la acusación, no habrá forzamiento de acusación, sin perjuicio que el querellante pueda adherir a la acusación fiscal o acusar particularmente en la oportunidad correspondiente.

La resolución que negare lugar a la solicitud formulada por el querellante será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento.

18. EL SOBRESEIMIENTO

a) Reglamentación

El sobreseimiento se encuentra reglamentado en los artículos 247 a 258, comprendidos dentro del Párrafo 7 "Conclusión de la Investigación" del Título I "Etapa de Investigación" del Libro II "Procedimiento Ordinario".

Sin perjuicio de ello, se refieren además al sobreseimiento los siguientes artículos 10, 26, 48, 68, 78 letra d), 93 letra f), 101, 109 letras e) y f), 153, 171, 240, 242, 270, 271, 398, 401, 402, 421, 429, 465 y 470.[161]

b) Concepto

El sobreseimiento es el acto jurídico procesal del tribunal que pone término (sobreseimiento definitivo) o suspende (sobreseimiento temporal), total o parcialmente, el procedimiento penal en los casos y con los requisitos que establece la ley.[162]

El CPP no contiene una definición genérica del sobreseimiento, como era la contemplada en el artículo 406 del Código de Procedimiento Penal[163], pero claramente ella es aplicable dentro del actual sistema procesal penal y puede extraerse de lo previsto en el artículo 251, que establece los efectos del sobreseimiento definitivo, en el artículo 254, que define los efectos el sobreseimiento temporal, y del artículo 255, que define el sobreseimiento total y parcial.

---

[161] El sobreseimiento se encuentra reglamentado en el Título XII del Libro II Primera Parte del antiguo Código de Procedimiento Penal, denominado "De la Conclusión del Sumario", que comprende los artículos 406 a 423.

[162] Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, del total de ingresos terminados el año 2009 el sobreseimiento definitivo representó un 2.69%, y el sobreseimiento temporal el 0.83%.

[163] Al efecto, dispone el artículo 406 del Código de Procedimiento Penal que "*por el sobreseimiento se termina o se suspende el procedimiento judicial en lo criminal. El sobreseimiento es definitivo o temporal, total o parcial*".

Por otra parte, revistiendo el sobreseimiento definitivo y el temporal la naturaleza jurídica de resolución judicial o acto jurisdiccional, jamás podrá ser dispuesto por parte del Ministerio Público, correspondiéndole a éste sólo proponer su dictación al tribunal.[164]

De allí que el ejercicio de facultades administrativas por parte del Ministerio Público como son el archivo provisional (artículo 167), y la facultad de no iniciar la investigación (artículo 168) no revisten una naturaleza jurisdiccional y por ello no pueden ser estimadas como un equivalente al sobreseimiento definitivo o temporal. Sin perjuicio de lo anterior, la facultad de no iniciar la investigación, debe ser revisadas por el juez de garantía por mandato de la ley. Además, la víctima puede provocar el control de la decisión del órgano administrativo del archivo provisional o del ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación por parte del juez de garantía, mediante la interposición de una querella, la que si es admitida a tramitación obliga al fiscal a seguir adelante con la investigación según las reglas generales (artículo 169).

Tratándose del principio de oportunidad reglado, que contempla el artículo 170 del CPP, el fiscal debe emitir una decisión motivada, la que debe ser comunicada por el juez de garantía a todos los intervinientes, pudiendo el juez dentro de los 10 días siguientes, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, dejarla sin efecto por algunas de las razones contempladas en ese precepto legal. Transcurrido el plazo de 10 días sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ella por las autoridades del Ministerio Público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho que se trate. En este caso, procederá que se dicte un sobreseimiento definitivo conforme a lo previsto en el artículo 250 letra d).

c) Clasificación

Respecto del sobreseimiento, según la reglamentación efectuada por el legislador, se pueden efectuar las siguientes clasificaciones:

c.a) En cuanto a sus efectos

En cuanto a sus efectos es posible distinguir entre sobreseimiento definitivo y temporal.

El sobreseimiento definitivo es aquella resolución que pone término al proceso penal y equivale a una sentencia penal absolutoria.

Al efecto, dispone el artículo 251 del CPP, que el sobreseimiento total y definitivo pone término al juicio y tiene la autoridad de cosa juzgada.

La misma autoridad tiene el parcial definitivo respecto de aquellos a quienes afecta (artículo 255).

---

[164] Véase artículo 83 Constitución Política de la República.

El sobreseimiento temporal solía definirse como aquella resolución que suspende el procedimiento penal hasta que se presenten mejores datos de investigación o cese el inconveniente legal que haya motivado su suspensión.[165]

El sobreseimiento temporal puede definirse como aquella resolución que suspende el procedimiento penal hasta que "*cese la causa que haya detenido la prosecución del juicio*" conforme a lo establecido en el artículo 254 del CPP.

Las causales de deficiencia de la investigación consistente en que se presenten mejores datos de investigación que se contemplaban en las causales contempladas en los N°s. 1 y 2 del artículo 409 del antiguo Código de Procedimiento Penal no se encuentran actualmente como causales para decretar el sobreseimiento temporal en el nuevo proceso penal.[166]

c.b) En cuanto a los delitos e imputados a que se refiere

En cuanto a si el sobreseimiento se refiere o no a todos delitos e imputados en el proceso, sea éste definitivo o temporal, es posible distinguir entre sobreseimiento total y parcial.

El sobreseimiento total, sea definitivo o temporal, es aquel que se refiere a todos los delitos y a todos los imputados en el proceso penal respecto de quienes se hubiere formalizado la investigación.

El sobreseimiento parcial, sea definitivo o temporal, es aquel que sólo se refiere a algún delito o a algún imputado de los varios respecto de quienes se hubiere formalizado la investigación.

En tal sentido, dispone el inciso 1° del artículo 255 del CPP que el sobreseimiento será total cuando se refiriere a todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando se refiriere a algún delito o a algún imputado, de los varios a que se hubiere extendido la investigación y que hubieren sido objeto de formalización de acuerdo al artículo 229.

---

[165] Al efecto, dispone el inciso 3° del artículo 418 del antiguo Código de Procedimiento Penal, que el sobreseimiento "*temporal suspende el procedimiento hasta que se presenten mejores datos de investigación o cese el inconveniente legal que haya detenido la prosecución del juicio*".

[166] En el Mensaje del CPP se señalan claramente las razones para introducir esa modificación respecto del sobreseimiento temporal, al señalarse que en el caso del sobreseimiento temporal, que en el sistema actual constituye la forma de término ampliamente mayoritaria, se ha pretendido limitar fuertemente su aplicación por cuanto se trata de una salida bastante insatisfactoria. Desde los puntos de vista de la víctima y de la sociedad, constituye un fracaso de la investigación que no se reconoce formalmente. Desde el punto de vista del sistema, implica mantener un número amplísimo de casos abiertos con todos los problemas de manejo administrativo que ello acarrea. Respecto del imputado, se mantiene indefinidamente la posibilidad de la persecución en su contra con la incertidumbre que ello implica. Este último sólo podrá liberarse de esta carga en cuanto sea capaz de probar positivamente su inocencia –con lo cual se produce una distorsión de uno de los componentes básicos de la presunción de inocencia como es el que la carga de la prueba recae sobre el acusador– o cuando transcurran los plazos de prescripción".

El efecto del sobreseimiento parcial es conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 255, que "se continuará el procedimiento respecto de aquellos delitos o de aquellos imputados a que no se extendiere aquél".

d) Oportunidad

El Fiscal, dentro de los 10 días de cerrada la investigación, podrá:

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación (artículo 248 CPP).

Cuando decidiere solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, el fiscal deberá formular su requerimiento al juez de garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia (artículo 249 CPP).

De lo expuesto en los artículos 248, 249 y 255 se desprendería que la oportunidad para solicitar el sobreseimiento definitivo y temporal sería dentro de los 10 días siguientes al término de la investigación y sólo respecto de los delitos y de los imputados respecto de quienes se hubiere formalizado ella.

Sin embargo, existen diversas disposiciones que nos demuestran que es posible decretar el sobreseimiento definitivo durante todo el curso del proceso.

En primer lugar, debemos tener presente que el sobreseimiento puede decretarse, luego de formalizada la investigación y antes de su cierre, como ocurre por ejemplo:

a) En el caso del sobreseimiento temporal previsto en el artículo 10 del CPP.

b) En el caso de sobreseimiento temporal por la necesidad de resolver una cuestión civil que no es de competencia del juez del crimen (artículos 171 CPP y 173 y 174 COT).

c) En el caso del sobreseimiento definitivo que debe pronunciarse en caso de haberse cumplido las condiciones previstas al disponerse la suspensión condicional del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 240 del CPP.

d) En el caso del sobreseimiento definitivo que debe dictarse conjuntamente con la aprobación de un acuerdo reparatorio conforme a lo previsto en el artículo 242.

En segundo lugar, durante la audiencia de preparación de juicio oral se contempla expresamente el sobreseimiento definitivo en los siguientes casos:

a) Si el Fiscal, siendo el único acusador, no subsana dentro del plazo que establece la ley los defectos formales que hubiere dado lugar a acoger una excepción de previo y especial pronunciamiento conforme a lo establecido en el artículo 270 del CPP.

b) Si se acogiere una excepción de previo y especial pronunciamiento perentoria, que se encontrare suficientemente justificada en los antecedentes de la investigación, conforme a lo establecido en el artículo 271 del CPP, y

c) Si se excluyen pruebas de cargo que la fiscalía considere esenciales para sustentar la acusación, quedando firme dicha la resolución, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo, lo que se decretará citando el juez de garantía a una audiencia especial convocada al efecto (artículo 277 inciso final).

En tercer lugar, se contempla la posibilidad que se decrete el sobreseimiento si concurre una causa legal con posterioridad al inicio del juicio oral en el inciso final del artículo 68 del CPP. De acuerdo con ese precepto, si comenzado el juicio oral se dictare sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones de este Código, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil.

Finalmente, la posibilidad que el sobreseimiento definitivo se dicte en cualquier estado del proceso aparece reconocida también en el procedimiento por delito de acción penal privada en los casos de desistimiento de la querella (artículo 401 CPP) y abandono de la acción penal privada (artículo 402 CPP).

Consideramos que esta es la regla general, esto es, que el sobreseimiento se puede dictar en cualquier estado del proceso una vez que concurra una causa legal y se encuentre completamente acreditada, luego de formalizada la investigación y sólo respecto de los delitos e imputados contemplados en ella. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador puede establecer reglas especiales para determinar específicamente una oportunidad procesal determinada para su dictación o diferir su pronunciamiento si concurre la causal en virtud de norma expresa para una etapa posterior, como ocurre en la declaración de rebeldía que prevé la continuación del procedimiento hasta la audiencia de preparación de juicio oral, en la cual deberá decretarse el sobreseimiento definitivo o temporal según el mérito de los antecedentes de la investigación (artículo 101 CPP).

Sin embargo, esta amplitud se ve limitada por el grado de conocimiento que el tribunal debe adquirir para dictar esta resolución, dado que se requiere que haya adquirido la plena convicción acerca de la concurrencia de la causal que hace procedente el sobreseimiento, en especial, si tenemos en consideración que el sobreseimiento definitivo equivale a una sentencia absolutoria y produce los efectos de cosa juzgada.[167]

[167] En el antiguo procedimiento penal, el sobreseimiento puede decretarse en cualquier estado del juicio, ya sea de oficio o a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Público, una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley.

En tal sentido, dispone el artículo 407 de dicho Código, que puede decretarse auto de sobreseimiento en cualquier estado del juicio, haya o no querellante particular, y puede pedirse por cualquiera de las partes o por el Ministerio Público, y decretarse de oficio por el juez.

Es importante tener presente que como hemos visto, una vez ejecutoriada la resolución que declara cerrado el sumario, el tribunal debe examinar el proceso para determinar si existe mérito para decretar el sobreseimiento definitivo o temporal, total o parcial.

Sin embargo, ello no significa que el tribunal no puede en otra etapa del proceso penal proceder a dictar el sobreseimiento, ya sea en el Plenario, como acontecería a modo de ejemplo si el acusado fallece durante el curso de éste, o durante el Sumario Criminal, si en el transcurso de éste se acogiere una excepción de previo y especial pronunciamiento de carácter perentorio.

e) Sujeto legitimado para solicitar que se decrete un sobreseimiento

En el procedimiento penal, el sobreseimiento puede decretarse:

a) De oficio por el tribunal, si concurre una causa legal (artículos 10, 250 y 252).

b) A petición del Ministerio Público (artículos 3° Ley Orgánica Ministerio Público y 248 CPP).

c) A petición del imputado (artículo 93 letra f) o de su defensor (artículo 104 CPP).

f) Sujeto legitimado para impugnar el sobreseimiento que se decrete por el tribunal

En el proceso penal, la víctima se encuentra expresamente legitimada para impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento (artículo 109 letra f).

Por otra parte, el Ministerio Público se encuentra legitimado para impugnar el sobreseimiento que se hubiere decretado contra su opinión, puesto que en tal caso sería una parte agraviada con esa resolución (artículos 253 y 352).

18.1. El sobreseimiento definitivo

a) Concepto

El sobreseimiento definitivo es aquella resolución que pone término al proceso penal y equivale a una sentencia penal absolutoria.

Al efecto, dispone el artículo 251, que el sobreseimiento total y definitivo pone término al juicio y tiene la autoridad de cosa juzgada.

La misma autoridad tiene el sobreseimiento definitivo parcial respecto de aquellos a quienes afecta.

b) Naturaleza jurídica

El sobreseimiento definitivo es una resolución que resulta de difícil asignación, de acuerdo con su naturaleza jurídica, dentro de alguna de las resoluciones que contempla el artículo 158 del CPC.

En primer lugar, podemos señalar que claramente no es:

Una sentencia interlocutoria de segunda clase, puesto que no se pronuncia sobre un trámite.

Un auto, puesto que lo que se resuelve no es un incidente, y en todo caso establece el sobreseimiento definitivo de derechos permanentes en beneficio del imputado, al equivaler a una sentencia absolutoria.

Un decreto, providencia o proveído, porque el tribunal en el sobreseimiento se encuentra emitiendo un pronunciamiento respecto de la cuestión debatida entre las partes.

De acuerdo con lo anterior, algunos han entendido que el sobreseimiento definitivo es una sentencia interlocutoria de primera clase, porque resuelve un incidente estableciendo derechos permanentes a favor de las partes.

Encontraría sustento esta posición en que la resolución se dicta durante el curso del proceso y en que el sobreseimiento definitivo puede ser pronunciado con motivo de la tramitación de un incidente, como ocurre en los artículos de previo y especial pronunciamiento. Además, respecto del sobreseimiento definitivo no se aplican los requisitos que se contemplan respecto de la sentencia definitiva (artículo 342 CPP).

Sin embargo, otros han entendido que el sobreseimiento definitivo es una sentencia definitiva, por cuanto se pronuncia no sobre un incidente, sino que respecto del conflicto penal mismo, poniendo fin a la instancia, en forma total o parcial según su carácter.

Además el artículo 251 del CPP equipara los efectos del sobreseimiento definitivo a una sentencia penal absolutoria al señalar que "El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada".

Debemos destacar que esta ha sido la posición de la Jurisprudencia durante estos últimos años.

Desgraciadamente en el texto del CPP no se dilucidó esta situación. Sin embargo, resulta evidente que dicha resolución debe ser fundada a lo menos conforme a la regla general contenida en el artículo 36 del CPP y, por otra parte, se establece expresamente que procede el recurso de apelación en su contra.

c) Requisitos

Se suele señalar que los requisitos de procedencia que deben concurrir para que se dicte el sobreseimiento definitivo son los siguientes:

i) Que se encuentre agotada la investigación, y

ii) Que concurra una causal legal.

i) Que se encuentre agotada la investigación.

El requisito que se encuentre agotada una investigación formalizada para decretar el sobreseimiento definitivo se desprende del párrafo 7 Conclusión de la Investigación dentro del cual se encuentra regulado, y de lo previsto en el artículo 248, y 271 inciso 1° del CPP.[168-169]

---

[168] Téngase presente lo señalado respecto de las oportunidades para decretar el sobreseimiento definitivo.

[169] Al efecto, respecto del antiguo proceso penal dispone el artículo 413 del CPP que "El sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente.

Si en el sumario no estuvieren plenamente probadas las circunstancias que eximen de responsabilidad o los hechos de que dependa la extinción de ella, no se decretará el sobreseimiento sino que se esperará la sentencia definitiva".

ii) Que concurra una causal legal.[170]

El artículo 250 del CPP se encarga de establecer en el nuevo proceso penal las causales del sobreseimiento definitivo. Al efecto, señala ese precepto que "El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo:

a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;

b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;

c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;

d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;

e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y

f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado".

El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal.

Las principales modificaciones de estas causales contempladas en el nuevo sistema procesal penal, en relación con las que se prevén en el Código de Procedimiento Penal, son las siguientes:

1°. Se excluye la aplicación del sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren

---

[170] En el antiguo proceso penal, el artículo 408 del CPP se encarga de señalarnos las causales legales por las cuales puede dictarse un sobreseimiento definitivo. Al efecto, nos señala ese precepto que "El sobreseimiento definitivo se decretará:

1. Cuando, en el sumario, no aparezcan presunciones de que se haya verificado el hecho que dio motivo a formar la causa;

2. Cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito;

3. Cuando aparezca claramente establecida la inocencia del procesado;

4. Cuando el procesado esté exento de responsabilidad en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;

5. Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números 1 (muerte del procesado), 3 (amnistía), 5 (perdón del ofendido en los delitos de acción penal privada) y 6 (prescripción de la acción penal) del artículo 93 del mismo Código;

6. Cuando sobrevenga un hecho que, con arreglo a la ley, ponga fin a dicha responsabilidad, y

7. Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en el que hubiere recaído sentencia firme que afecte al actual procesado. Esta causal no es más que la materialización en el proceso penal del principio de la cosa juzgada penal, que se expresa con el aforismo *non bis in idem*, el cual se consagra en el inciso 2° del artículo 1° del CPP, y según el cual "La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho".

vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de muerte y cumplimiento de condena.[171]

[171] Respecto de esta materia, debemos tener presente que en el Primer Informe de la Comisiòn de Constitución, Legislaciòn y Justicia de la Càmara de Diputados *se señalò que se trataba de los delitos de* "(...) tortura, de genocidio y el desaparecimiento de personas".

Por otra parte, en la Intervenciòn en Sala, Aprobaciòn en particular, Sesiòn 29 ordinaria, 21 de enero de 1998, respecto del efecto de la norma respecto de la ley de amnistia de 1978; se señaló por el H. Diputado Sr. Viera-Gallo que: "En la discusiòn se planteó si esto afecta o no la ley de amnistía de 1978. En la Comisiòn se estableciò claramente que no la altera, porque a esta materia se refiere el acuerdo constitucional a que se llegò cuando se estableciò el Ministerio Pùblico, y este còdigo sòlo regirà a futuro. Es muy importante que en el futuro haya consenso entre nosotros – como lo ha habido– de que hay delitos imprescriptibles e imperdonables por la magnitud del daño causado, no sòlo a la persona individual, sino a la sociedad, por la gravedad de la acción que se sanciona".

Finalmente, debemos dejar constancia que la aprobaciòn de este precepto fue objeto de discrepancia, la que fue zanjada por la Comisiòn Mixta. En el Segundo Informe Comisiòn de Constituciòn, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Discusiòn Particular; articulo 320: "Respecto del inciso final, el H. Senador señor Fernàndez señalò que confunde el sobreseimiento con la prescripción, porque en determinados casos, por ejemplo, en que aparezca la inocencia del imputado o su inimputabilidad, el juez deberá sobreseer, aunque el delito sea imprescriptible. Por lo tanto, el inciso final debiera referirse solamente la causal de la letra d), pero no a las demás. Agregó que, incluso en ese caso, en lo que dice relaciòn con el sobreseimiento, la norma es innecesaria, porque si hay tratado vigente que considera imprescriptibles ciertos delitos, el tribunal deberá aplicarlo directamente y no podrá sobreseer en estos casos.

No compartieron esta apreciaciòn los HH. Senadores señores Hamilton y Viera-Gallo, quienes estimaron que es útil mantener el inciso, pero referido sólo a la prescripciòn y relacionándolo con el artículo 5° de la Constitución.

El H. Senador señor Zurita hizo la salvedad que, entendiendo que hay muchos tratados que establecen la imprescriptibilidad de ciertos delitos y que de acuerdo al artículo 5° ya citado deben aplicarse, a su juicio no consagran la visión adecuada porque significan inmortalizar el rencor. La acción penal debe terminar algùn dìa, por muy grave que sea el delito, como ocurre con los parricidios u homicidios calificados, que sin embargo prescriben.

Sometido a votaciòn el inciso final, la Comisiòn, por mayoría de votos, acordò suprimirlo. Votaron por la supresiòn los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Zurita, quienes señalaron que en el caso de la prescripción es innecesario, por las razones dadas anteriormente, y que puede ser injusto en los demàs casos en que debe proceder el sobreseimiento. Los HH. Senadores Hamilton y Viera-Gallo, fueron partidarios de mantener el precepto, acotàndolo a la prescripciòn y modificando su redacciòn".

En el Tercer Informe de la Comisiòn de Constituciòn, Legislaciòn y Justicia de la Càmara de Diputados en 3er Tràmite Constitucional; Discusiòn Particular artículo 281 se dejò constancia que "La H. Càmara de Diputados, en el primer trámite constitucional, consultò un inciso final, conforme al cual el juez no podrà dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o que no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los nùmeros 1° y 2° del artículo 93 del Còdigo Penal". "Se propone rechazar el artículo para reponer la idea contenida en su inciso final (...)".

El Senado suprimiò este precepto "(...) por estimarlo innecesario, porque si hay tratado vigente que considere imprescriptibles ciertos delitos el tribunal no podrà sobreseerlos, y porque podrìa dar pie a una interpretaciòn injusta, puesto que si, por ejemplo, aparece la inocencia del imputado o su inimputabilidad, el juez deberà sobreseer aunque el delito sea imprescriptible, de manera que con mayor propiedad el inciso final debiera referirse solamente a la causal de la letra d) del mismo artículo, pero no a las demás".

"La Comisiòn Mixta aceptò restablecer el inciso final por la mayoría de sus HH. integrantes, Senadores señores Diez, Hamilton, Silva y Viera-Gallo y los HH. Diputados señoras Guzmán y Soto y señores Elgueta y Luksic, con el voto en contra del H. Senador señor Chadwick, quien optò por mantener los puntos de vista del H. Senado".

2°. Se excluye la limitación del sobreseimiento a causales específicas de extinción de responsabilidad penal como acontece en la causal 4° del artículo 408 contemplada en el Código de Procedimiento Penal, para hacerla extensiva a todos los casos en que de acuerdo con la ley se extingue la responsabilidad penal".[172]

d) Efectos

Los efectos que genera en el proceso el sobreseimiento definitivo son los siguientes:

1°. El sobreseimiento definitivo total, una vez ejecutoriado, pone término al juicio con autoridad de cosa juzgada. Artículo 251 CPP.

El sobreseimiento definitivo total, una vez ejecutoriado, equivale a una sentencia absolutoria, produce cosa juzgada sustancial, y en su contra no procede la revisión (artículos 657 CPP y 1° inciso 2° y 473 CPP).

Excepcionalmente, en el antiguo proceso penal se establece respecto de la acción civil, conforme a lo previsto en el inciso 2° de los artículos 421 y 695, que no se produce el término del proceso penal sólo en caso que se hubiere decretado una amnistía o un sobreseimiento por enajenación mental del acusado, debiendo continuar adelante para el conocimiento y fallo de una acción civil ya entablada. En el actual proceso penal, la regla es general al abarcar todas las causales del sobreseimiento y no sólo la amnistía o enajenación mental, y se aplica sólo en caso de haberse decretado el sobreseimiento una vez comenzado el juicio oral, debiendo continuar en tal caso el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil (artículo 68 inciso final).

El sobreseimiento definitivo parcial una vez ejecutoriado, equivale a una sentencia absolutoria, y produce cosa juzgada substancial respecto de la parte de los delitos o imputados beneficiados con él, pero el proceso debe continuar adelante respecto de los delitos e imputados que no se encuentren comprendidos en el sobreseimiento (artículo 255 inciso 2°).

2°. El tribunal debe poner término a la prisión preventiva cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas.

El artículo 153 en términos obligatorios dispone que "el tribunal deberá poner término a la prisión preventiva cuando dictare sentencia absolutoria y cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas".

Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo previsto en el inciso 2° de ese precepto, el tribunal podrá imponer alguna de las medidas cautelares personales contempladas

[172] En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en la discusión particular del artículo 320, se dejó constancia que "La Comisión optó por no hacer referencia a normas específicas del Código Penal, relacionadas con la extinción de la responsabilidad penal, sino en general a los motivos establecidos en la ley, considerando que hay otras causas legales de extinción de la responsabilidad penal, como es el caso de los acuerdos reparatorios que regula este mismo Código".

en el artículo 155, cuando se consideraren necesarias para asegurar la presencia del imputado. En este caso, debemos entender que la única causal para decretar esa medida cautelar es la de asegurar la presencia del imputado, no siendo admisible en virtud del carácter especial de la norma poder acudir a las otras causales de procedencia previstas en el artículo 140.

3°. Una vez ejecutoriado el sobreseimiento definitivo, debe procederse a la devolución de los libros, papeles y correspondencia recogida.

Lo anterior se desprende del mismo principio establecido en el inciso 1° del artículo 470 del CPP[173], haciéndose presente que su custodia es de responsabilidad del Ministerio Público conforme a lo previsto en el artículo 188 del CPP.

18.2. El sobreseimiento temporal

a) Concepto

El sobreseimiento temporal podemos definirlo sólo como aquella resolución que suspende el procedimiento penal hasta que *"cese la causa que haya detenido la prosecución del juicio"* conforme a lo establecido en el artículo 254 del CPP.[174]

b) Naturaleza jurídica

El sobreseimiento temporal es una resolución que resulta también de difícil asignación dentro de alguna de las resoluciones que contempla el artículo 158 del CPC.

En primer lugar, podemos señalar que claramente no es:

Una sentencia definitiva, porque no resuelve el asunto o cuestión controvertida en el proceso penal, sino que tan sólo suspende la tramitación del proceso penal.

Una sentencia interlocutoria de segunda clase, puesto que no se pronuncia sobre un trámite.

Un decreto, providencia o proveído, porque el tribunal en el sobreseimiento se encuentra emitiendo un pronunciamiento que genera la suspensión del procedimiento.

De acuerdo con lo anterior, algunos han entendido que el sobreseimiento temporal es un auto, porque se pronuncia sobre un incidente sin establecer derechos permanentes a favor de las partes.

Sin embargo, otros han entendido que el sobreseimiento temporal es una sentencia interlocutoria, por cuanto se pronuncia sobre un incidente, estableciendo derechos

---

[173] En este sentido puede consultarse el N° 5 "Destino de los objetos relacionados" del Instructivo N° 44 del Ministerio Público, contenido en el Oficio N° 038 de 24 de enero de 2001 del Fiscal Nacional, contenido en la obra *Reforma Procesal Penal.* Instrucciones Generales N°s. 26 a 50. Págs. 319 y Sgtes. Mayo 2001. Editorial Jurídica de Chile.

[174] Las causales de deficiencia de la investigación consistente en que se presenten mejores datos de investigación que se contemplaban en las causales contempladas en los N°s. 1 y 2 del antiguo Código de Procedimiento Penal no se encuentran actualmente como causales para decretar el sobreseimiento temporal en el nuevo proceso penal en el artículo 254 del CPP.

permanentes a favor de las partes, consistente en que el proceso penal sólo podría ser reabierto en la medida se superen los inconvenientes legales que motivaron que sea él decretado. (Además procede en el antiguo proceso penal si se presenten mejores datos de investigación). En todo caso, esta resolución no produciría cosa juzgada substancial, sino que tan sólo cosa juzgada formal provisional.

En todo caso, debemos tener presente que dicha resolución debe ser fundada a lo menos conforme a la regla general contenida en el artículo 36 del CPP, y por otra parte, se establece expresamente que procede el recurso de apelación en su contra.

c) Requisitos

El requisito de procedencia que debe concurrir para que se dicte el sobreseimiento temporal es uno solo, consistente en que concurra una causal legal, sin que sea necesario para decretarlo que se encuentre agotada la investigación como acontece con el sobreseimiento definitivo.

El artículo 252 del CPP se encarga de establecer las causales para decretar el sobreseimiento temporal. Prescribe ese precepto, que "El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos:

a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171;[175]

b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, y

c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto.[176]

---

[175] Debemos recordar que por regla general, el tribunal penal es el competente para conocer de las cuestiones sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley estime para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor, conforme a lo previsto en el artículo 173 del COT. Los casos excepcionales en que la cuestión civil que no son de competencia son los indicados en los incisos 2° y 3° del artículo 173 y en el artículo 174 del COT.

[176] En el antiguo proceso penal, el artículo 409 de dicho Código se encarga de señalarnos las causales legales por las cuales puede dictarse un sobreseimiento temporal. Al efecto, nos señala ese precepto que "Se dará lugar al sobreseimiento temporal:

1. Cuando no resulte completamente justificada la perpetración del delito que hubiere dado motivo a la formación del sumario;

2. Cuando, resultando del sumario haberse cometido el delito, no hubiere indicios suficientes para acusar a determinada persona como autor, cómplice o encubridor;

3. Cuando el procesado caiga en demencia o locura, y mientras ésta dure;

4. Cuando para el juzgamiento criminal se requiera la resolución previa de una cuestión civil de que deba conocer otro tribunal; y entonces se observará lo prevenido en los artículos 4° de este Código y 173 del Código Orgánico de Tribunales, y

5. Cuando el procesado ausente no comparezca al juicio y haya sido declarado rebelde, siempre que haya mérito bastante para formular acusación en su contra, y sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 604.

Con el objetivo de aclarar que el tribunal oral en lo penal puede dictar sobreseimiento temporal en caso de rebeldía, ya que el artículo 252 originalmente se refería sólo al Juez de garantía, el inciso final del mismo señala que el tribunal de juicio oral en lo penal dictará sobreseimiento temporal cuando el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde de conformidad a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código.

La principal modificación del nuevo sistema procesal penal fue eliminar las causales de sobreseimiento temporal de deficiencias de la investigación para que el procedimiento pudiera seguir adelante.[177-178]

Los efectos que genera en el proceso el sobreseimiento temporal son los siguientes:

1°. El sobreseimiento temporal suspende el procedimiento penal hasta que cese el inconveniente legal que haya detenido la prosecución del juicio (artículo 252 CPP).

Se prevé la reapertura del procedimiento sólo al cesar la causal de sobreseimiento temporal. A solicitud del fiscal o de cualquiera de los restantes intervinientes, el juez podrá decretar la reapertura del procedimiento cuando cesare la causa que hubiere motivado el sobreseimiento temporal (artículo 254).

2°. El tribunal debe poner término a la prisión preventiva cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas.

El artículo 153 prescribe en términos obligatorios que "el tribunal deberá poner término a la prisión preventiva cuando dictare sentencia absolutoria y cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas.

---

[177] En el Primer Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo anterior al artículo 320 se nos señala sobre la materia que: "En el caso del sobreseimiento temporal, que en el sistema actual constituye la forma de término ampliamente mayoritaria, se ha pretendido limitar fuertemente su aplicación, por cuanto se trata de una salida bastante insatisfactoria".

Desde los puntos de vista de la víctima, de la sociedad y del imputado, constituye un fracaso de la investigación –que no se reconoce formalmente– desde el momento que implica mantener un número amplísimo de casos abiertos con todos los problemas de manejo administrativo que ello acarrea, y vigente, indefinidamente, la posibilidad de la persecución penal en contra del imputado, con toda la incertidumbre que ello implica.

El imputado sólo podrá liberarse de esta carga en cuanto sea capaz de probar positivamente su inocencia –con lo cual se produce una distorsión de uno de los componentes básicos de la presunción de inocencia, como es el que la carga de la prueba recae sobre el acusador– o cuando transcurran los plazos de prescripción.

El proyecto propone restringir la utilización del sobreseimiento temporal por falta de antecedentes para continuar la investigación a aquellas situaciones en que exista la expectativa razonable de que ellos aparezcan en el futuro, fijándose, además, un plazo de un año, al cabo del cual el sobreseimiento temporal se transforma en definitivo si los antecedentes esperados no se presentan.

[178] Este plazo se contemplaba en el artículo 323 del texto aprobado por la Cámara de Diputados que fue posteriormente suprimido por el Senado.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo previsto en el inciso 2° de ese precepto, el tribunal podrá imponer alguna de las medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155, cuando se consideraren necesarias para asegurar la presencia del imputado. En este caso, debemos entender que la única causal para decretar esa medida cautelar es la de asegurar la presencia del imputado, no siendo admisible en virtud del carácter especial de la norma poder acudir a las otras causales de procedencia previstas en el artículo 140.

Antes de encontrarse ejecutoriado el sobreseimiento, procede que se otorgue a los procesados la libertad provisional conforme a lo previsto en los artículos 358 N° 1 y 360.

3°. Una vez ejecutoriado el sobreseimiento temporal, debe procederse a restituir los libros, papeles y correspondencia recogida según se desprende del artículo 470, a menos que el Ministerio Público solicitare al juez de garantía la conservación en su poder para que no se frustre la investigación que pueda intentarse más adelante una vez que se supere el inconveniente legal que motivo la suspensión del procedimiento (artículo 171 inciso 2°).

18.3. Tramitación del sobreseimiento

a) Iniciativa

El sobreseimiento, sea definitivo o temporal, total o parcial, puede ser decretado.

a) De oficio por el tribunal, si concurre una causa legal (artículos 10, 250 y 252).

b) A petición del Ministerio Público (artículos 3° Ley Orgánica Ministerio Público y 248 CPP).

c) A petición del imputado (artículo 93 letra f) o de su defensor (artículo 104 CPP).

b) Oportunidad

El sobreseimiento puede ser decretado en cualquier estado del juicio, una vez que se hubiere formalizado la investigación, siempre que concurran los requisitos que se contemplan respecto del sobreseimiento definitivo y temporal.

c) Tramitación

c.a) Tramitación ante el tribunal de primera instancia.

El tribunal sólo puede disponer el sobreseimiento dentro de una audiencia, a la cual deben ser citados todos los intervinientes del proceso conforme a lo previsto en los artículos 40, 71, 109 letra e) y en especial, conforme a lo establecido en el artículo 249 del CPP.

El Fiscal que tuviere a su cargo la investigación sólo podrá proponer el sobreseimiento definitivo y temporal siempre que hubiere escuchado a la víctima y al abogado defensor que ella hubiere designado (artículo 78 letra d) e inciso final).

Frente a la solicitud de sobreseimiento, luego de escuchados los intervinientes en la audiencia citada al efecto, podrá adoptar alguna de las siguientes actitudes:

i) Acoger la solicitud de sobreseimiento, en caso de concordar el tribunal con el tipo de sobreseimiento y la causal invocada;

ii) Sustituir la solicitud formulada, esto es, decretar el tipo de sobreseimiento solicitado definitivo o temporal, pero por una causal distinta de la invocada.

iii) Decretar un sobreseimiento distinto al requerido, esto es, se solicita un sobreseimiento definitivo y se decreta uno temporal o viceversa, y

iv) Rechazar la solicitud de sobreseimiento.

La resolución que se pronuncia sobre el sobreseimiento, sea definitivo o temporal, no es consultable en caso alguno. Debemos hacer presente que el trámite de la consulta ha sido eliminado en el nuevo sistema procesal penal.

La resolución que decreta el sobreseimiento definitivo o temporal es apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 253).

La resolución que rechaza el sobreseimiento definitivo es apelable por parte del imputado (artículo 93 letra f) CPP).

La resolución que decreta el sobreseimiento temporal es apelable conforme a lo establecido en la letra a) del artículo 370 del CPP.

La resolución que rechaza el sobreseimiento temporal no sería apelable, dado que no existe norma especial como en los casos anteriores, y no se encuentra contemplada en los casos en que es procedente el recurso de apelación conforme a lo establecido en el artículo 370 del CPP.

El recurso de apelación debe ser concedido en el solo efecto devolutivo conforme a la regla general prevista en el artículo 355 del CPP, y a la norma especial prevista en el artículo 153 que dispone que debe ponerse término a la prisión preventiva, y en general a toda medida cautelar personal (artículo 155 inciso final) cuando se decretare el sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas. Sin perjuicio de lo anterior, el juez puede decretar una medida cautelar personal de las previstas en el artículo 155 del CPP para asegurar la presencia del imputado.

c.b) Tramitación ante el tribunal de segunda instancia de la apelación

La tramitación del recurso de apelación ante el tribunal de alzada se rige por las normas generales contempladas para la vista de los recursos contempladas en los artículos 356 a 360 del CPP.

19. DECISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO

a) Concepto

Una de las actitudes que puede asumir el Fiscal dentro de los 10 días de cerrada la investigación consiste en comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación (artículo 248 letra c).

Dicha comunicación debe formularla el Fiscal en una audiencia en la cual tienen derecho a participar todos los intervinientes en el proceso.

La decisión de no perseverar en el procedimiento es un decisión exclusiva del Ministerio Público, respecto del procedimiento, que sólo debe ser comunicada al tribunal y demás intervinientes, sin que atendida su naturaleza administrativa puedan deducirse recursos jurisdiccionales en su contra.

b) Tramitación y efectos

El Fiscal, que deseare hacer ejercicio de esta facultad, debe solicitar al tribunal que cite a los intervinientes a una audiencia para los efectos de dárselas a conocer.

Frente a la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, se pueden presentar las siguientes situaciones:

a) El querellante discrepa de la decisión del Fiscal de no perseverar en el procedimiento.

En este caso, el querellante tiene el derecho de solicitarle al tribunal que lo faculte para formular y sostener la acusación dejando, en tal caso, el Ministerio Público de ser parte.

Si el tribunal aceptare esta solicitud del querellante, el procedimiento continuará adelante con él como único acusador, dejando de ser el Ministerio Público parte dentro de éste (artículo 258 inciso penúltimo CPP).

En este caso, no se producen los efectos previstos en el inciso final del artículo 248 del CPP, dado que el procedimiento continúa adelante, sin perjuicio del derecho del imputado de solicitar que se revoquen o modifiquen las medidas cautelares que se hubieren decretado en su contra conforme a la regla general prevista en el artículo 144 del CPP.

b) No existe discrepancia del querellante respecto de la decisión del Fiscal de no perseverar en el procedimiento.

En este evento, el tribunal sólo constata que se ha materializado la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, y debe dictar una resolución en la cual deje constancia que se han producido los siguientes efectos:

b1) Queda sin efecto la formalización de la investigación.

b2) Debe revocar las medidas cautelares que se hubieren decretado, y

b3) La prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido (artículo 248 inciso final CPP).

La gran duda que se ha suscitado en esta materia es si ese procedimiento respecto del cual se ha materializado la decisión de no perseverar en la investigación:

i) Termina.

ii) Queda paralizado en tal estado hasta que no transcurra el plazo de prescripción de la acción penal para que se decrete el sobreseimiento definitivo por ese motivo, o

iii) Solamente queda suspendido en espera de que se presenten nuevos antecedentes para decidir con ellos el Ministerio Público una nueva formalización de la investigación.

La primera interpretación consiste en sostener que el procedimiento termina y no puede volver a iniciarse una investigación por los mismos hechos, lo que importaría que debería dictarse un sobreseimiento definitivo.

Para dictar dicha resolución se aplicaría por analogía el artículo 247 del CPP que contempla la procedencia del sobreseimiento definitivo para el caso en que el fiscal transcurrido el plazo de dos años no se allanare a requerimiento del juez, a petición de cualquiera de los intervinientes a declarar cerrada la investigación, o si se hubiere allanado a cerrar la investigación, no formula el fiscal la acusación dentro del plazo de diez días de cerrada la investigación.

La dictación del sobreseimiento definitivo no es aceptable en este caso por cuanto no se contempla en el texto de la ley como causal para que se decrete.– Además, la dictación del sobreseimiento definitivo contravendría el texto expreso de la ley, dado que se contempla expresamente en este caso que la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido, lo que carecería de todo sentido si tenemos presente que el sobreseimiento definitivo equivale a una sentencia absolutoria que pone término al proceso.[179]

Una variante de esta tesis sería la de sostener que el Ministerio Público debería en tal caso hacer uso de alguna de las salidas alternativas de los artículos 167, 168 y 170 del CPP.

Discrepamos que el ejercicio de la facultad de no perseverar en la investigación conduzca obligatoriamente al Fiscal al ejercicio de una de estas salidas alternativas, dado que todas ellas tienen que cumplir con determinados requisitos legales, los que no necesariamente deben concurrir en relación con el delito respecto del cual se ha ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento.

La segunda interpretación consiste en sostener que producidos los efectos de la comunicación de no perseverar el procedimiento del Ministerio Público no cabe la reapertura de la investigación y sigue corriendo el plazo de prescripción del respectivo delito, pudiendo solicitarse el sobreseimiento definitivo de la causa una vez que haya transcurrido totalmente el mismo.[180]

---

[179] Esta posición contraviene la historia de la ley, dado que expresamente se dejó constancia que en este caso no debe pronunciarse un sobreseimiento definitivo. En efecto, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Discusión Particular; artículo 318, se deja expresa constancia que: *La Comisión* "(...) incluyó una tercera opción para el fiscal, consistente en que comunique la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, esto es, la circunstancia que se contempla al comienzo de la última causal de sobreseimiento definitivo. En tal caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de una decisión del Ministerio Público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al juez de garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que de ella pudiere efectuarse. De esa manera se salvan las inquietudes debatidas en el seno de la Comisión".

[180] HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 587. 2002.

No nos parece razonable que deba siempre permanecer suspendido el procedimiento a la sola espera del transcurso del plazo de la prescripción de un delito, el que ni siquiera debemos entender precisado respecto de los hechos o la participación al haber quedado sin efecto la formalización de la investigación.

Por lo demás, si el argumento de quienes sostienen esta interpretación consiste en que no puede volver a formalizarse nuevamente la investigación dado que con ello se violaría el plazo máximo de dos años de investigación, carecería de sentido dejar en suspenso aquello que no puede volver a reiniciarse, contrariándose la exigencia que el proceso penal debe ir a la solución del conflicto sin dilaciones indebidas.

La tercera interpretación consiste en sostener que materializada la decisión del Ministerio Público de no perseverar el procedimiento sólo se producirían los efectos previstos en el inciso final del artículo 248 del CPP, pudiendo el Ministerio Público formalizar nuevamente la investigación antes del transcurso plazo de la prescripción de la acción penal para los efectos de no ver extinguida la responsabilidad penal, sin que importe en tal caso un deber el ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación conforme a lo previsto en el artículo 168 del CPP.[181-182]

Semejante interpretación, que no pone límite alguno para que se pueda formalizar nuevamente una investigación por parte del Ministerio Público, una vez que ha comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento no parece aceptable, puesto que contraría el plazo máximo de dos años para el cierre de la investigación formalizada, y la eliminación de las causales del sobreseimiento temporal por ineficacia de la investigación.[183]

De acuerdo con ello, estimamos que esta norma es poco clara en su establecimiento y puede contrariar lo establecido en el artículo 247 del CPP en cuanto a la consagración del plazo máximo de dos años para el cierre de una investigación formalizada.

Sobre la materia debemos tener presente, como acertadamente se indica en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 317, que "se explicó que este plazo no tiene que ver estrictamente con la prescripción, sino que busca limitar el período en el cual una persona concreta está sujeta a proceso. Cuando se formulan cargos empieza a correr el plazo. El sobreseimiento definitivo extingue la responsabilidad penal. Actualmente, se puede estar encargado reo dieciséis o veinte años y el Estado se toma

[181] Sobre la materia puede consultarse el Instructivo N° 52, denominado "Sobre audiencias posteriores al cierre de la investigación", contenido en el Oficio N° 106 de 20 de marzo de 2001, del Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal.* Instrucciones Generales N°s. 51 a 75. Marzo-septiembre 2001. Págs. 27 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. Abril 2002.

[182] Véase en contra Carocca Pérez, Álex. *El nuevo sistema procesal penal.* Pág. 201. Editorial Jurídica La Ley. 2003. Santiago. Chile.

[183] En este sentido puede consultarse Horvitz L., María Inés y López Masle, Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 587. 2002.

el derecho de perturbar los derechos del sujeto, ilimitadamente, para investigar. Con esto es con lo que se quiere terminar".

De acuerdo con ello, nuestra posición es que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento produce el efecto de obligar al tribunal de dictar una resolución, en la cual debe dejar sin efecto la formalización de la investigación y consecuencialmente, revocar las medidas cautelares que se hubieren decretado.

Esta resolución es una sentencia interlocutoria, puesto que está resolviendo un incidente, estableciendo derechos permanentes en beneficio de las partes, y produce el efecto de cosa juzgada formal provisional.

En otras palabras, el Ministerio Público no puede volver a formalizar una nueva investigación y a solicitar que se decreten medidas cautelares en contra de un imputado si no se presentan nuevos antecedentes, diversos a aquellos que se contienen en la investigación en que se decidió no perseverar en el procedimiento.

Admitir que, con los mismos antecedentes de la anterior investigación en que no se perseveró, se permita que el Ministerio Público formalice nuevamente la investigación, en la cual él mismo decidió lo contrario, importa un acto inadmisible de aceptar fundado en la teoría del acto propio y, además, no podría decretarse una medida cautelar en contra del imputado sin nuevos antecedentes, porque con ello contravendría la cosa juzgada formal provisional que emana de la resolución que revocó las medidas cautelares decretadas en el procedimiento en el que no se perseveró.

Este criterio ha sido recogido en el Oficio N° 556-03 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público al recomendar a los fiscales que, *en los casos en que hayan ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento sólo vuelvan a formalizar la investigación contra el mismo imputado y los mismos hechos cuando tuvieren antecedentes suficientemente contundentes y que realmente puedan justificar dicha decisión.*[184]

Con esta interpretación creemos que claramente se concilian los derechos del imputado con los de la persecución penal que debe efectuar el Estado.

Por un lado, el imputado ve revocadas las medidas cautelares que le afectaban en su libertad personal con motivo de la investigación en que no se perseveró y se pone como límite que no podrán decretarse nuevamente en una nueva investigación si es que no se presentan nuevos antecedentes.

Por otra parte, la ineficacia del Estado en la investigación no puede conducir a la prescripción de la acción penal antes del transcurso del plazo previsto por el legislador, pero no puede pretenderse formalizar nuevamente la investigación y pedir nuevas medidas cautelares en contra del imputado si es que no se presentan nuevos y diversos antecedentes a aquellos que se recopilaron en la anterior investigación en la cual no se perseveró.

Finalmente, consideramos riesgoso sostener que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento conduce a un sobreseimiento definitivo

[184] HERRERA SEGUEL, Marta. "Conclusión de la etapa de Investigación". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Septiembre 2004.

o a la imposibilidad de reapertura de una posterior investigación, dado que con ello se permitiría burlar la aplicación del principio de oportunidad reglado contemplado en el artículo 170 del CPP, y arribar a una aplicación de un principio de oportunidad discrecional encubierto no aceptado por nuestro legislador.

Bajo la argucia de la decisión de no perseverar en la investigación llegaríamos a un principio de oportunidad discrecional, que jamás podría ser controlado por parte del juez, y por otra parte, carecería de todo sentido contemplar la existencia de causales para decretar un sobreseimiento definitivo o temporal, dado que resultaría mucho más eficaz para el Ministerio Público adoptar la decisión de no perseverar en el procedimiento.

Por otra parte, a fin que las decisiones de no perseverar en la investigación revistan un fundamento plausible y no se produzca una utilización distorsionada del mecanismo, se estima que las decisiones de no perseverar en el procedimiento deberán ser sometidas al conocimiento del fiscal jefe de cada fiscalia local y, en caso de que los hechos correspondieren a un delito que mereciere pena aflictiva, deberán pasar por la revisión del fiscal Regional correspondiente, criterio impartido por Oficio N° 556-04 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.[185]

Para concluir, debemos señalar que consideramos posible que se ejerza la facultad de no perseverar en la investigación por parte del Ministerio Público sin que previamente se haya formalizado la investigación, como acontecería en el caso en que se admitiera a tramitación una querella sin que pueda hacerse uso del mecanismo del archivo provisional o cualquier otra situación en que puede haberse producido la intervención del juez de garantía sin haberse formalizado la investigación.

En todo caso, si el Ministerio Público decide no perseverar en la investigación y luego decide realizar una nueva formalización, deberá seguirse contando el plazo de dos años originales, de manera que el fiscal contará sólo con el plazo residual que restaba para enterar los dos años originales de la investigación en que comunicó la decisión de no perseverar. Esta es la única interpretación admisible, porque con ello se evita la mantención artificial e indefinida de una investigación, violando el límite de dos años contemplados por el legislador.[186]

Estamos ciertos que el efecto de la comunicación de no perseverar en el procedimiento consistente en que el tribunal deje sin efecto la formalización de la investigación contemplado en el inciso final del artículo 248, daría la impresión que si no se hubiere producido la formalización no cabría adoptar semejante decisión, y que de acuerdo con ello, debería el Ministerio Público formalizar la investigación para posteriormente comunicar su decisión de cerrar la investigación, y luego, comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento.

---

[185] HERRERA SEGUEL, Marta. "Conclusión de la etapa de Investigación". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Septiembre 2004.

[186] NOVOA ZEGERS, Juan Pablo. "Análisis de la Facultad del Ministerio Público de no perseverar en la investigación". *Revista Procesal Penal* N° 27. Págs. 13 y Sgtes. Noviembre 2004.

La interpretación que debe darse al procedimiento penal debe ser siempre lógica y garantista, siendo esencial para mantener vigente un procedimiento penal que existan antecedentes ciertos que le permitan avanzar, no siendo lógico por ello, que para adoptar decisiones que conducen a su cierre por falta de antecedentes como ocurre en la decisión de no perseverar en el procedimiento, en cierto modo equivalente a la del archivo provisional, deba exigirse que previamente se adopten decisiones que si importen la existencia de determinados antecedentes como acontece en la formalización de la investigación; y que además, se fuerce por el juez al Ministerio Público a ejercer una facultad que se ha considerado en cuanto a su ejercicio como atribución facultativa y exclusiva del Ministerio Público y no del órgano jurisdiccional.[187]

Por lo demás, semejante interpretación de imposibilidad de aplicar la decisión de no perseverar en el procedimiento nos llevaría al absurdo que producida la intervención del juez de garantía, sin que se hubiere formalizado la investigación, ella podría no terminar nunca al no poderse aplicar ninguna de las tres situaciones previstas en el artículo 229 del CPP.

De acuerdo con lo anterior, debemos concluir que siempre es posible ejercerse esta facultad por parte del Ministerio Público, se haya formalizado o no la investigación, y el efecto de la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento de dejar sin efecto la formalización de la investigación se producirá sólo en el evento en que ella se hubiere verificado, y lo mismo acontecerá con las medidas cautelares, sean personales o reales que se hubieren decretado, sin que pueda ser aceptable ocurrírsenos que necesariamente también deberían ellas haberse decretado para poderse ejercerse la decisión de no perseverar en el procedimiento.

Como conclusión, debemos señalar que el procedimiento penal sólo avanzará de la etapa de investigación a la audiencia de preparación de juicio oral o etapa intermedia en la medida en que se hubiere formalizado la investigación y luego de su cierre, se hubiere formulado una acusación por parte del fiscal, o por el querellante en lugar del fiscal en el caso de forzamiento de la acusación conforme a lo previsto en el artículo 258.

Con ello se logra además respetar el principio de la congruencia en la sentencia que se debe dictar respecto de la pretensión punitiva. Dicho principio exige que la acusación se formule respecto de hechos y personas respecto de las cuales se hubiere formalizado la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica (artículo 259 inciso final), y por otra parte, que la sentencia condenatoria que se dicte no exceda el contenido de la acusación, lo que implica que no se puede condenar por

[187] En este sentido, se pronuncia HERRERA SEGUEL, Marta. "Conclusión de la etapa de Investigación". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Septiembre 2004. En el mismo sentido, NOVOA ZEGERS, Juan Pablo. "Análisis de la Facultad del Ministerio Público de no perseverar en la investigación". *Revista Procesal Penal* N° 27. Págs. 13 y Sgtes. Noviembre 2004.

hechos o circunstancias no contenidos en ellos (artículo 341), y además, aunque resulte obvio, a personas respecto de las cuales no se hubiere formulado una acusación.[188]

20. LOS MECANISMOS DE ACELERACION DE LA INVESTIGACION: PLAZO PARA FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN; PLAZO PARA CERRAR LA INVESTIGACIÓN, Y JUICIO INMEDIATO

Conforme lo que se ha desarrollado hasta aquí y antes de referirnos a la etapa intermedia, estimamos necesario hacer un alto a fin de recapitular brevemente sobre aquellos mecanismos que permiten "acelerar" la investigación y el proceso.

Las actividades de investigación dentro del procedimiento se desarrollan por parte del titular exclusivo de su dirección, en forma flexible y autónoma. Los intervinientes se encuentran facultados para proponer diligencias y asistir a ellas, pero se realizan aquellas que los fiscales estimen conducentes al éxito de las pesquisas, y ello sin perjuicio de la apertura excepcional de la investigación, una vez cerrada, en aquellos casos en que se hubieren propuesto y desestimado por el fiscal. El juez de garantia es el órgano jurisdiccional encargado del control de las garantías individuales durante la etapa de investigación, cuya función es conferirles tutela frente a los actos de investigación, cuando ello sea necesario, o afectarlas en el menor grado posible en caso de ser indispensable, conforme a los fines del procedimiento.

Como hemos visto el legislador no impone al imputado o a los restantes intervinientes la carga de permanecer inactivos a la sola espera de las decisiones de los fiscales en el desarrollo de la investigación, sino que les confiere en su transcurso una serie de derechos que permiten su avance y el del proceso. Sin perjuicio de aquellos que hemos analizado en los apartados pertinentes, hemos de señalar que el legislador les establece diversos mecanismos a través de los cuales se permite acelerar la investigación, lo que se produce básicamente al reconocerle el derecho a que la investigación se formalice, a que una vez formalizada, ésta se cierre y a utilizar mecanismos de más expedita resolución, a través del juicio inmediato y otros procedimientos especiales.

Comparten estos mecanismos la premisa básica en orden a que el juzgamiento debe desenvolverse sin dilaciones innecesarias, garantía que unida a la presunción de inocencia, justifican el establecimiento de los mismos. Pero al mismo tiempo debe

---

[188] Al respecto se ha fallado, que sin perjuicio de que con la prueba rendida y a la que se ha hecho referencia, especialmente a los dichos de los funcionarios policiales y a la evidencia material incorporada consistente, precisamente, en dicha arma, se puede establecer que en poder del acusado se encontró la misma, deberá dictarse sentencia absolutoria respecto de este ilicito. En primer término, por cuanto la tenencia de un arma de fuego en poder del acusado, sin que la misma esté inscrita a su nombre no fue materia de la imputación fáctica de la acusación fiscal, de lo que sigue que no puede este tribunal emitir un pronunciamiento condenatorio a este respecto, desde que si lo hace, incurriria en una flagrante violación al principio de congruencia entre la acusación y el fallo establecido en el inciso primero del artículo 341 del Código en virtud del cual la sentencia condenatoria no puede exceder del contenido de la acusación. Corte de Apelaciones de Antofagasta. 16.11.2002. Rol 44-2002. *Revista Procesal Penal* N° 5. LexisNexis. Pág. 55. Enero de 2003.

considerarse que ellos no sólo se encuentran establecidos en beneficio del imputado, sino que también del persecutor y de la administración de justicia en general.

a) Forzamiento al establecimiento de un plazo para la formalización

La formalización de la investigación constituye una facultad para el fiscal de la causa, lo que éste realizará cuando considerare oportuno requerir la intervención judicial, sin perjuicio de aquellas situaciones en las que se encontrará forzado por imperativo legal, ya sea porque se debiere requerir la autorización del juez de garantía para la práctica de determinadas diligencias de investigación, debiere requerir la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares. Lo anterior se entiende sin perjuicio de aquellas situaciones excepcionales previstas por el legislador.

Ahora bien, sin perjuicio de que la oportunidad de la formalización de la investigación constituye una facultad para el fiscal, el legislador no impone al imputado no formalizado la carga de permanecer inactivo a la sola espera de la decisión unilateral del fiscal, ya que es posible que el fiscal llegue a encontrarse obligado a formalizarla en virtud de una orden judicial.

En efecto, conforme a la facultad prevista en el artículo 186, cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de dicha investigación. También podrá el juez fijarle un plazo al fiscal para que formalice la investigación.

Formalizada la investigación se generan una serie de efectos, entre ellos comienza a computarse el plazo legal máximo para que el fiscal la declare cerrada.

b) Plazo judicial para el cierre de la investigación

Una vez que se ha verificado la formalización de la investigación, de pleno derecho comienza a correr el plazo de dos años para declarar el cierre de la investigación, conforme a lo previsto en el artículo 247.

Sin embargo el juez de garantía, ya de oficio o a petición de los intervinientes y oyendo al Ministerio Público puede fijar en la audiencia de formalización un plazo inferior para que dicho cierre se verifique (artículos 234 y 247). Esta posibilidad constituye un importante mecanismo para asegurar que la investigación se desarrolle en un plazo razonable, garantía del procedimiento que resulta fundamental en todo juzgamiento, pero especialmente si pesan sobre el imputado medidas cautelares. Para la fijación de un plazo menor a dos años se debe considerar la complejidad del asunto; la actividad procesal desplegada por el Ministerio Público el imputado y terceros; los lugares en que deberán realizarse las actuaciones, etc.

Se trata en este caso de un plazo judicial, que el tribunal se encuentra facultado, no obligado, a establecer, cuestión que procederá cuando éste lo considere necesario para cautelar las garantías de los intervinientes y las características de la investigación lo permitan. Conforme a su naturaleza judicial, el plazo inferior concedido puede

prorrogarse, conforme a las reglas generales, teniendo siempre como límite máximo el término legal de 2 años contados desde la formalización.

Una vez cumplido el plazo legal o judicial de investigación, el fiscal debe cerrarla (artículo 247). Si el fiscal no declarare cerrada la investigación en el plazo señalado, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre. Para estos efectos el juez citará a los intervinientes a una audiencia y, si el fiscal no compareciere a la audiencia o si, compareciendo, se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.[189]

c) Juicio inmediato (artículo 235)

El juicio inmediato constituye un mecanismo de aceleración del procedimiento de que dispone el fiscal cuando cuente con los antecedentes necesarios y suficientes para llevar el caso a juicio oral, haciendo innecesaria una prolongación en trámites y en tiempo, por lo que constituye una eficiente herramienta de economía.

En la audiencia de formalización, el fiscal puede solicitar al juez que la causa pase directamente a juicio oral. Si el juez acoge la solicitud del Ministerio Público, en la misma audiencia el fiscal debe formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. En misma audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente, indicando las pruebas de que piensa valerse. El imputado por su parte puede realizar alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez de garantía dicta el auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dicte en virtud de las normas señaladas no serán susceptibles de recurso alguno.

d) Procedimientos simplificado y monitorio

Finalmente hemos también de considerar como mecanismos que permiten proceder de forma más expedita en la resolución de los asuntos, los procedimientos especiales simplificado y monitorio, a los cuales nos referiremos en los apartados respectivos.

21. La etapa intermedia o preparación de juicio oral

a) Reglamentación

La etapa intermedia o preparación de juicio oral se encuentra reglamentada en el Título II del Libro II del CPP, que comprende los artículos 259 a 280.

---

[189] Salas Astrain, Jaime. *Problemas del proceso penal. El plazo de cierre de la investigación y el control judicial de ella.* Págs. 89 y Sgtes. Librotecnia. 2009.

b) Concepto

La etapa intermedia o preparación de juicio oral es aquella fase del procedimiento que se desarrolla ante el juez de garantía[190], y que tiene como finalidades:

i) Determinar el objeto de la litis, mediante la acusación fiscal, adhesión a la acusación o acusación particular del querellante, demanda civil de la víctima en contra del imputado y las defensas que ante ellas deseare en esta etapa formular el imputado;

ii) Depurar el procedimiento obligando a que se hagan valer y se resuelvan todos los vicios procesales que pudieren afectarlo antes de su paso a la etapa de juicio oral;

iii) Probatorias, consistentes en determinar el objeto de la prueba en el juicio oral y los medios de prueba que podrán ser usados en el mismo; establecer los hechos que deberán darse por probados en el juicio oral mediante las convenciones probatorias; y determinar los medios de prueba que no podrán ser utilizados por referirse a hechos impertinentes, ser nulos, ilícitamente obtenidos o ser reiterativos, y

iv) Búsqueda de consensos o justicia consensuada mediante las salidas alternativas respecto de la pretensión penal; la conciliación respecto de la pretensión civil; la aplicación del procedimiento abreviado respecto del procedimiento aplicable.

c) Objetivo de la Etapa Intermedia

Sobre la materia, debemos tener presente que la etapa intermedia o etapa de preparación de juicio oral tiene propósitos distintos en el derecho comparado a aquellos que se contemplan en nuestro nuevo sistema procesal penal.

Al respecto, se nos ha señalado que, "en general, en el derecho comparado, este procedimiento intermedio tiene por objeto evaluar si se va a ir al Juicio Oral, pues existe clara conciencia de lo que significa ser sometido a un Juicio Oral, que es, paradojal y simultáneamente, la mayor garantía que ofrece el nuevo sistema, es el núcleo del Juicio, pero al mismo tiempo, no se puede desconocer que es el paso más próximo a una condena penal, de modo que presenta estas peculiaridades casi contradictorias. Esta característica es la que explica que, en otros ordenamientos, se evalúe en una instancia preliminar si resulta o no procedente, que el sujeto sea sometido o no a un Juicio Oral.

Esto es distinto en Chile, porque aquí seguimos de manera relativamente importante, el ejemplo que nos proponía el Código de Proceso Penal modelo para Iberoamérica, que si bien es cierto, está inspirado en la ordenanza procesal penal alemana mayoritariamente, en este capítulo, tiene la forma que adoptó el régimen chileno, o sea, no somete la decisión del Juicio Oral a una instancia preliminar.

[190] El tribunal competente para el conocimiento de la etapa preparatoria es el juez de garantía, cuestión que presenta evidentes críticas, desde que es el mismo tribunal que estuvo a cargo del control de los actos de investigación.

La cuestión es particularmente compleja por cuanto se amarra con esta idea acusatoria, porque quien resuelve si somete o no a una persona a Juicio Oral, es un órgano estatal de la persecución penal, en Chile, el Ministerio Público.

Si se dejara librada la decisión a un órgano jurisdiccional, se restaría parte importante de la potestad persecutoria, pero más grave aún, se entregaría al órgano de la jurisdicción, una actividad persecutoria acusatoria propia de un sistema inquisitivo.[191]

En consecuencia, en la audiencia de preparación de juicio oral y de auto de apertura de juicio oral no existe un control del mérito por parte del juez de garantía para decidir si es procedente que se celebre o no un juicio oral, sino, como lo indica la denominación de esta fase, solamente se persigue que el juez de garantía prepare el juicio oral, determinando el objeto de la litis y las pruebas que se van a rendir durante el mismo.

d) Etapas

Respecto de la fase intermedia o de preparación del juicio oral podemos distinguir tres etapas:

a) Una etapa escrita.

b) Una etapa oral o la audiencia de preparación de juicio oral, y

c) El auto de apertura de juicio oral.

a) La etapa escrita se encuentra conformada por los escritos de acusación fiscal, adhesión a la acusación o acusación particular, y demanda civil, y eventualmente por los escritos de excepciones de previo y especial pronunciamiento y de defensa del acusado.[192]

b) La etapa oral o la audiencia de preparación de juicio oral, que se sigue oralmente ante el juez de garantía, persigue diversos objetivos de gran trascendencia para el juicio oral, como son los de fijación y depuración de la litis, instar por la conciliación y acuerdos reparatorios; resolver acerca de la aplicación del procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento que se le solicitare; determinación de la prueba a rendir y aquella que debe ser excluida de la ofrecida por las partes, instar por las convenciones probatorias y pronunciarse acerca de la procedencia de rendir la prueba anticipada que se le solicitare.

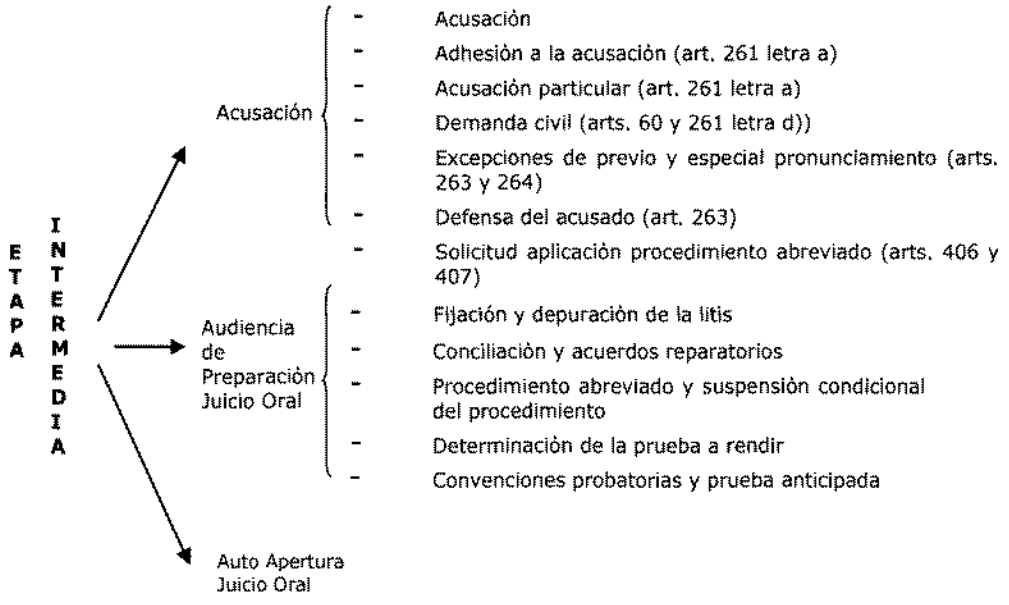
c) Finalmente, el auto de apertura de juicio oral es la resolución más relevante que se dicta en esta etapa, por cuanto es la que da paso a la fase más trascendente del proceso como es el juicio oral, determinando cuál será el objeto del mismo y las

[191] TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho. 2004.

[192] Sobre el particular, debemos tener presente como acertadamente se ha señalado, que en nuestro nuevo procedimiento oral, como en todos los procedimientos orales del derecho comparado, los actos de postulación son escritos y por eso no debe sorprender que en el procedimiento caracterizado por la oralidad, la acusación, la querella, la demanda, la contestación van a ser escritos, lo que no pone en abierta contradicción el principio de la oralidad. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho. 2004.

pruebas que las partes podrán rendir dentro del mismo. Aun cuando el auto de apertura de juicio oral debe ser dictado antes de terminar la audiencia de preparación de juicio oral, lo hemos tratado en forma separada porque esta resolución mantiene una identidad propia y es el único antecedente que por regla general sirve de base para la realización del juicio oral.

Las diversas posibilidades que pueden presentarse durante el desarrollo de esta fase de investigación, pueden ser graficadas de la siguiente forma



21.1. La etapa escrita de la preparación del juicio oral

21.1.1. La acusación fiscal

a) Concepto

La acusación fiscal es el escrito que debe presentar oportunamente el fiscal ante el juez de garantía, señalando claramente los delitos y la participación que se atribuye al acusado por los cuales solicita la aplicación de una pena determinada, determinando en forma clara y precisa los medios de prueba que hará valer en el juicio oral.

b) Oportunidad

Declarada cerrada la investigación por el fiscal, dentro de los diez días siguientes, podrá adoptar una de las siguientes actitudes:

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

En consecuencia, el fiscal debe presentar la acusación dentro de los 10 días siguientes a aquel en que hubiere declarado cerrada la investigación (artículos 247 inciso 4° y 248 inciso 1°).

Si transcurrido este plazo el fiscal no hubiere deducido la acusación, el juez de oficio o a petición de alguno de los intervinientes citará a la audiencia prevista en el artículo 249 y dictará sobreseimiento definitivo en la causa (artículo 247 inciso 5°).[193]

c) Contenido de la acusación fiscal

Para formular una acusación se debe poseer una "teoría del caso", la que "en suma no es más que nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en juicio.

"Nuestra versión acerca de lo que realmente ocurrió es un proceso que comienza muy al principio de nuestra preparación para el juicio. Todo nuestro esfuerzo de preparación se focalizará precisamente en probarla y desfigurar la de la contraparte (que deberemos haber anticipado ya). La elaboración de la teoría del caso exige típicamente: revisar los elementos de las alegaciones de cada parte; determinar los hechos clave que han sido controvertidos y que en consecuencia están en disputa; y los testigos y prueba material de que nuestra contraparte se puede servir en apoyo de su versión de ellos, sí como la prueba de que dispondremos para apoyar nuestra versión; investigar todo posible incidente relativo a la legalidad de las pruebas obtenidas o de su presentación en juicio, de manera de poder anticipar realistamente en torno a qué prueba se resolverá en definitiva el caso; finalmente, revisar toda la prueba admisible con que cuenta uno y la contraparte, de manera de poder identificar las fortalezas y debilidades del arsenal probatorio de cada cual. Hecho esto, estaremos en condiciones de esbozar una teoría del caso que exponga las debilidades del oponente, minimice las debilidades propias, explote las propias fortalezas y minimice las de nuestra contraparte. Construir una teoría del caso, en consecuencia, es un proceso que va y viene a lo largo de las etapas previas al juicio oral, alterándose en la medida que nuestro conocimiento del caso se va modificando.[194]

La acusación de fiscal será formulada por escrito, *y deberá contener en forma clara y precisa*[195]:

---

[193] En este sentido, consultar sentencia Corte Apelaciones de Antofagasta. 18.12.2002. Rol 173. *Revista Procesal Penal* N° 6. LexisNexis. Pág. 31. Febrero de 2003.

[194] BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba.* Pág. 97. Universidad Diego Portales. 2004. En el mismo sentido, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El juicio oral.* Pág. 103. Editorial Metropolitana. 2003. Santiago. Chile.

[195] Artículo 259.

a) La individualización de el o los acusados y de su defensor.

b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica.

Estas dos primeras exigencias constituyen una manifestación del principio de congruencia, que a su vez cautela el derecho de defensa[196], en cuanto requiere que la imputación penal sea precisa y determinada. Es deber del tribunal, entonces, velar por la identidad del objeto del proceso, tanto desde el punto de vista material (mismos hechos), como personal (mismos sujetos formalizados). La descripción fáctica realizada por el Fiscal en la formalización es de gran trascendencia, ya que contiene la teoría del caso y determina los hechos y personas respecto de los cuales puede posteriormente acusar.[197]

c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal.

En otras palabras, deben narrarse las circunstancias fácticas que permiten al fiscal esgrimir la concurrencia de circunstancias agravantes y también las atenuantes, conforme al principio de objetividad que debe regir su actuación.

d) La participación que se atribuyere al acusado.

Esta materia también es un tema de calificación jurídica de los hechos que debe describir el fiscal en su acusación, por lo que necesariamente deberá señalar el actuar o la omisión en que ha incurrido el acusado y la atribución de autoría, complicidad o encubrimiento que le atribuye conforme a las normas que regulan la participación en el Código Penal.

e) La expresión de los preceptos legales aplicables.

En esta materia, la principal exigencia consiste en requerir del Fiscal que señale en forma clara y precisa las normas legales que tipifican como delito los hechos por él descritos y que permiten atribuirle un grado de participación al acusado en ellos.

f) El señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público pensare valerse en el juicio;

Si el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones.

En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades y se acompañará el informe pericial conforme a lo previsto en el artículo 316.

Respecto de los demás medios de prueba como documentos, objetos, y otros medios atípicos o innominados bastará con que los mencione expresamente uno a

[196] En este sentido, consultar sentencia Tribunal Juicio Oral Viña del Mar. 23.8.2005. *Revista Procesal Penal* Nº 38. LexisNexis. Págs. 110 y Sgtes. Agosto 2005.

[197] CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos.* Pág. 27. Librotecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile.

uno, señalando la materia que desea ser probada, sin que sea admisible que realice una mención genérica, como la relativa a que me valdré de la prueba documental o acompañare los instrumentos públicos o privados que sean pertinentes durante la audiencia del juicio oral.

Con ello se violaría el derecho de defensa del acusado al no conocer las pruebas que se rendirán en su contra para preparar la defensa, y por otra parte, la mención genérica impediría que el tribunal pudiera efectuar el control de la pertinencia, utilidad y licitud de la prueba que debe realizarse en la audiencia de preparación de juicio oral.

De acuerdo con ello, se ha señalado certeramente que "en cuanto al señalamiento de los medios de prueba el Código no se extiende, limitándose a decir que los testigos y peritos deben individualizarse, pero en estricto rigor, el señalamiento de los medios es más exigente que el sistema tradicional, porque los testigos, documentos, peritos, tienen que asignárseles una finalidad probatoria (testigo tal para que declare sobre la conducta anterior del imputado, acompaño escritura pública tanto para acreditar que la persona es deudor o dueño de...)".[198]

g) La pena cuya aplicación se solicitare, y

h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Esta es una de las oportunidades para plantear la aplicación del procedimiento abreviado. Sin embargo, la falta de ejercicio de esta facultad en esta oportunidad no hace precluir la facultad, sino por el contrario, lo normal será que el Fiscal no plantee esta posibilidad en su escrito de acusación, sino que haga uso de esta facultad en la otra oportunidad establecida en la ley, que es en la audiencia de juicio oral.

En efecto, en la audiencia de juicio oral el fiscal puede solicitar verbalmente la aplicación del procedimiento abreviado, permitiéndose por la ley a éste y al acusador particular modificar sus acusaciones originales, así como la pena solicitada, para ajustarlas a los requerimientos legales que hacen posible la aplicación del procedimiento abreviado (artículo 407).

i) En virtud de lo dispuesto en el artículo 22 inciso 4° de la Ley N° 20.000, el fiscal debe expresar también en la acusación (en su caso en la formalización) si la cooperación prestada por el acusado ha sido eficaz.[199]

---

[198] TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho. 2004.

[199] Conforme lo dispone el artículo 22 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Continúa nota

Finalmente, debe acompañarse por parte del fiscal a la acusación la totalidad de los antecedentes acumulados durante la investigación, dado que ellos deben encontrarse a disposición del acusado en el tribunal de garantía a partir de la fecha de notificación de la acusación (artículo 260 última parte).[200]

d) Limitación en cuanto al contenido de la acusación

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica (artículo 259 inciso final).

Al respecto se ha señalado que la acusación está limitada por la formalización de la investigación, o sea, no se puede acusar por hechos que no fueron objeto de la formalización, ni se puede acusar a personas respecto de las cuales la investigación no se formalizó. Esto va generando el mecanismo de la congruencia procesal, que consiste en que la sentencia no puede exceder los límites de la acusación (en cuanto a hechos y sujetos involucrados) y a su vez, la acusación viene enmarcada por la formalización. Si el sentenciador, el Tribunal del Juicio Oral, excede los términos de la acusación, habrá una causal específica del recurso de nulidad para invalidar la sentencia.[201]

21.1.2. Resolución que debe dictar el juez de garantía respecto de la acusación fiscal y notificación de ella

El juez de garantía debe dictar la resolución dentro de las 24 horas de recibida la acusación.

Continuación nota [199]

Tratándose del delito contemplado en el artículo 16, es decir la asociación u organización para cometer alguno de los delitos de la ley, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.

Para tales efectos, el Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero de la norma.

Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento.

La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.

[200] No existe la obligación de entregarle al imputado tales antecedentes, sino acompañarlos a la acusación y dejarlos a su disposición en el tribunal.

[201] TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho. 2004.

En dicha resolución el juez de garantía debe disponer la notificación de la acusación y de la resolución recaída en ella a todos los intervinientes, citándolos a una audiencia de preparación de juicio oral para un día y hora determinado.

La audiencia de preparación de juicio oral deberá llevarse a efecto no antes de 25 días ni después de 35 días desde la fecha de dictación y notificación de la resolución que cita a todos los intervinientes a la audiencia de juicio oral.

El Ministerio Público será notificado en sus oficinas y los demás intervinientes serán notificados por cédula a través de sus mandatarios, a menos que la ley o el tribunal dispongan que se notifique también directamente a él.

El acusado debe ser notificado con 10 días de antelación a la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 260 y 262), debiendo si se encuentra privado de libertad efectuársele la notificación en el establecimiento penal (artículo 29).

21.1.3. Actitudes que eventualmente puede asumir el querellante luego de habérsele notificado de la acusación fiscal

En la materia, resulta trascendente establecer que sólo el querellante puede adherir a la acusación o formular una acusación particular, no bastando para ello revestir sólo el carácter de víctima.

En consecuencia, la víctima que desee actuar como parte activa respecto de la pretensión penal en el juicio oral y rendir su propia prueba dentro del mismo, debe presentar una querella oportunamente, y con posterioridad, proceder a adherirse a la acusación o formular su acusación particular.

De acuerdo con ello, sólo el querellante, luego de habérsele notificado la acusación fiscal, hasta 15 días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación de juicio oral[202], podrá por escrito, asumir alguna de las siguientes actitudes:

a) Adherirse a la acusación fiscal
b) Formular una acusación particular
c) Deducir demanda civil
d) No comparecer

a) Adherirse a la acusacion fiscal

De conformidad a lo previsto en la letra a) del artículo 261, el querellante puede adherir a la acusación del Ministerio Público, lo que hará cuando comparta la califi-

[202] Este plazo de 15 días para evacuar el traslado conferido respecto de la acusación fiscal presenta las características de ser un plazo continuo, porque se trata de un plazo de días establecido para actuaciones en el proceso penal, sin perjuicio de que si el ultimo día venza en feriado se considere ampliado hasta las doce de la noche del día siguiente hábil; legal, y por lo tanto por regla general fatal e improrrogable (artículo 14), salvo los casos establecidos en el artículo 17, sin que se considere ampliación alguna en atención a volumen de los antecedentes de la investigación acompañados por el Ministerio Público.

cación jurídica de los hechos, participación y circunstancias que se hubiere efectuado en la acusación fiscal como la pena que se hubiere solicitado aplicar al acusado.

Este trámite de adhesión a la acusación es el más simple de todos, puesto que lo único que hace el querellante en este caso es manifestar por medio de la presentación de un escrito su voluntad de hacer suya la acusación de oficio formulada por parte del tribunal.

b) Presentar una acusación particular

De conformidad a lo previsto en la letra a) del artículo 261, el querellante puede acusar particularmente.

En este segundo caso, el querellante podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación. Adicionalmente, si desea rendir prueba en el juicio oral debe señalar los medios de prueba y presentar la lista de testigos y de peritos de la misma forma que el Ministerio Público (artículo 261 letra c).

La acusación particular deberá dar cumplimiento a los mismos requisitos que se contemplan en el artículo 259 respecto de la acusación fiscal del Ministerio Público.

Si el querellante formula una adhesión a la acusación o formula una acusación particular, podrá también señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección (artículo 261 letra b).

Una situación particular podría existir en el evento que se hubiere forzado la acusación, caso en el cual no existirá acusación fiscal, sino sólo la acusación particular del querellante

c) Deducir demanda civil

El querellante junto con deducir la adhesión a la acusación o acusar particularmente, puede si es la víctima y ha experimentado perjuicios con la comisión del delito, deducir una demanda civil sólo en contra del imputado (artículo 261 letra d).

La demanda civil en el procedimiento penal deberá interponerse por escrito y cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación, deberá contener la indicación de los medios de prueba, en los mismos términos expresados en el artículo 259 respecto de la acusación fiscal del Ministerio Público (artículo 61) y debe solicitar la mantención de las medidas cautelares reales que se hubieren otorgado durante el curso de la investigación (artículo 156).

d) No comparecer

Si el querellante no comparece adhiriendo a la acusación fiscal o formulando una acusación particular en la oportunidad contemplada en la ley, el tribunal de oficio o

a petición de cualquiera de los intervinientes declarará abandonada la querella por quien la hubiere interpuesto (artículo 120 letra a), lo que significa que el querellante dejará de ejercer los derechos que en esa calidad le confiere la legislación procesal penal. En otras palabras, deja de ser querellante y por ello parte en el proceso penal, sin perjuicio de poder continuar interviniendo ejerciendo los derechos de víctima si tuviere dicha calidad.

Por otra parte, si el querellante no dedujere demanda civil se considerará como no interrumpida la prescripción de la acción civil que se hubiere producido con motivo de la preparación de la demanda civil que hubiere realizado con posterioridad a la formalización de la investigación (artículo 61 inciso final), y además deberán entenderse alzadas por el solo ministerio de la ley las medidas cautelares que se hubieren decretado durante el período de investigación (artículo 157 inciso 1°).

21.1.4. Actitudes que eventualmente puede asumir la víctima luego de habérsele notificado de la acusación fiscal

Como hemos señalado precedentemente, la víctima que no hubiere deducido una querella no puede adherirse a la acusación fiscal o acusar particularmente, puesto que esa es una atribución que sólo se le ha conferido a quien reviste la calidad de querellante.

No obstante, no existe inconveniente en que quien revista sólo el carácter de víctima pueda deducir exclusivamente la demanda civil hasta 15 días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación de juicio oral, de conformidad a lo establecido en los artículos 60, 61, 109 letra c) y 261.

La demanda civil deducida por la víctima debe dar cumplimiento a los mismos requisitos que hemos señalado respecto del querellante y que se contemplan en el inciso 1° del artículo 60.

Si la víctima no dedujere demanda civil se considerará como no interrumpida la prescripción de la acción civil que se hubiere producido con motivo de la preparación de la demanda civil que hubiere realizado con posterioridad a la formalización de la investigación (artículo 61 inciso final), y además deberán entenderse alzadas por el solo ministerio de la ley las medidas cautelares que se hubieren decretado durante el período de investigación (artículo 157 inciso 1°).

21.1.5. Notificación al acusado de la adhesión, acusación particular y demanda civil

Las actuaciones del querellante, las acusaciones particulares, adhesiones y la demanda civil deberán ser notificadas por cédula al acusado, a más tardar, diez días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 262), debiendo si se encuentra privado de libertad efectuársele la notificación en el establecimiento penal (artículo 29).

21.1.6. Actitudes que puede asumir el acusado frente a la acusación del Ministerio Público, adhesión a la acusación o acusación particular y demanda civil

Hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, el acusado podrá:

a) Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección (artículo 263 letra a).

Normalmente se trata de errores en la individualización de los intervinientes, testigos o peritos, omisión de alguno de los requisitos legales o defectos de redacción que le restan claridad y precisión a la acusación.[203]

b) Deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento (artículo 263 letra b).

Las excepciones de previo y especial pronunciamiento que pueden hacerse valer por el acusado son las siguientes:

i) Incompetencia del juez de garantía;

ii) Litis pendencia;

iii) Cosa juzgada;

iv) Falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren, y

v) Extinción de la responsabilidad penal (artículo 264).

Si el acusado no hace valer como excepción de previo y especial pronunciamiento las excepciones de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal, ellas pueden ser planteadas en el juicio oral (artículo 265).

c) Exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259 (artículo 263 letra c).

Al respecto, se ha señalado que no parece ser ésta la oportunidad adecuada para exponer los argumentos de defensa. En la práctica por razones estratégicas, los abogados defensores reservan esta opción para los alegatos de apertura y clausura del juicio oral.[204]

d) Señalar los vicios formales que adolece la demanda civil y oponer las excepciones o contestar la demanda civil (artículo 62).

e) Señalar los medios de prueba cuyo examen solicitare en el juicio oral, cumpliendo con los mismos requisitos que se establecen en el artículo 259 respecto de la acusación fiscal (artículo 263 letra c).

---

[203] CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos*. Pág. 33. Librotecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile.

[204] CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos*. Pág. 33. Librotecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile.

Estas mismas facultades puede ejercerlas el acusado y eventualmente también demandado civil, pero en forma verbal, al inicio de la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 263 inciso 1° y 268).

21.2. La etapa oral de la preparación del juicio oral

Agotados los trámites previstos para la fase escrita, corresponde realizarse la audiencia preparatoria propiamente tal, en la que cobra plena relevancia el principio de la oralidad, dado que en ella de modo oral y contradictorio se cumplen los objetivos de esta etapa. En ella, la escrituración se encuentra totalmente proscrita, en términos tales que no se admite ningún tipo de presentación de dicha forma.

21.2.1. Tribunal ante el cual se debe desarrollar la audiencia de juicio oral

Al redactarse el proyecto, en lo referente a esta audiencia, se ofrecían dos posibilidades en cuanto al tribunal llamado a recibirla: Por una parte, se le encargaba al Juez de Garantía y por otra, al Tribunal Oral en lo Penal y, en esta disyuntiva prevaleció la idea de entregársela al Juez de Garantía, como una forma de asegurar que en el juicio oral conocieran jueces que no tuvieren vinculación alguna con el proceso previo.[205]

21.2.2. Los principios que rigen en la audiencia de preparación de juicio oral

Los principales principios que reciben aplicación en la audiencia de preparación del juicio oral son los siguientes:

a) Oralidad.

La audiencia de preparación del juicio oral se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos (artículo 266) y si el imputado no hubiere ejercido por escrito las facultades ya analizadas contempladas en el artículo 263, el juez le otorgará la oportunidad de efectuarlo verbalmente (artículo 268).

b) Inmediación.

La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciará en su integridad (artículo 266).

c) Orden consecutivo discrecional.

El legislador aplica el orden consecutivo legal al señalar las materias que deben ser tratadas en la audiencia de preparación de juicio oral. Sin embrago, existe una aplicación del orden consecutivo discrecional, dado que el orden en que se desarrollará le corresponde determinarlo al juez de garantía, al establecerse por el legislador que a ese órgano jurisdiccional le corresponderá dirigir la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 266).

La aplicación del orden consecutivo discrecional implica, como veremos al referirnos al desarrollo de la audiencia, que respecto de ella debe seguirse un deter-

[205] TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho. 2004.

minado orden lógico para facilitar el logro de sus objetivos, desarrollo y no incurrir en algunos casos en la realización de diligencias estériles o inútiles como sería por ejemplo el caso en que se trataran previamente las materias relativas a la pertinencia de la prueba ofrecida por el acusado, en circunstancias que se hubiere de acoger la excepción de previo y especial pronunciamiento de extinción de la responsabilidad penal opuesta por él.

d) Continuidad y concentración.

Estos principios conllevan a que idealmente la audiencia no sea interrumpida y que todas las finalidades que la ley prevé se cumplan en una sola audiencia.

Al efecto, se establece como un ideal que la existencia de vicios formales sean subsanados sin suspender la audiencia, pudiendo excepcionalmente suspenderse la misma si dicha corrección no fuere posible en ella, por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días (artículo 270 inciso 2°).

Las restantes finalidades de la audiencia de preparación de juicio oral deben todas ellas ser cumplidas durante el curso de la audiencia como veremos al analizar su desarrollo.

Los otros motivos excepcionales de suspensión de esta audiencia se relacionan con la protección de los intereses y derechos del imputado, ya que puede suspenderse excepcionalmente en el caso de abandono de la defensa, por inasistencia del defensor, en cuyo caso el tribunal debe designar un defensor de oficio al imputado y disponer la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, y en el evento en que el imputado no hubiere presentado prueba por hechos no imputables, en cuyo caso puede suspender la audiencia hasta por 10 días, postergando con ello la dictación del auto de apertura del juicio oral (artículo 278).

e) Registro completo.

La audiencia de preparación de juicio oral debe ser registrada en forma íntegra, por cualquier medio que asegure fidelidad (artículos 40 inciso final y 41).

f) Publicidad.

No existiendo norma especial, se debe aplicar el principio general contemplado en el artículo 289 respecto del juicio oral.

g) Bilateralidad de la audiencia o contradicción.

En la audiencia de preparación de juicio oral se da plena aplicación al principio de la bilateralidad de la audiencia o de la contradicción, dado que el tribunal debe escuchar a ambas partes antes de resolver sobre las cuestiones que se planteen en dicha audiencia.

Al efecto, y a modo meramente ejemplar, el artículo 271 nos señala que si el imputado hubiere planteado excepciones de previo y especial pronunciamiento, el juez abrirá debate sobre la cuestión; el artículo 272 se titula como debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes, el artículo 276 nos señala que el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas

en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, etc.

h) Preclusión.

La realización de la audiencia de preparación de juicio oral es una oportunidad de carácter fatal para hacer valer vicios formales respecto de la acusación fiscal, adhesión a la acusación o acusación particular y demanda civil como asimismo para que se hagan valer las excepciones de previo y especial pronunciamiento (artículos 262 y 268), con la sola excepción de las excepciones de previo y especial pronunciamiento de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal que si no se hubieren planteado en ese carácter podrán ser planteadas como defensa dentro del juicio oral (artículo 265).

De acuerdo con ello, en el juicio oral quedará excluido de su debate cualquier materia que diga relación con los aspectos formales de la acusación fiscal, adhesión a la acusación o acusación particular y demanda civil.

21.2.3. Asistencia a la audiencia de preparación de juicio oral

El primer trámite que debe realizarse en la audiencia de preparación de juicio oral es verificar la asistencia del tribunal y de los demás intervinientes para verificar si ella se puede realizar y cual es la sanción que debe aplicarse en caso de verificarse la inasistencia de alguno de los intervinientes.

En primer lugar, la audiencia de preparación del juicio oral debe ser dirigida por un juez del juzgado de garantía competente, quien la debe presenciar en su integridad (artículo 266).

En consecuencia, la falta de un juez de garantía del juzgado competente impide la realización de la audiencia, dado que ella no puede verificarse ante ningún otro funcionario por encontrarse sancionada semejante delegación expresamente con la nulidad (artículo 35).

En segundo lugar, debe encontrarse presente un fiscal, puesto que su presencia durante la audiencia constituye un requisito de validez. La falta de comparecencia del fiscal deberá ser subsanada de inmediato por el tribunal, quien además pondrá este hecho en conocimiento del fiscal regional (artículo 269 incisos 1° y 2°).

En tercer lugar, debe encontrarse presente el defensor puesto que su presencia durante la audiencia constituye un requisito de validez. La falta de comparecencia del defensor implica que el tribunal debe declarar el abandono de la defensa, designar un defensor de oficio al imputado y disponer la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso (artículo 269 incisos 1° y 2°).

La ausencia o abandono injustificados de la audiencia por parte del defensor o del fiscal será sancionada conforme a lo previsto en el artículo 287, esto es, con suspensión del ejercicio de la profesión, hasta por dos meses (artículo 269 inciso 3°).

En cuarto lugar, debería encontrarse presente el acusado, dado que es una de las principales obligaciones que asume dentro del sistema acusatorio que privilegia el mantenimiento de su libertad durante el curso de ésta, y por otra parte, porque para el tratamiento de algunas materias como son la conciliación, los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado se requiere contar con su voluntad. De acuerdo con ello, en este caso debería decretarse la detención del imputado por tratarse de una audiencia judicial en el cual su presencia es condición de ella, si no hubiere comparecido sin una causa justificada (artículo 127 inciso 2°).

No obstante, "el problema descrito no es un tema resuelto, tanto es así que, ante la insistencia del Ministerio Público, se han realizado audiencias de preparación sin la presencia del acusado, sólo con su defensor, entendiendo el tribunal que se trata de una audiencia técnica, donde se analizan y definen cuestiones jurídicas, que sólo exigen la presencia del defensor letrado. Además, a la luz de lo dispuesto en el artículo 101 del CPP, se argumenta en apoyo de esta tesis que si es posible realizar la audiencia cuando el imputado ha sido declarado rebelde, aunque para el solo efecto de sobreseerlo, con mayor razón se podrá celebrar sin él".[206]

En cuarto lugar, si no comparece el querellante o el actor civil sin causa justificada, se declarará abandonada su querella o su acción civil (artículos 120 letra b) y 64 inciso 2° respectivamente), continuándose con la realización de la audiencia.

Finalmente, la inasistencia de la víctima que no se hubiere querellado o deducido una acción civil tampoco impide que se realice la audiencia, dado que es voluntario para ella comparecer a la audiencia, sin perjuicio que su ausencia impedirá que se llegue por ejemplo a celebrar un acuerdo reparatorio en ella.

21.2.4. Orden de desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral[207]

La dirección de la audiencia de preparación de juicio oral le corresponde al juez de garantía, quien debe estar presente durante toda dicha actuación, la que debe ser desarrollada en forma oral, sin permitir a las partes la presentación de escritos.

El desarrollo de la audiencia debe respetar un orden lógico que permite acreditar la validez de lo actuado en ella y la mayor eficiencia en el debate de los temas que deben ser abordados en ella, para lo cual debería seguirse la siguiente secuencia:

a) Declaración de inicio de la audiencia.

Una vez verificada la asistencia de las personas que deben asistir como requisito de validez, y de aplicar las sanciones de abandono al querellante o actor civil que no hubieren comparecido, el juez de garantía dará inicio a la audiencia.

---

[206] CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos*. Pág. 35. Librotecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile.

[207] Para el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral seguiremos el orden señalado por el Juez de Juicio Oral en lo Penal de Talca, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, en su obra *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos*. Págs. 37 a 69. Librotecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile.

b) Exposición de presentaciones escritas.

Una vez iniciada la audiencia, el juez de garantía hará una exposición sintética de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes, esto es, de la acusación fiscal, adhesión a la acusación o acusación particular y demanda civil; la eventual defensa escrita acusación y/o excepciones de previo pronunciamiento hechas valer por el acusado; y las solicitudes de corrección de vicios formales de dichos escritos que hubieren podido presentar los intervinientes (artículos 259, 261, 263 y 267).

c) Eventual defensa oral del acusado.

Si el imputado no hubiere ejercido por escrito las facultades previstas en el artículo 263, el juez le otorgará la oportunidad de efectuarlo verbalmente (artículo 268).

d) Explorar la posibilidad de las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios.

Dado que una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio sólo podrán ser decretados durante la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 245 inciso final), el juez de garantía debería explorar la posibilidad de alcanzarse alguna de ellas si fuere procedente, dado que si ello aconteciere se debería poner término a la audiencia y precluye la posibilidad de alcanzarse posteriormente dichas salidas.

e) Posibilidad de aplicación de procedimiento abreviado, si hubiere existido solicitud en tal sentido por el Fiscal.

El Fiscal puede en su acusación fiscal o en la audiencia de juicio oral, plantear su solicitud de proceder conforme al procedimiento abreviado. En la audiencia de juicio oral, el fiscal y el acusador particular, si lo hubiere, podrán modificar su acusación, así como la pena requerida, a fin de permitir la tramitación del procedimiento conforme al procedimiento abreviado (artículo 408).

Respecto de dicha petición del fiscal deben ser escuchados el querellante y el acusado.

El querellante sólo podrá oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406 (artículo 408). La oposición del querellante no es vinculante para el juez de garantía, pudiendo ser ella ser desestimada.

El acusado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, debe aceptarlos expresamente y manifestar su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado, debiendo consultársele expresamente por el juez de garantía en cuanto a la libertad con la cual formula esa manifestación de voluntad y su conciencia acerca de las consecuencias que ello implica (artículos 406 inciso 2° y 409). De acuerdo con ello, la oposición del acusado es vinculante para el juez de garantía, porque nunca puede aplicarse el procedimiento abreviado sin contarse con la anuencia del acusado.

Si el acusado acepta los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren y el juez accede a la petición de aplicar el procedimiento abreviado, con la dictación de esa resolución se pone término a la audiencia de preparación, comenzándose con el procedimiento abreviado (artículos 410 inciso 1° y 411).

En cambio, si el acusado no está de acuerdo con el procedimiento abreviado o el juez de garantía rechaza la solicitud, ya sea porque estima fundada la oposición planteada por el querellante o por considerar que no se reúnen los requisitos legales, se continuará con la audiencia de preparación (artículo 410 inciso 2°).

f) Corrección de vicios formales de los escritos que se hubieren presentado.[208]

Cuando el juez, de oficio o petición de parte, considerare que la acusación del fiscal, la del querellante o la demanda civil adolecen de vicios formales, ordenará que los mismos sean subsanados, sin suspender la audiencia, si ello fuere posible.

En caso contrario, si la corrección de vicios formales no fuere posible en la audiencia, ordenará la suspensión de la misma por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días.

Transcurrido este plazo, si la acusación del querellante o la demanda civil no hubieren sido rectificadas, se tendrán por no presentadas.

Si transcurrido el plazo fijado por el juez no hubiere sido rectificada la acusación del fiscal, a petición de éste, el juez podrá conceder una prórroga hasta por otros cinco días, sin perjuicio de lo cual informará al fiscal regional.

Si el Ministerio Público no subsanare oportunamente los vicios, el juez procederá a:

i) Decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, si no existiere querellante que se hubiere adherido a la acusación fiscal o hubiere deducido acusación particular;

ii) Decretar que el procedimiento continuará sólo con el querellante que se hubiere adherido a la acusación fiscal o hubiere deducido acusación particular, sin que el Ministerio Público pueda volver a intervenir en el procedimiento penal.

En todo caso, la falta de oportuna corrección de los vicios de la acusación fiscal importará, para todos los efectos, una grave infracción a los deberes del fiscal, lo que implicará que éste debe ser sancionado administrativamente por la falta en que hubiere incurrido conforme a lo previsto en los artículos 50 y 51 de la LOC del Ministerio Público.

g) Resolución acerca de las excepciones de previo y especial pronunciamiento respecto de la acusación y de las excepciones que respecto de la demanda civil se hubieren presentado.

---

[208] Se ha estimado acertadamente que uno de los vicios formales que pueden ser ordenados subsanar es la falta de congruencia entre la formalización y la acusación, lo que se dará cuando no existe coincidencia entre los hechos descritos respecto del delito y la participación en la formalización con la que se contenga en la acusación fiscal o acusación particular. CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos*. Pág. 40. Librotecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile. En este sentido, Juzgado de Garantía de Coronel. 4.8.2004. *Revista Procesal Penal* N° 26. Págs. 139 y Sgtes. Octubre 2004.

En primer lugar, el tribunal debe proceder a abrir debate entre los intervinientes acerca de las excepciones de previo y especial pronunciamiento que se hubieren presentado por el acusado respecto de la acusación, permitiendo si lo estima pertinente la presentación de antecedentes probatorios adicionales a los que consten en la investigación, para luego pronunciarse respecto de la excepción (artículo 271 inciso 1°).

El juez resolverá de inmediato las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente, si hubieren sido deducidas.

Si las acogiere, terminará la audiencia, debiendo en cambio continuar la audiencia en caso de ser ellas rechazadas. En todo caso, la resolución que recayere respecto de dichas excepciones, sea acogiendo o rechazándolas, será apelable (artículo 271 inciso 2°).

Tratándose de las excepciones de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal, el juez puede:

i) Acoger una o más de las que se hubieren deducido y decretar el sobreseimiento definitivo, siempre que el fundamento de la decisión se encontrare suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación, la que será apelable y pone término a la audiencia de preparación de juicio oral, o

ii) Dejar la resolución de la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral si el fundamento de la decisión no se encontrare suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación. Esta decisión será inapelable, debiendo continuarse con la audiencia de preparación de juicio oral.

En segundo lugar, corresponde que en la audiencia de juicio oral se resuelvan todos los incidentes y excepciones deducidas con ocasión de la interposición o contestación de la demanda civil de conformidad a lo previsto en los artículos 63 y 270.

No obstante la amplitud de los términos empleados en el artículo 63 "Incidentes y excepciones", estimamos que ellos sólo pueden decir relación con las excepciones dilatorias y las mixtas del artículo 304, pero no las que revisten el carácter de perentorias, dado que ellas deberán ser objeto de prueba en el juicio oral y ser resueltas en la sentencia definitiva.

h) Llamado a conciliación en la acción civil.

El juez deberá llamar al querellante y al imputado a conciliación sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo. Regirán a este respecto los artículos 263 y 267 del Código de Procedimiento Civil.

Si no se produjere conciliación, el juez resolverá en la misma audiencia las solicitudes de medidas cautelares reales que la víctima hubiere formulado al deducir su demanda civil (artículo 273).

i) Convenciones probatorias (artículo 275).

Las convenciones probatorias son los acuerdos a que llegan los intervinientes durante la audiencia de preparación del juicio oral, con la finalidad de que el juez de garantía pueda dar por establecidos determinados hechos en el auto de apertura del juicio oral, los que no podrán ser discutidos y a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.

El acuerdo para lograr la convención probatoria puede provenir de los propios intervinientes (el fiscal, querellante si lo hubiere y el imputado), o bien de la aceptación de las proposiciones que en tal sentido les proponga el juez de garantía durante la audiencia del juicio oral.

El efecto que produce la convención probatoria es permitir al juez de garantía, en el auto de apertura del juicio oral, indicar los hechos que se dan por acreditados y a los cuales los intervinientes deberán estarse durante el juicio oral.

En este caso, nos encontramos con el efecto que una convención procesal conduce a otorgar una certeza prima facie de carácter procesal respecto de un determinado hecho, dado que el debe estimarse probado en el proceso conforme a lo acordado por las partes. Sin embargo, siguiendo lo señalado por María Inés Horvitz, compartimos lo señalado por ella en cuanto a que los jueces son libres para dar por establecidos los hechos sometidos a convención probatoria o, por el contrario, considerarlos desvirtuados por las otras pruebas rendidas en el juicio, existiendo sólo la obligación de fundamentar su proceder en los términos que expresan los incisos 2° y 3° del artículo 297 del CPP.[209]

Sin embargo, entendemos que la convención probatoria debe tener límites en cuanto a que no puede ir más allá de las limitaciones que la propia ley establece, ni aceptarse que con ella se convenga en la aceptación dolosa del establecimiento de hechos que no existen, porque ello importaría que nos encontraríamos ante un fraude procesal contrario al principio de la buena fe que debe imperar en el proceso.

Como ejemplo de limitación en cuanto a los efectos probatorios que puede obtenerse a través de las convenciones probatorias nos encontramos en que nunca será posible pretender únicamente a través de ellas dar por acreditada la existencia del delito, porque con ello se infringiría la regla legal consistente en que *no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración* contemplada en el inciso final del artículo 340.

Por otra parte, resulta evidente que para que nos encontremos ante una convención probatoria debe establecerse el hecho que se da por acreditado por medio de ella, puesto que de no concurrir dicho requisito no nos encontraremos ante tal institución. En este sentido se ha declarado "que en cuanto a la convención probatoria letra b) de que da cuenta el auto de apertura de juicio oral, que es del siguiente tenor: *"que los testigos 1 y 2 de la Fiscalía declararán sobre la preexistencia y dominio de las especies que se encontraban al interior de la casa habitación ubicada en calle XXXX La Serena", este tribunal no la considerará como tal pese a que contiene un acuerdo entre las partes, por no contener hecho alguno que dé por establecido, por lo que no tiene el carácter de convención probatoria al tenor de la exigencia del artículo 275 del CPP que obligue al tribunal".*[210]

---

[209] HORVITZ, María Inés. Ob. cit. Tomo II. Pág. 43.

[210] Tribunal Oral de La Serena. 14.6.2003. Rol 33-2003. *Revista Procesal Penal* N° 12. LexisNexis. Págs. 53 y Sgtes. Agosto 2003.

Es por ello que concordamos plenamente en que "las convenciones probatorias se refieren a hechos y no a calificaciones jurídicas, así, no podrá acordarse por las partes, por ejemplo, que el acusado "tiene una irreprochable conducta anterior", que es la aminorante del artículo 11 Nº 6 del Código Punitivo, sino deberá ser redactada en términos tales que implique o contenga los hechos a partir de los cuales los magistrados pueden atribuirle tal carácter, por ejemplo, fulano de tal no ha sido antes procesado o condenado por delito alguno".[211]

j) Debate sobre la prueba ofrecida por los intervinientes (artículos 272 y 276).

Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines de obtener de parte del juez de garantía la exclusión de las pruebas impertinentes, que digan relación con hechos públicos o notorios, superabundante y dilatoria, que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas; y las que hubieren sido obtenidas con infracción de las garantías fundamentales.

En particular, cabe tenerse presente que "*la exclusión de testigos presentados por la defensa en la audiencia de preparación del juicio oral por no haber sido conocidos con antelación por el Ministerio Público violenta el derecho a defensa y de solicitar la incorporación de pruebas de descargo como una manifestación de este derecho en el juicio oral. En este sentido, Maier señala que para que el perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades de influir en la reconstrucción histórica de la imputación que su acusador le formula, se le deben reconocer –a él y a su defensor– al menos algunas facultades clave, entre las que destaca la producción de prueba de descargo*".[212]

Por otra parte, se ha declarado que "*la falta de acuciosidad en la investigación no constituye por sí sola una afectación del derecho al debido proceso, sobre todo si se tiene en cuenta que la defensa tuvo la posibilidad de contradecir la prueba de cargo, ya sea a través de otra prueba contraria o a través del contraexamen.*[213-214]

j.1) Exclusión de pruebas impertinentes.

El artículo 295 establece cuál es el objeto de la prueba dentro del juicio oral, no siendo otro que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada so-

---

[211] HERMOSILLA IRIARTE, Francisco Antonio. *Reflexiones en torno a la producción y valoración de la prueba en los juicios orales.* Pág. 95. Editorial La Aurora. Chile.

[212] Juez de Letras y de Garantía de Freirina. 4.11.2002. *Revista Procesal Penal* Nº 5. LexisNexis. Pág. 141. Enero 2003.

[213] Tribunal Oral de Talca. 17.6.2003. *Revista Procesal Penal* Nº 12. LexisNexis. Págs. 140 y Sgtes. Agosto 2003.

[214] En esta parte, podríamos estimar que la audiencia preliminar cumpliría el papel de *pretrial discovery* del sistema norteamericano en cuanto a que ella se utiliza para conocer el material probatorio del adversario y poder actuar en consecuencia en el trial. TINOCO PASTRANA, Ángel. *Fundamentos del sistema judicial penal del Common Law.* Pág. 131. Universidad de Sevilla. 2001.

lución del caso sometido a enjuiciamiento", debiendo considerarse impertinente en general toda prueba que no verse sobre los hechos contenidos en la acusación, que no sea necesaria para la defensa del acusado o para ponderar la eficacia de las pruebas que se hubieren rendido dentro del juicio oral (artículo 276 CPP).[215] En la litis penal, de acuerdo con el derecho a juicio previo y a la presunción de inocencia, el Estado tiene impuesta la carga de demostrar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva, esto es, todos los hechos que, individualmente o en su conjunto, permitan establecer los ingredientes de delito o, por el contrario, cuestionarles. Considerando que la pretensión punitiva a de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos, con arreglo a la ley penal sustantiva configuran un determinado delito, serán hechos relevantes o pertinentes aquellos que acreditan o excluyen la presencia de los componentes de delito, la participación culpable del hechos y las circunstancias modificatorias de su responsabilidad criminal comprendidas en la acusación[216], así como las circunstancias eximentes, extintivas, atenuantes y minorantes de responsabilidad como los hechos destinados a demostrar su inocencia (coartadas) esgrimidas por el acusado; como las que permitan demostrar la falta de idoneidad de las pruebas ofrecidas rendir en el juicio oral para acreditar los hechos (prueba contra prueba).

Al efecto, dispone el inciso 1° del artículo 276, que el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren *manifiestamente impertinentes.*

En consecuencia, si el juez tuviere dudas acerca de la pertinencia de una prueba siempre deberá optar por restarse a su exclusión, al requerirse que revista el carácter de *manifiesta* semejante situación para que se permita la exclusión de la prueba.

Como se ha señalado en la doctrina, "en lo que concierne a la selección del material probatorio que se puede usar en el proceso, se suele distinguir entre relevancia y admisibilidad. La *relevancia* se establece conforme a un criterio eminentemente técnico (lógico) de utilidad, que atiende a si el material probatorio es cuestión permite o no fundar una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar. Por su parte, *la admisibilidad* dice relación con razones institucionales (jurídicas antes que lógicas) sobre la legitimidad o conveniencia de contar con un material probatorio cuya relevancia no se discute, como ocurre, por ejemplo, con la excusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales o en razón de secretos de Estado, entre otros.[217]

---

[215] Lo anterior es concordante también con los casos en los cuales debe rechazarle la solicitud de reapertura de la investigación.

[216] Corte Suprema. 23.9.2005. Rol 3.297-2005. *Revista Procesal Penal* N° 39. Págs. 87 y Sgtes. Septiembre 2005.

[217] HERNÁNDEZ B., Héctor. "Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba". ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal.* Págs. 22 y 23. AbeledoPerrot-Legal Publishing. 2010.

j.2) Exclusión de prueba sobre hechos públicos y notorios.

En esta materia, no debemos más que recordar que se entiende por hecho notorio aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión.[218]

La afirmación de que los hechos notorios no necesitan ser probados proviene del aforismo acuñado por el Derecho Canónico de *"Notoria non agent probatione"* (lo notorio no requiere de prueba).

De la definición de Calamandrei sobre el hecho notorio se desprende el requerimiento para que nos encontremos en presencia de él que concurran copulativamente los siguientes elementos:

1. Se trata de un hecho, de una circunstancia de facto;

2. El acontecimiento de ese hecho forma parte de acervo cultural de una comunidad o de una parte de ella, y

3. Que las características que configuran el hecho notorio deben concurrir al momento de producirse la decisión.

Como nos señala Couture, el concepto de notoriedad procura dos altos fines de política procesal:

a) Por una parte, un ahorro de esfuerzos al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias.

En este sentido significa un homenaje al principio de economía procesal y de economía.

b) Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que esta viva de espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho en "ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe".

Un caso típico de infracción a estos propósitos es el famoso ejemplo del tribunal inglés que, en la ejecución de una letra de cambio datada en Hamburgo, la admitió en juicio como datada en la parroquia de Santa María de Le Bow, en Londres. "Porque, dice el tribunal, si bien es exacto que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado que así sea".[219]

En consecuencia, si el juez de garantía estima que el hecho reviste el carácter de notorio, deberá darlo por establecido en el auto de apertura de juicio oral, para luego excluir los medios de prueba que se hubieren ofrecido para acreditarlo por ser innecesario.

Al efecto, dispone el inciso 1° del artículo 276, que el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren compa-

---

[218] CALAMANDREI, Piero. *La definición del hecho notorio. Estudios sobre el proceso civil.* Pág. 206. Editorial Bibliográfica. Argentina. 1961.

[219] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 234 y 235. Tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985.

recido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.[220]

j.3) Prueba superabundante o excesiva y dilatoria, en otras palabras, la prueba inútil.

Si la pertinencia se refiere principalmente al hecho que se pretende probar con un medio concreto de prueba, la utilidad atiende fundamentalmente al medio en sí mismo considerado, aunque no pueda faltar en ocasiones referencia a la relación entre medio y hecho. La jurisprudencia emplea en muchas ocasiones las palabras pertinencia y utilidad como sinónimas, pero entre una y otra existen claras diferencias.

La confusión jurisprudencial es manifiesta cuando dice por ejemplo, que un medio de prueba es inútil porque se refiere a hechos reconocidos por la parte contraria, o que el medio de prueba no es de influencia respecto de la solución a la que se tenga que llegar en el fallo de la sentencia. En estos casos, y en otros similares, parece claro que el cuestionamiento de la admisibilidad del medio de prueba no se produce por el medio de prueba en sí, sino con referencia al hecho que con él se pretende probar.

La inutilidad de un medio de prueba en sentido estricto puede atender a dos tipos de razones:

i) Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue, con lo que de admitirse su rendición se lograría un efecto meramente dilatorio, pero no de carácter probatorio.

Esto sucede si se propone el medio de reconocimiento judicial para probar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra, pues entonces se precisa de conocimientos científicos especializados para llegar a una conclusión; o si se propone la prueba testifical para que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento, o cuando se propone la prueba pericial para que un jurista informe al juez sobre la correcta interpretación de una norma jurídica.

ii) Cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin, bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes.

Nos parece peligrosa la jurisprudencia cuando entiende que el juez puede no admitir un medio de prueba cuando dispone ya de los elementos de prueba suficiente para forjar su convicción, pues aparte que es difícil imaginar como un juez puede tener formada su convicción en el trámite de admisión de los medios de prueba, esa posibilidad equivale a decir que el juez a priori puede decidir con qué medios de prueba se forma su convicción.[221]

---

[220] Lo anterior es concordante también con los casos en los cuales debe rechazarle la solicitud de reapertura de la investigación.

[221] MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil.* Págs. 96 y 97. Editorial Civitas. 1996.

En el actual proceso penal, se contemplan expresamente facultades para que el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral vele por la utilidad de la prueba, eliminando aquellas que pudieren ser reiterativas y pudieren generar sólo una mayor dilación e impida la concentración que debe revestir la audiencia del juicio oral en que se velará por la solución del conflicto.

Prescribe al efecto el inciso 2° del artículo 276 del CPP, que "Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

En relación con la prueba pericial, dispone el artículo 316 del CPP en su inciso 1° que "El tribunal admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el tribunal podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.[222]

j.4) Pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.

En este caso, nos encontramos ante los que deberíamos denominar pruebas irregulares, esto es, aquellas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas por haberse llevado a cabo infringiendo las normas meramente procedimentales que se contemplan para su obtención.

Sería el caso, por ejemplo, de aquella prueba anticipada que se hubiere declarado nula por no haberse notificado válidamente al defensor y al imputado para que concurrieran a su práctica durante la etapa de investigación.

Al efecto, dispone el inciso 3° del artículo 276, que del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.

En cuanto a la oportunidad para declarar la nulidad de una actuación, generándose consiguientemente la exclusión de la prueba, creemos que ello es posible en la propia audiencia de preparación del juicio oral, atendido a que esa es la oportunidad que se contempla para tal efecto en relación con una prueba ofrecida para el juicio oral conforme a lo señalado en el artículo 272, lo que se ve corroborado además por lo establecido en la historia de la ley.

[222] Lo anterior es concordante también con los casos en los cuales debe rechazarle la solicitud de reapertura de la investigación.

j.5) Pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

En primer lugar, debemos tener presente que el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental exige que se desarrolle un justo y racional procedimiento e investigación para poder arribar a la dictación de una sentencia dentro de un debido proceso de ley.

De acuerdo con ello, es que no debe llamarnos la atención a que se disponga en el inciso 3° del artículo 276 que "del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".

En este sentido se ha declarado que *"el juez de garantía, en la preparación de juicio oral, es el único con competencia para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de una prueba ofrecida si resuelve que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 276 inciso 3° del CPP, lo cual no es óbice para que el juzgador pueda no considerarla idónea para lograr su convicción".*[223]

De acuerdo con ello, la Corte Suprema nos ha señalado que no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación de juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisible. Esta regla se encuentra corroborada con la normativa que contempla el CPP para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral. En efecto, fuera de la norma sobre el debate sobre la prueba ofrecida que contempla el artículo 272 y aquellas referentes a las convenciones probatorias del artículo 275, el artículo 277 establece que el juez de garantía debe dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones, debe contener la de las pruebas que deben rendirse ante él. Esta disposición corrobora lo resuelto por el fallo recurrido puesto que, efectivamente el momento en que deben ofrecerse las pruebas o alegarse las nulidades producto de irregularidades es ante el juez de garantía y precedentemente a que se dicte el auto de apertura del juicio oral. Toda petición en contrario debe ser declarada extemporánea.[224]

En el mismo sentido, la Corte Suprema nos ha señalado que el momento procesal para excluir la prueba es la audiencia de preparación del juicio oral y, como quedó claro durante el pleito, en la misma el señor defensor no hizo solicitud alguna a este respecto. Cierto es que el artículo 334 del Código da pie para sostener la idea que el tribunal de juicio oral está autorizado para excluir prueba ilícita, pero no lo es menos que ello sólo puede ocurrir en situaciones excepcionales, como son la prueba no solicitada oportunamente y que se rinda conforme al artículo 336, declaraciones anteriores que se utilizaran para ayuda de memoria del acuerdo al artículo 332, o que puedan incorporarse mediante su lectura con arreglo al artículo 331, o bien situaciones de ilicitud manifiesta; mas no

[223] Corte Suprema. 5.6.2003. Rol 1496-03. *Revista Procesal Penal* N° 12. LexisNexis. Págs. 25 y Sgtes. Agosto 2003.

[224] Corte Suprema. 30.6.2003. Rol 1831-03. *Revista Procesal Penal* N° 12. LexisNexis. Págs. 30 y Sgtes. Agosto 2003.

cuando el defensor incumplió su obligación de efectuar la petición respectiva en la oportunidad procesal correspondiente, precluyendo así su derecho[225], lo cual no es óbice para que el juzgador pueda no considerarla idónea para lograr su convicción.[226]

El profesor Tavolari comparte ese criterio al señalarnos que es atribución del juez de garantía la exclusión de prueba en el auto de apertura de juicio oral, y que el tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, por que no es el superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría ejercer facultad disciplinaria o conocer de los recursos que se interpusieren en contra de sus resoluciones.[227]

En general, no existe discusión en cuanto a que debe ser excluida la prueba ilícita directa, esto es, la que se obtuvo con infracción de las garantías fundamentales, como lo es por ejemplo la confesión obtenida por medio de una tortura.

En este sentido se ha declarado que *"conforme lo previene el artículo 226 del CPP, cuando la investigación trata de un hecho punible que merezca la pena de crimen, se precisa de autorización del juez de garantía para que el Ministerio Público fotografíe, filme o utilice otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos. En consecuencia, al haberse procedido a fotografiar a la imputada y a filmar el sitio del suceso y de la víctima, sin haberse obtenido la autorización de la referencia, se ha vulnerado en el primer caso el derecho a la intimidad de la imputada, y en el segundo, el ejercicio de su derecho de defensa, protección por la que debe velar el juez de garantía excluyendo esa prueba ofrecida para ser rendida en el juicio oral".*[228]

Sin embargo, el problema se presenta en relación con la prueba derivada o indirecta, también conocida como la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Al respecto se nos ha señalado que "sobre este tema no hay debate; las dificultades comienzan cuando, por ejemplo, sin orden judicial, la policía allana un edificio y requisa un documento en que se fundará la acusación, este documento debe ser desestimado, lo mismo que el resultado de una intercepción telefónica sin permiso, pero lo controvertible no es esto, sino que el problema es el de la prueba derivada, es decir, el de esa prueba obtenida a partir de una prueba ilícita. En su esencia la prueba

---

[225] Corte Suprema. 13.1.2005. Rol 5.154-04. *Revista Procesal Penal* N° 31. Págs. 21 y Sgtes. Enero 2005.

[226] Corte Suprema. 5.6.2003. Rol 1.496-03. *Revista Procesal Penal* N° 12. Págs. 25 y Sgtes. Agosto 2003.

[227] Tavolari, Raúl. "Informe en Derecho. Del debate sobre la licitud de la prueba y exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia". *Boletín Ministerio Público* N° 14. Marzo 2003. Pág. 151. En este sentido, Corte Suprema. 28.7.2008. Rol 2521-08. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. ISSN 0718-647. Julio 2008. Págs. 87 y Sgtes.

[228] Corte de Apelaciones de Talca. 16.5.2003. *Revista Procesal Penal* N° 11. LexisNexis. Págs. 41 y Sgtes. Julio 2003.

misma no tiene reproche de ilegalidad alguno (prueba ilegal: la producida con inobservancia de normas procedimentales) ni menos de ilicitud (prueba ilícita: la que contraría preceptos y garantías constitucionales), pero su origen está viciado.

En el ejemplo, la situación se produciría cuando en ese documento, mal obtenido, apareciere el nombre de una persona que puede declarar como testigo, ¿Es admisible esta declaración?

En principio la prueba derivada, por arrancar de una actividad ilícita es inaceptable, desde que la ilicitud de la prueba originaria, empapa a la derivada: Es lo que se conoce como la teoría de los frutos del árbol envenenado. Sin embargo hay a lo menos tres circunstancias que la hacen permisible:

a) La doctrina de la fuente independiente, es decir, si establecemos que al testigo se llega por un allanamiento ilegal en que se encontraron sus datos, la prueba no vale, pero si como resultado de las investigaciones paralelas se llega por otra vía a descubrir al mismo testigo, más tarde, con motivo de otras actuaciones, la ilicitud del primer testimonio se purga porque a esa prueba se pudo llegar mediante una prueba independiente.

b) La doctrina del descubrimiento inevitable. La jurisprudencia norteamericana registra el caso del interrogatorio policial a un sujeto, sin leerle sus derechos ni llamarle un abogado: En la declaración, el hombre reconoció haber dado muerte a una persona y haberla enterrado en un lugar donde, más tarde y siguiendo sus indicaciones, la policía efectivamente la encuentra. Qué duda cabe que la prueba es inaceptable, pero los Jueces norteamericanos estimaron que allí había una circunstancia concomitante, puesto que se probó que el bosque donde se encontró el cadáver estaba siendo objeto, desde antes de la confesión, de un rastreo policial y la Corte dijo que en algún momento las investigaciones iban a conducir a encontrar el cadáver y esa prueba se iba a lograr de todas maneras, así que la ilicitud inicial se deja de lado y la prueba se aceptó.

c) Principio de conexión, se relaciona con el vínculo entre la ilicitud y la producción de la prueba: hay elementos que hacen muy inconexa la ilicitud con la producción de la prueba y otros que la vinculan directamente. En este ámbito, el primer criterio es temporal, se refiere a que si entre el hecho ilícito que permite obtener la prueba y su producción en una sede judicial ha trascurrido un largo tiempo, en tanto mayor sea ese tiempo, más probable es que el tribunal se sienta llamado a aceptar esa prueba ilícita olvidando su origen.

Un segundo criterio en esta teoría, es el largo de la cadena causal: Si entre la ilicitud y la obtención de la prueba han sucedido muchos eventos que constituyeron causas de otras consecuencias, en tanto mayor sea el largo de la cadena causal, más posibilidades hay de que el tribunal acepte esa prueba ilícita y viceversa.

Las normas de ilicitud de prueba están básicamente destinadas a precaver los excesos policiales, por eso se ha dicho que, en vez de que la jurisprudencia se dedique a discutir sobre esta prueba ilícita los recursos estatales debieran dedicarse a una buena capacitación policial.

Cuando se toma partido por la proscripción absoluta de la prueba ilícita, se enfrenta al problema de que si se niega para culpar también se niega para exculpar al imputado. En otros términos, si con una prueba ilicitamente obtenida no se puede condenar, y ¿servirá ella, en cambio, para absolver? ¿Puede el imputado acreditar sus defensa con prueba así obtenida? Este es un tema muy complejo.

Las normas que prohíben la prueba ilícita resguardan las garantías de quienes cometen o son acusados de haber cometido delitos pero, en la medida que se resguardan los derechos de estas personas, finalmente se están resguardando también nuestros derechos.

No todo puede medirse con la misma vara, uno de los criterios tradicionales que se ha usado en el sistema anglosajón, para intentar marcar un deslinde es lo que se denomina el criterio de "un policía razonablemente bien capacitado":

Si a un policía, con tal razonable formación intelectual y profesional, le parece que la conducta que va a desarrollar en la investigación, no constituye un ilícito, la prueba recogida podrá utilizarse. Se trata, como se observa, de no esterilizar la actuación policial con la duda permanente acerca de la licitud del proceder. Será posible que el policía se equivoque, pero su buena fe excusará el error y legitimará la prueba.

La cuestión apunta, luego, a la ilicitud proveniente de un caso fortuito; hay muchos hechos que son resultado de un caso fortuito, pero que implican que las garantías constitucionales se afecten severamente, ¿cuál es la solución? Si la motivación que lesionó mis garantías no es deliberada sino fortuita, ¿qué hacemos? Para los defensores de las concepciones sociales o públicas, el caso fortuito permitirá que la prueba se acepte; los partidarios de preeminencia de los derechos de las personas frente al Estado, dirán que es irrelevante si la infracción a las garantías constitucionales fue deliberada o fortuita: siempre que la prueba se obtenga ilícitamente, no se puede acompañar al juicio.[229-230]

En la actualidad, en el derecho comparado se ha comenzado a criticar la extensión de la aplicación de la regla de la exclusión, porque ella conduce a que no se alcance la verdad en el proceso, no lográndose con ello la consolidación del prestigio del sistema judicial. Al efecto, se ha señalado que "la devaluación de la importancia de la verdad en nuestro sistema procesal comienza con la regla de la exclusión. Un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que sólo se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar en

---

[229] TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho. 2004.

[230] Adicionalmente sobre el tema se recomienda consultar el excelente trabajo "La Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal", de HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Colección de Investigaciones Jurídicas* N° 2. Universidad Alberto Hurtado. 2002.

forma precisa la culpabilidad del acusado tiene su orden de prioridades seriamente alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema son enormes".[231]

Se ha resuelto que se debe excluir como medio de prueba *"la grabación de dichos de la imputada, que según reconoce el Ministerio Público, obtuvo indirectamente como consecuencia de encontrarse grabando una entrevista a un funcionario policial, el solo mérito de tal reconocimiento demuestra que el contenido de esos dichos no importan una declaración prestada por ella voluntaria y deliberadamente ante el órgano investigador en los términos contemplados en el artículo 94 del CPP, afectándose de este modo su derecho de guardar silencio".*[232]

k) Pruebas ofrecidas por las partes y que son admitidas para ser rendidas en el juicio oral.

Conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 276, las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

En otras palabras, deberán ser aceptadas por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, para ser rendidas en el juicio oral, todas las pruebas que hubieren sido ofrecidas oportunamente por las partes, a menos que posteriormente respecto de los hechos sobre los cuales hubieren ellas de recaer se celebrare una convención probatoria, o se hubiere excluido por el juez de garantía la prueba ofrecida por ser impertinente, recaer sobre hechos públicos y notorios, considerarse inútil por ser sobreabundante y meramente dilatoria, provenir de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o tratarse de pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

l) Nuevo plazo para que el acusado presente prueba.

Cuando, al término de la audiencia, el juez de garantía comprobare que el acusado no hubiere ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables, podrá suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días (artículos 10 y 278).

Transcurrido el plazo, el juez reanudará la audiencia, permitiéndole al acusado que ofrezca la prueba que por causas que no le fueren imputables no hubiere podido realizar oportunamente, cautelando con ello su garantía de defensa consistente en la rendición de prueba para demostrar su inocencia o contradecir la prueba que se hubiere ofrecido rendir por el Ministerio Público y el querellante para acreditar la acusación.

m) Prueba anticipada.

En la audiencia de preparación de juicio oral los intervinientes pueden solicitar que se ordene la rendición de prueba testimonial o pericial anticipada cuando fuere

---

[231] PIZZI, William. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense.* Pág. 73. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.

[232] Corte Apelaciones de Talca, 16.5.2003. *Revista Procesal Penal* N° 11. Págs. 41 y Sgtes. Julio 2003.

previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191 (artículo 280). Luego de la modificación legal introducida por la Ley N° 20.253, dado que entre la audiencia de preparación de juicio oral y el juicio oral puede transcurrir un tiempo apreciable, se permite también que con posterioridad a la audiencia de juicio oral, pero en una audieneia especial citada para tal efecto, se pueda solicitar la prueba anticipada conforme al artículo 191.[233]

n) Solicitud de prisión preventiva o revisión por el tribunal de ella.

El Fiscal y el querellante pueden solicitar en la audiencia de juicio oral que se decrete la prisión preventiva del acusado. Al efecto, dispone el inciso 1° del artículo 142 que la solicitud de prisión preventiva podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, debemos tener presente que conforme a lo previsto en el inciso 3° de esa norma, la presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resolviere la solicitud de prisión preventiva.

Por su parte, el acusado puede solicitar la modificación o revocación de la resolución sobre la prisión preventiva de conformidad a lo previsto en el artículo 144.

Finalmente, el juez de oficio puede en la audiencia de preparación de juicio oral abrir debate acerca de mantención, modificación o revocación de la prisión preventiva conforme a lo previsto en los artículos 144 y 145.

Lo ideal sería que se tratare esta materia en dicha audiencia para que no sea necesario que el tribunal de juicio oral en lo penal tenga que celebrar una audiencia si llegare a pedirse su modificación o revocación por el acusado, dado que si se celebra el juicio oral antes del transcurso de dos meses desde esa fecha la solicitud puede ser rechazada de plano y no es susceptible de recurso de apelación (artículos 144 inciso 2° y 149).

o) Unión y separación de acusaciones (artículo 274).

La unión de acusaciones se verificará cuando el Ministerio Público formulare diversas acusaciones que el juez de garantía considerare conveniente someter a un mismo juicio oral, y siempre que ello no perjudicare el derecho a defensa, decretando en tal caso la apertura de un solo juicio oral.

Los motivos que justifican la unión de las acusaciones y la apertura para todas ellas de un solo juicio oral son los siguientes:

i) Si las acusaciones estuvieren vinculadas por referirse a un mismo hecho.

ii) Si las acusaciones se refirieren a un mismo imputado, o

iii) Porque respecto de las diversas acusaciones debieren ser examinadas unas mismas pruebas.

La separación de acusaciones por el juez de garantía se verifica dictando autos de apertura del juicio oral separados para distintos hechos o diferentes imputados que estuvieren comprendidos en una misma acusación.

---

[233] En este sentido, véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Pág. 67. 2008.

Los motivos que justifican la separación de las acusaciones y la apertura de diversos juicios orales para su conocimiento son los siguientes:

i) Cuando de ser conocida las acusaciones en un solo juicio oral, pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio, o

ii) cuando de ser conocida las acusaciones en un solo juicio oral, pudiere provocar detrimento al derecho de defensa.

La limitación que tiene la separación de acusaciones consiste en que ello no implicare el riesgo de provocar decisiones contradictorias.

21.3. El auto de apertura del juicio oral

21.3.1. Oportunidad y forma de pronunciamiento

El denominado auto de apertura de juicio oral se debe dictar por el juez de garantía, oralmente, al término de la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 277 inciso 1°).

21.3.2. Contenido del auto de apertura de juicio oral

El auto de apertura de juicio oral deberá indicar: (artículo 277 inciso 1°)

a) El tribunal competente para conocer el juicio oral; que no será otro por regla general que el tribunal oral del territorio jurisdiccional del juez de garantía.

b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas;

c) La demanda civil;

d) Los hechos que se dieren por acreditados a través de las convenciones probatorias que hubieren celebrado las partes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275;

e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral por haber sido aceptadas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 276;

f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, esto es, los abogados litigantes, el acusado, los testigos y los peritos, con mención especial de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos;

g) La decisión del juez de garantía de dejar la resolución de las excepciones de previo y especial pronunciamiento de cosa juzgada y de extinción de la responsabilidad penal para el juicio oral (artículo 271);

h) La mención que pone a disposición del tribunal de juicio oral en lo penal a las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares personales, debiendo dejarse siempre constancia de la época que el acusado estuvo privado de libertad, ya sea por detención o prisión preventiva, para los efectos de la determinación de imputación de ella a la condena que se imponga (artículos 348 inciso 2° del CPP y 28 del C. Penal);

i) Debe disponerse la devolución a los intervinientes de los documentos que hubieren presentado durante el procedimiento (artículo 279), y

j) La expresión en letras de la fecha y lugar en que se expide el auto de apertura de juicio oral y la firma del juez que la dictare (artículos 37 y 52 del CPP y 169 del CPC).

21.3.3. Notificación del auto de apertura de juicio oral

Por tratarse de una resolución dictada en una audiencia se entiende notificada a los intervinientes en el momento de su lectura, dejándose constancia de ello en el estado diario (artículo 30).

21.3.4. Naturaleza jurídica de la resolución de apertura del juicio oral

Se trata claramente de una sentencia interlocutoria, porque se pronuncia sobre un tramite que debe servir de base para la dictación de la sentencia definitiva como es la que debe pronunciarse en el juicio oral (artículos 158 CPC y 52 CPP).

Lo anterior se demuestra claramente en el inciso 1° del artículo 281, al ser el denominado auto de apertura de juicio oral que pronuncia el juez de garantía el único antecedente que debe remitirse, dentro de las 48 horas, al tribunal de juicio oral en lo penal.

En caso alguno, podemos señalar que nos encontramos frente a un auto, puesto que esta resolución no se pronuncia sobre un incidente, sin establecer derechos permanentes entre las partes.

No obstante, dado que el legislador regula su contenido, forma de notificación y los recursos que proceden en su contra, la discusión sobre la naturaleza jurídica de esta resolución pasa a revestir un carácter mas bien meramente académico.

21.3.5. Recursos en contra del auto de apertura del juicio oral

Regla general.

La regla general es que el auto de apertura de juicio oral es inapelable y, además, dado que se trata de una sentencia interlocutoria que no pone término al juicio o hace imposible su continuación es además improcedente en su contra el recurso de queja.

Sin perjuicio de ello, el carácter de inapelable de la resolución no obsta por mandato expreso del legislador a que con posterioridad sea procedente, en su caso, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales (artículos 277 inciso final y 370).

Apelación excepcional.

El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando concurrieren los siguientes dos requisitos copulativos:[234]

[234] Durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.074 se planteó la posibilidad que el auto de apertura también pudiera ser objeto del recurso de apelación por parte de la defensa. Así queda constancia

a) Lo interpusiere el Ministerio Público, y

b) El motivo de la apelación fuere solamente la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía por provenir de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y haber sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (artículo 277 inciso 2º).

Este recurso será concedido en ambos efectos.

La procedencia del recurso de apelación en este caso, sólo a favor del Ministerio Público se relaciona con que dicha exclusión probatoria se refiere precisamente a las pruebas de cargo por ilegalidad en su obtención.

La exclusión de pruebas permite a la defensa interponer el recurso de nulidad, pero, al respecto, la Corte Suprema ba entendido que este último recurso solamente dice relación con la vulneración de garantías en el juicio oral o en la sentencia y no en la etapa de investigación. Consecuente con lo anterior se modificó expresamente la letra a) del artículo 373, el que actualmente dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

"a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados

---

Continuación nota [234]

en el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, Pág. 149, que "Los representantes del Gobierno afirmaron que, de aceptarse la modificación plantcada, siempre que haya exclusión de prueba por cualquier causa las partes van a apelar y, como la exclusión de prueba es una cuestión común, la apelación en ambos efectos que se plantea se va a transformar en un problema ya que paralizará rápidamente el sistema. Por otro lado, el artículo 276 especifica con claridad y profundidad qué se entiende por prueba impertinente, por tanto no es una situación que queda al arbitrio del juez. El Honorable Senador señor Espina señaló que hay que estudiar con detención esta proposición, ya que se corre el riesgo de instalar nuevamente una doble instancia para la mayoría de las actuaciones del nuevo proceso penal, lo que significaría desvirtuar aspectos que son esenciales de este nuevo procedimiento.

El profesor Raúl TAVOLARI explicó que esta propuesta es razonable ya que perfectamente puede haber prueba ilícita a favor de la defensa. Esta Indicación vela por el cumplimiento del principio de garantía e, incluso, la doctrina penal discute y admite en ciertos casos la procedencia de prueba ilícita a favor del imputado. Con todo, deberá haber perjuicio para que la parte respectiva pueda apelar de esta resolución. El señor Fiscal Nacional, señor Guillermo Piedrabuena, señaló que tal como está la disposición en este momento, este auto sólo es apelable por el Ministerio Público. La *ratio legis* de la disposición actual se basa en la preocupación cuando se excluye prueba del Ministerio Público, ya que es difícil que haya exclusión de prueba de la defensa. Con todo, agregó, sería útil abrir la puerta para que ambas partes puedan apelar y que los motivos de apelación no sean sólo por calificación de ilicitud de la prueba, sino por exclusión de prueba motivado en cualquier causal. Precisó que hoy la defensa igual está impugnando fallos por exclusión de prueba, alegando, vía nulidad, que dicha exclusión infringió la garantía el debido proceso. No obstante, jamás ha prosperado esta vía. El Defensor Nacional, señor Rodrigo Quintana, explicó que esta Indicación busca equilibrar a la defensa en materia de impugnación por exclusión de pruebas durante la audiencia de preparación de juicio oral. La actual redacción de la norma en comento hace imposible impugnar las eventuales privaciones de prueba de la cual puede ser objeto la defensa. De ahí que se hace del todo necesario tener la posibilidad, al igual como actualmente la detenta el Ministerio Público, de recurrir a un tribunal superior, con el fin de que se pronuncie por tal controversia. La actual redacción deja en muchos casos a la defensa sin la posibilidad de presentar prueba en el juicio oral, traduciéndose tal situación en una completa indefensión del acusado".

por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

Ahora bien sin perjuicio de lo anterior, el TC, en sentencia librada con fecha 28 de enero de 2010, en causa rol N° 1.535-09, declaró inaplicable en dicha causa el inciso 2° del artículo 277, en la parte que dispone que el recurso de apelación sólo puede interponerlo el Ministerio Público, al estimar que aquello constituía una violación al debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 y al derecho de igualdad ante la ley .

"Vigesimoctavo. "Que de todo lo considerado queda claro que el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3° del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26°, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar;

Vigesimonoveno. Que, analizado lo anterior en conjunto con los estándares de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso jurisdiccional, es menester concluir que los mismos se ven violentados por la limitación que contiene el precepto en comento, en torno al derecho a expresar sus agravios a través del recurso de apelación;

Trigésimo. Que el efecto contrario a la Constitución se produce sólo por la oración ya transcrita. En este sentido, no obstante que el núcleo central del efecto inconstitucional atenta en contra del artículo 19, N° 3°, también resulta evidente que se violenta la igualdad ante la ley, como se analizará en el capítulo siguiente, en tanto dos personas que son sujetos activos de un proceso penal se encuentran en la misma situación procesal y la ley priva a uno de ellos del derecho a entablar recursos respecto de una resolución que determina lo que será en la práctica todo el juicio oral, incidiendo en la prueba que, como es obvio, es básica para establecer el hecho punible, los partícipes y las circunstancias que lo rodean".

21.3.6. Sobreseimiento en caso de exclusión de pruebas

El legislador contempla actualmente una situación particular originada en la exclusión de pruebas de cargo que la fiscalía considere esenciales para sustentar la acusación. En efecto, en el evento de excluirse dichas pruebas y quedar firme dicha la resolución, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo, lo que se decretará citando el juez de garantía a una audiencia especial convocada al efecto (artículo 277 inciso final).

En este caso se busca evitar la situación forzada en que se encontraba la fiscalía de llegar al juicio oral en circunstancias que conforme la exclusión de esa prueba esencial probablemente se dictaría una sentencia absolutoria.[235]

---

[235] Debe señalarse que durante la discusión parlamentaria la opción planteada por el Ministerio Público era concederle a éste la posibilidad de comunicar su decisión de no perseverar en este evento pero finalmente se consignó sólo la posibilidad de solicitar el sobreseimiento.

21.3.7. Remisión del auto de apertura de juicio oral

El juez de garantía hará llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que quede firme[236], si es que no se hubiere excluido prueba por provenir de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y haber sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

En cambio, si el juez de garantía hubiere efectuado semejante exclusión deberá esperar el transcurso del plazo de cinco días que se concede al Ministerio Público para deducir el recurso de apelación.

Si el Ministerio Público no deduce el recurso de apelación, se deberá remitir el expediente dentro de las 48 horas desde que hubiere quedado ejecutoriada la resolución.

En cambio, si se deduce el recurso de apelación por el Ministerio Público no podrá remitirse el auto de apertura de juicio oral por deberse conceder la apelación en ambos efectos. En este caso, el auto de apertura y la resolución que se hubiere pronunciado sobre la apelación deducida en su contra deberán ser remitidas al tribunal de juicio oral dentro de las 48 horas en que se hubiere decretado por el juez de garantía el "Cúmplase" y notificado dicha resolución por el estado diario (artículo 281).

22. EL JUICIO ORAL

El Juicio Oral, que conforma la última fase o etapa del procedimiento ordinario en el proceso penal, se encuentra reglamentada en el Título III del Libro II del CPP, el que comprende los artículos 281 a 351.

El juicio oral es la etapa del procedimiento ordinario que se desarrolla en forma oral, pública, continua y concentrada ante el tribunal oral en lo penal competente, en el cual el Ministerio Público, el acusador particular y el actor civil, si los hubiere, presentarán su caso; y el acusado formulará su defensa, respecto de cuyos elementos fácticos los intervinientes pretenderán sustentar o rebatir con las pruebas a rendirse exclusivamente en esta instancia, formulando los alegatos de clausura para demostrar la procedencia o no de que se haga efectiva la pretensión punitiva estatal, luego de lo cual y antes del término de la audiencia los miembros del tribunal oral en lo penal deben dar a conocer su veredicto, pudiendo ser redactada posteriormente la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria dentro del plazo legal.

El juicio oral es la etapa más importante del proceso penal, puesto que es allí donde se va a resolver de modo definitivo el conflicto penal, configurado por el ejercicio de

[236] La Ley N° 20.074 modificó el artículo 281 para hacer coincidir la posibilidad de apelación que se concede en contra del auto de apertura del juicio oral y el momento en que se entiende firme para los efectos de su remisión al tribunal del juicio oral en lo penal. Con anterioridad a la modificación, el plazo de 48 horas se contaba desde la notificación del auto de apertura.

la pretensión punitiva estatal versus el derecho a la libertad del acusado, amparado por la presunción de inocencia.[237]

Las dos etapas anteriores, como son la investigación y audiencia de preparación de juicio oral tienen un carácter meramente preparatorio para el juicio oral, única etapa en la cual puede dictarse la sentencia dentro del juicio ordinario, que resuelva ejercer definitivamente la pretensión punitiva estatal.

22.1. Principios de juicio oral

Los principios más relevantes que reciben aplicación en el juicio oral son los de bilateralidad de la audiencia o contradicción; dispositivo o presentación de partes; buena fe o imparcialidad, oralidad, inmediación, continuidad y concentración, publicidad, orden consecutivo legal atenuado y preclusión.

A. Bilateralidad de la audiencia o contradicción

El principio de la bilateralidad de la audiencia o contradicción recibe plena aplicación, dado que se exige en primer lugar la presencia de los sujetos procesales que representan las pretensiones esenciales del proceso penal para que pueda el juicio oral llevarse a cabo.

En primer término se requiere la presencia ininterrumpida de los jueces durante todo el juicio oral, siendo la ausencia de uno de los jueces que pronunciará la sentencia definitiva una causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia que se dicte en él (artículos 284 y 374 letra b).

En segundo lugar, se requiere la presencia ininterrumpida del fiscal, siendo la ausencia de éste también una causal para deducir el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral (artículos 284 y 374 letra b).

En tercer lugar, se requiere de la presencia del acusado durante toda la audiencia.

La presencia del acusado al inicio de la audiencia es un requisito indispensable para dar inicio al juicio oral. En caso de ausencia del acusado, debe disponerse la suspensión de la audiencia (artículo 252) y despachar orden de detención o prisión preventiva en su contra (artículo 33), debiendo decretarse el sobreseimiento temporal de la causa hasta que el imputado compareciere o fuere habido si no pudiere cumplirse esa orden (artículo 101 inciso 2°)

---

[237] Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, durante el año 2009 el año 2009 se realizaron 7.608 juicios orales, siendo las regiones V y VIII las que registraron la mayor cantidad, con un 13,7% y 11,4%, respectivamente.

Como resultado de los juicios orales realizados se dictaron a nivel de casos 6.528 sentencias condenatorias, lo que representa un 85,8% del total de sentencias definitivas condenatorias, y 1.080 sentencias absolutorias (14,2%).

A nivel nacional, el tiempo promedio de tramitación de los casos que terminaron con juicio oral fue de 426 días. En particular, los delitos con mayor tiempo promedio son los correspondientes a delitos económicos y delitos funcionarios, con 950 días y 799 días respectivamente.

Sin embargo, luego del inicio del juicio no es siempre necesaria la presencia ininterrumpida del acusado, dado que el tribunal de juicio oral puede autorizar su salida cuando éste lo solicitare, ordenando su permanencia en una sala próxima. Asimismo, el tribunal podrá disponer que el acusado abandonare la sala de audiencia, cuando su comportamiento perturbare el orden.

En ambos casos, el tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar la oportuna comparecencia del acusado. El presidente de la sala deberá informar al acusado de lo ocurrido en su ausencia, en cuanto éste reingresare a la sala de audiencia.

En todo caso, esta ausencia se verifica siempre encontrándose el imputado a disposición del tribunal, y por ello no se produce la suspensión del procedimiento.

En cambio, si la ausencia del imputado se produce porque abandona el juicio o no asiste a las audiencias posteriores se deberá despachar orden de detención o prisión preventiva en su contra (artículo 33) y llegar a declararlo rebelde si no fuere habido. Sin embargo, en este caso la rebeldía no impide que el juicio oral siga adelante si ella se ha producido respecto de un imputado a quien se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio oral, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo faltare la dictación de la sentencia (artículo 283 inciso 2°).

En cuarto lugar, se requiere la presencia ininterrumpida del defensor, siendo la ausencia de éste también una causal para deducir el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral (artículos 103, 286 y 374 letra b).

Sin embargo, la no comparecencia del defensor a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 106.

No se podrá suspender la audiencia por la falta de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designará de inmediato un defensor penal público al que se concederá un período prudente para interiorizarse del caso (artículo 286 inciso 3°). A contrario sensu, la ausencia de defensor penal público si hace procedente la suspensión de la audiencia.

Finalmente, debemos señalar que tienen derecho a estar presentes el querellante que hubiere formulado una adhesión a la acusación o acusación particular y el actor civil, quien no es más que la víctima que hubiere deducido oportunamente su demanda civil en contra del acusado.

La incomparecencia injustificada del querellante o si se ausenta durante la audiencia del juicio sin autorización del tribunal hace procedente que se declare abandonada la querella, sin que pueda seguir actuando en el proceso (artículos 120 letra e) y 121). En este caso, estimamos que no es procedente el recurso de apelación en contra de la resolución que declara el abandono (artículo 120 inciso final) por primar las normas especiales contempladas en los artículos 290 y 364 que hacen improcedente el

recurso de apelación en contra de las resoluciones que se pronuncian por el tribunal de juicio oral en lo penal.

Finalmente, si quien no comparece a la audiencia de juicio oral es la víctima que hubiere ejercido la demanda civil se declarará el abandono de la acción civil (artículo 64).

En consecuencia, en primer término y por regla general se manifiesta el principio contradictorio o de la bilateralidad de la audiencia por existir siempre una cautela de la presencia física por parte de quienes son esenciales para el ejercicio de la función de juzgar, postular el ejercicio de la pretensión punitiva y asumir la defensa frente a esa postulación.

En segundo lugar, el principio de bilateralidad de la audiencia o contradictorio se manifiesta otorgándose dentro del juicio oral a los sujetos procesales su derecho a formular los alegatos iniciales para exponer sus pretensiones y defensas (artículos 325 inciso final y 326 inciso 1°); la interrogación y contra interrogación de los testigos y peritos que se presenten durante el juicio oral (artículo 330), y los alegatos de clausura en relación a las conclusiones formuladas por las partes (artículo 338).

En consecuencia, se reconoce el principio de bilateralidad de la audiencia o contradictorio en la medida que se otorga a todas las partes los mismos derechos para efectuar sus labores de postulación, presentación y control de la prueba, y formulación de las conclusiones respecto de las pretensiones y defensas hechas valer.

B. Dispositivo y presentación de partes

En primer lugar, se reconoce la aplicación absoluta del principio dispositivo, dado que la acusación dentro del juicio oral jamás puede llegar a ser planteada por parte del órgano jurisdiccional y menos puede ser ella sustentada dentro del curso del mismo por una persona diversa al fiscal, o del querellante en caso de forzamiento de la acusación (artículos 259, 325 inciso 2°, 328, 338).

Por otra parte, rige en plenitud dentro del juicio oral el principio de presentación de partes, dado que corresponde exclusivamente al Ministerio Público, querellante, actor civil y acusado ofrecer la prueba que se va a rendir dentro del juicio oral (artículos 259 inciso 2°, 261 letra c), 60 inciso final, 263 y 268), determinar el orden en que rendirá la prueba dentro del juicio oral le corresponde a los sujetos procesales (artículo 328) y son ellos los que deben rendir las pruebas y formular las preguntas y contrainterrogaciones que les realizarán a los testigos y peritos (artículo 330).

Se ha resuelto que la falta de aplicación del principio de contradictoriedad en relación con la prueba ofrecida por una parte puede conducir a que se reste valor probatorio a la misma. En este sentido, se ha declarado que si bien el tribunal no pone en duda la credibilidad de los dichos de los funcionarios de Carabineros en cuanto a que efectivamente escucharon la versión del detenido reconociendo su autoría en el ilícito e incriminando otro imputado en el mismo, dichos testimonios de oídas no resultan suficientes a juicio de estas sentenciadoras para tener por establecida la au-

toría del acusado en tal ilícito en ninguna de las formas establecidas en el artículo 14 del Código Penal, ya que lo escuchado por éstos proviene de uno de los detenidos, que sin embargo no prestó declaración formal alguna ante la policía, el Ministerio Público ni en estrados a fin de ratificar sus dichos, y por ende limitó las facultades probatorias de la defensa, impidiéndole examinar dicha versión, vulnerando el principio de contradictoriedad, que resulta indispensable para verificar la calidad de la prueba rendida en el juicio.[238]

En consecuencia, al tribunal le corresponde un papel pasivo en cuanto a las pruebas que se ofrecen y se rinden dentro del juicio oral, sin que se comprenda incluso la facultad de decretar medidas para mejor resolver, dado que se concibe a la prueba esencialmente como una actividad de parte. Es por ello que se ha resuelto que el tribunal en un sistema adversarial, debe limitarse a valorar la prueba rendida, siendo de soberana determinación del Ministerio Público cual y cuanta prueba es necesaria para satisfacer el estándar de convicción del tribunal.[239]

Sólo excepcionalmente se contempla la facultad para el órgano jurisdiccional la facultad de intervenir en la rendición de la prueba, pero con limitadísimas facultades, dado que si asumiera una papel mayor que corresponde a la parte se estaría rompiendo con el principio de la igualdad e imparcialidad que debe regir en el juicio oral.

En este sentido, se señala en el inciso 4° del artículo 329 que los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito solamente con el fin de aclarar sus dichos, lo que implica que claramente la actividad principal dice relación con el interrogatorio que deben efectuar las partes y no el órgano jurisdiccional; y por otra parte, se contempla en el artículo 337 que cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, manteniendo todas las formalidades propias del juicio.

En otras palabras, las facultades del tribunal no dicen relación con el ofrecimiento y la rendición de prueba, sino que las únicas atribuciones que se le otorgan excepcionalmente dicen relación con la mera aclaración de circunstancias relacionadas con la prueba que se han presentado por las partes en el curso del juicio, siendo su papel como órgano jurisdiccional los de interpretar y valorar la prueba rendida.

En esta materia, se nos ha señalado que "admitir que el juez sea corresponsable 'o principal responsable' de la 'destrucción' del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo cofiscal, colocando al acusado– inocente en la situación graficada

---

[238] Corte de Apelaciones de La Serena. 23.5.2003. *Revista Procesal Penal* N° 11. LexisNexis. Págs. 128 y Sgtes. Julio 2003.

[239] Corte Apelaciones Antofagasta. 31.8.2002. RIT N° 20-2002. *Revista Procesal Penal* N° 2. LexisNexis. Págs. 93 y Sgtes. Octubre de 2002.

por el refrán popular: 'quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor' lo que nos parece, por cierto, un paradigma de igualdad".[240]

C. Buena fe e imparcialidad

El principio de la buena fe está vinculado a que las partes sólo pueden hacer valer dentro del juicio oral aquellas pruebas que fueren producto de actuaciones válidas o que se hubieren obtenido sin infracción de los derechos fundamentales, dado que la ilicitud de los medios empleados puede conllevar la invalidación del fallo que se basa en ellos y del procedimiento del cual éste emana.

Al efecto, se prescribe en el inciso segundo del artículo 334 que no se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales, demostrándonos con ello que también el tribunal oral en lo penal es un contralor respecto de la licitud de las pruebas que pudieren hacerse valer dentro del juicio oral, además del juez de garantía conforme a lo previsto en el inciso 3º del artículo 276.

En este sentido, es que se debe velar por parte del órgano jurisdiccional en brindar protección a los testigos y a los peritos, para que ellos declaren libres de toda amenaza o presión y con la máxima tranquilidad, a fin de poder ponderarse adecuadamente sus testimonios (artículos 308 y 322).

Finalmente, para impedir que se prejuzgue respecto de la conducta del acusado con motivo de otros antecedentes diversos a los existentes en el proceso, se impide que se pueda invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado (artículo 335).

D. Oralidad

En el juicio oral rige el principio de la oralidad, en cuanto todos los planteamientos, las pruebas y las decisiones deberán hacerse en forma verbal, con la sola excepción de la sentencia definitiva que es escrita, sin perjuicio de darse a conocer a las partes mediante su lectura en una audiencia.

Al efecto, se dispone en el artículo 291, que la audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio.

---

[240] Cafferata Nores, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Imparcialidad del juez.* Págs. 49 y 50. Ediciones del Puerto. 1997. Buenos Aires. Argentina.

El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral.

Las declaraciones de los testigos y peritos no puede ser practicada mediante la lectura de registros en que consten anteriores declaraciones o documentos en que ellas se contuvieren (artículo 329 inciso 1°).

Por otra parte, se establece la prohibición de incorporar o invocar como medios de prueba ni de dar lectura durante el juicio oral a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público (artículo 334 inciso 1°).

Hacen excepción al principio anterior, en los cuales es posible la reproducción[241] de declaraciones de testigos peritos o imputados que constaren en registros las siguientes:

a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192[242] y 280 (artículo 331 a);

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal (artículo 331 b);

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado (artículo 331 c);

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía (artículo 331 d), y

e) Después de haber prestado declaración el acusado o un testigo se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal[243] o el juez de garantía, *cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes* (artículo 332).

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

---

[241] La Ley N° 20.074 reemplazó la expresión "lectura" por "reproducción".

[242] Por la modificación contenida en la Ley N° 20.074 se agregan como declaraciones que pueden ser introducidas a través de lectura en el juicio oral la prueba anticipada rendida en el extranjero.

[243] El señor Fiscal Nacional destacó que los acuerdos de la Comisión acerca de la intervención en los procesos del abogado asistente del fiscal le han reconocido la facultad para recibir las declaraciones de testigos, mas no la del imputado; éste, según los artículos 193, 194 y 326 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede declarar frente al fiscal. Por tanto, el abogado asistente, en el juicio oral, sólo puede hacer fe de las declaraciones prestadas ante él por los testigos; por tal razón, concluyó, es necesario introducir la distinción correspondiente, para que no quepa duda que la disposición, en lo que respecta a los abogados asistentes del fiscal, sólo se refiere a las declaraciones de los testigos.

f) Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen.

El tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ellos (artículo 333).

Finalmente, pueden declarar por escrito o por medio de intérpretes por quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano (artículo 291 inciso 3°).

Por otra parte, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo.

Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser sustituida por la presentación del informe.

E. Registro completo

Todo lo actuado en el juicio oral al igual que las otras audiencias ante los jueces con competencia penal, deberá ser registrado en forma íntegra, por cualquier medio que asegure fidelidad, tal como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente (artículo 41).

F. Inmediación

El principio de la inmediación se caracteriza porque los miembros del tribunal oral deben tener una presencia ininterrumpida durante toda la audiencia de juicio oral (artículo 284), sin que puedan tomar parte en la dictación de la sentencia quien no hubieren estado presentes durante la totalidad de la audiencia, puesto que en tal caso se generará un motivo absoluto de nulidad según lo previsto en la letra b) del artículo 374.

El principio de la inmediación resulta esencial, puesto que no es posible delegar las funciones (artículo 35), debiendo los jueces que dictarán la sentencia estar presentes durante toda la audiencia, dado que el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (artículo 340 inciso 2°), cuyo valor deben determinar los propios jueces conforme al sistema de la sana crítica (artículo 297), debiendo fundamentar tanto su veredicto que deben comunicar al término de la audiencia (artículo 343) y, en especial, la sentencia definitiva que deben dictar con posterioridad de acuerdo con los hechos que determinarán según la valoración de la prueba rendida en el juicio oral (artículo 342 letra c), todo lo cual es posible de realizar exclusivamente sólo por jueces que hubieren estado presentes en el juicio oral.

G. CONTINUIDAD Y CONCENTRACIÓN

Dado que se exige la presencia ininterrumpida durante el juicio oral no sólo de los jueces, sino que también del fiscal, el defensor, acusado, acusador particular y actor civil, se requiere para que ello sea posible que el juicio se desarrolle sin solución de continuidad, y además realizando las actuaciones del mismo en la forma más concentrada y con la mayor brevedad, eficacia, y precisión posible.

La continuidad y concentración del juicio oral se consagra en los artículos 282, 283, 292, 343 y 344 de éste, de acuerdo con los cuales:

1°. El juez presidente de la sala dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren y moderará la discusión.

Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa.

También podrá limitar el tiempo del uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo de su facultad.

2°. La audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión.

3°. Constituirán, para estos efectos, sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal.

4°. El tribunal podrá suspender la audiencia hasta por dos veces solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. Al reanudarla, efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

5°. El juicio se suspenderá por las causas de sobreseimiento temporal señaladas en el artículo 252. Con todo, el juicio seguirá adelante cuando la declaración de rebeldía se produjere respecto del imputado a quien se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio oral, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo faltare la dictación de la sentencia.

6°. La suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que excediere de diez días impedirá su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio.

7°. Cuando fuere necesario suspender la audiencia, el tribunal comunicará verbalmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tendrá como suficiente citación.

8°. Se fijan plazos breves y perentorios para la comunicación del veredicto (artículo 343) y para la redacción y lectura de la sentencia (artículo 344).

La continuidad y concentración se encuentran relacionadas con la aplicación del principio de la mediación y oralidad, que son los que permiten la valoración de la prueba conforme a la sana crítica, al tener que mediar el menor tiempo posible entre la rendición de la prueba y su ponderación por parte del tribunal.

Sin perjuicio de ello, para la eficacia del sistema se requiere además que medie el menor tiempo posible entre la comisión del hecho y la fecha en la cual declara un testigo, dado que claramente el transcurso del tiempo es uno de los factores que deben considerarse respecto de la precisión y eficacia de su declaración.

9°. Si no ha comenzado la audiencia del juicio oral, lo que se entiende que ocurre cuando se hubiere iniciado el juicio, el tribunal puede acceder al cambio de fecha solicitado por alguno de los intervinientes si existen motivos calificados para ello.

10°. No se encuentra establecida sanción procesal alguna en caso que se cambie de fecha del juicio en más de dos ocasiones, y el tribunal de juicio oral no incurriría en ningún vicio que afectare la validez del juicio si en definitiva el inicio del juicio oral no se verificare dentro de los sesenta días desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

H. PUBLICIDAD

La regla general es que la audiencia del juicio oral sea pública, entendiéndose con ello que tienen acceso a la Sala donde ésta se desarrolla, no sólo los intervinientes, sino que también el público en general (artículo 289 inciso 1°).

Excepción:

1°. Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia (artículo 329 inciso final), limitación que se establece con una finalidad de eficacia probatoria para estos medios de prueba.

2°. El tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia;

b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, y

c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

3°. Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá.

I. ORDEN CONSECUTIVO LEGAL ATENUADO

Respecto del juicio oral recibe aplicación el orden consecutivo legal, dado que el CPP se encarga de establecer con carácter general el orden en el cual debe desarrollarse éste y las diversas fases que respecto del mismo se comprenden.

Además, establece la oportunidad en que se debe rendir la prueba que debe servir de base a la sentencia, que no es otra que aquella que se rinde en el juicio oral (artículo 296), la oportunidad para promover y resolver todos los incidentes que digan relación con la audiencia de juicio oral los que deben promoverse por la parte durante éste y el tribunal resolverlos en forma inmediata, sin que sean susceptibles de recurso alguno (artículo 290), y finalmente, establece además plazos perentorios que el tribunal debe respetar para la validez del juicio, como son los que dicen relación con el plazo máximo de 10 días que puede durar su suspensión (artículo 283 inciso 3°), el plazo en el cual debe emitir el veredicto (artículo 343) y el plazo para la redacción y lectura de la sentencia (artículo 344).

Sin perjuicio de ello, se aprecia también una aplicación del orden consecutivo discrecional, al establecerse que el juez presidente de la sala dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren, moderará la discusión, podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa, y finalmente, puede limitar el tiempo del uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo de su facultad (artículo 292).

Finalmente, podemos señalar que existe adicionalmente una aplicación del orden consecutivo convencional, en cuanto a que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra (artículo 328).

Sin embargo, debemos tener presente que concluida una etapa del juicio oral no será posible volver a una anterior y así, por ejemplo, encontrándose el juicio oral en la etapa de rendición de prueba no es posible pretender volver a la etapa de los alegatos de apertura para hacer valer nuevos fundamentos, siendo la más clara aplicación de la preclusión de las fases de un juicio lo que se establece en el inciso 2° del artículo 165 respecto del efecto expansivo de la nulidad procesal. De acuerdo con ello, resultará incompatible con el orden consecutivo legal por la preclusión o extinción de la facultad que ello conlleva pretender realizar una actuación corresponde a una fase anterior a aquella en la cual se encuentra el proceso.

J. PRECLUSIÓN

Por regla general, como hemos visto con anterioridad el avance del juicio oral hacia una etapa anterior conduce a la extinción en el ejercicio de las facultades que corresponden a una etapa anterior.

Además, atendida la continuidad y concentración que debe tener el juicio oral, se prevén brevísimas oportunidades para ejercer los derechos, y es así, como que debe

tener los incidentes se deben promover y resolver de inmediato por parte del tribunal, sin recurso alguno (artículo 290).

Sin embargo, muchas veces el legislador atenúa la aplicación de este principio en aras a obtener mayores antecedentes o mejor calidad en relación con la prueba rendida, y es así como, por regla general, las preguntas y contrainterrogatorio debe efectuarse cuando el testigo depone, a menos que a solicitud de alguna de las partes autorice el tribunal un nuevo interrogatorio a los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia (artículo 329); por regla general durante el juicio oral sólo es posible rendir la prueba que se hubiere ofrecido y aceptado en la preparación de juicio oral (artículo 276 inciso final), no obstante que excepcionalmente dentro del juicio oral, a petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad (artículo 336).

K. LIBERTAD PROBATORIA

En proceso penal, se ha establecido el sistema de la prueba libre o discrecional.

En este sentido, se ha señalado respecto del nuevo sistema procesal penal, que "el sistema de prueba contemplado es el de completa libertad probatoria, lo que significa como regla general que todo hecho puede ser probado por cualquier medio de prueba".[244-245]

Al efecto, se establece expresamente al efecto el artículo 295 del CPP, titulado libertad de prueba, que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley; y el artículo 323 denominado medios de prueba no regulados expresamente establece que "podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.[246]

---

[244] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del CPP". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Pág. 7.

[245] En este sentido se ha fallado Corte Apelaciones de Temuco. 6.8.2002. *Revista Procesal Penal* N° 2. LexisNexis. Págs. 134 y 135. Octubre de 2002.

[246] En este sentido se ha declarado que la incorporación al juicio oral de los resultados de la medida de interceptación telefónica se realizará de la manera que determine el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva. En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia. Tribunal de juicio oral de Temuco. 13.3.2003. Revista Procesal Penal N° 9. LexisNexis. Págs. 73 y Sgtes. Mayo 2003.

De acuerdo con este sistema, la enumeración de los medios de prueba que se efectúa implícitamente en el CPP al regular algunos de ellos en cuanto a la forma de rendirlos, tiene sólo un carácter referencial.

Según esos preceptos, en el nuevo proceso penal se deja al juez en libertad para admitir la utilización de los medios de prueba por las partes que considere aptos para la formación de su convencimiento, debiendo determinar la forma de su incorporación al procedimiento de los no regulados por el legislador, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

En el actual sistema procesal penal, en el artículo 276 del CPP se contempla expresamente la prohibición de utilizar algunos medios por razones de legalidad, moral y de libertad personal.

Finalmente, la apreciación en cuanto al valor de todos los medios de prueba queda entregada al tribunal según el sistema de la sana crítica, conforme a lo previsto en el artículo 297.

L. SANA CRÍTICA

En el Código Procesal Penal rige como sistema general de apreciación de la prueba el sistema de la sana crítica.

Al efecto, establece el artículo 297 titulado, Valoración de la prueba, que "*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Por su parte, el artículo 340, titulado, Convicción del tribunal, nos señala que "*nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.*

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

El artículo 342, titulado, Contenido de la sentencia, nos señala en las letras c), d) y e) que "La sentencia definitiva contendrá:

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado,

y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo;

e) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar;

El artículo 343, titulado, Decisión sobre absolución o condena, nos señala que "una vez concluida la deliberación privada de los jueces, de conformidad a lo previsto en el artículo 339, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones.

Excepcionalmente, cuando la audiencia del juicio se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prolongar su deliberación hasta por veinticuatro horas, hecho que será dado a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión les será comunicada.

La omisión del pronunciamiento de la decisión de conformidad a lo previsto en los incisos precedentes producirá la nulidad del juicio, el que deberá repetirse en el más breve plazo posible.

En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.

Finalmente, los artículos 373 y 374 nos señalan, como medio para reclamar del vicio de la no apreciación de la prueba correctamente en la sentencia, que:

Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);

En este sentido se ha resuelto que *"el juicio y la sentencia serán siempre nulos cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), d) o e) del CPP".*[247]

Sobre la materia se ha señalado respecto del CPP que *"el nuevo Código se afilia, sin duda alguna, al régimen de ponderación de la prueba llamado de la sana crítica, tan común hoy en los ordenamientos procesales latinoamericanos. No obsta a lo anterior, la circunstancia de no emplearse el "nomen iuris" referido en las disposiciones del cuerpo legal, porque ello obedece a la comprobación –perfectamente correcta– que efectuara la Comisión senatorial, en el sentido que el escaso desarrollo dogmático de la ciencia jurídica nacional ha llevado a la jurisprudencia a confundir apreciación de la prueba en conciencia con apreciación conforme a la sana crítica y, en consecuencia, para evitar equívocos, el legislador, sabiamente, optó por describir, genéricamente, lo que importa la apreciación con arreglo a la sana crítica, antes de dejar librado al interprete precisar el sentido de un concepto".*[248]

Lo que debe extraerse de este párrafo referido a las atribuciones conferidas a los jueces para ponderar la prueba, es que éstos han quedado autorizados para otorgar mérito a las pruebas con libertad y sin más limitantes que las que impongan la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.[249]

En el mismo sentido, se ha señalado que "en términos de la comisión de constitución de la Cámara alta, este artículo (287) instaura el "sistema de libertad de apreciación de la prueba" en lugar del "sistema de prueba legal o tasada", que existiría a su juicio en el actual Código de Procedimiento Penal, en que es la propia ley, la que determina el valor que debe asignarse a cada medio probatorio. Agrega que no consagra empero un "sistema de libre convicción", que es propio de los jurados, en que el juzgador puede dar a cada medio probatorio el valor que estime conveniente, sino que en este caso ordena al tribunal apreciarlos respetando las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

De allí entonces se estableció que los tribunales apreciarán la prueba "con libertad" y no "con entera libertad" como disponía el proyecto emanado de la Cámara de Diputados, agregando a continuación "pero no podrán contradecir los principios de

---

[247] Corte de Apelaciones de Talca. 16.5.2003. *Revista Procesal Penal* N° 11. LexisNexis. Págs. 41 y Sgtes. Julio 2003.

[248] Casación en fondo. Corte Suprema. 6.6.2000. *Gaceta Jurídica* N° 240. Junio 2000. Pág. 187.

[249] Instructivo N° 44 Ministerio Público. Oficio N° 038 enero 24 de 2001. Sobre los objetos y las evidencias del delito en relación al nuevo proceso penal. *Reforma Procesal Penal.* Instrucciones N°s. 26 a 50. Pág. 336. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001. Santiago. Chile.

la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados", en otras palabras en este punto se otorga al tribunal libertad para apreciar la prueba, pero no libertad absoluta, ya que esa apreciación libre deberá respetar los extremos antes señalados, no pudiendo excederlos.[250] El sistema adoptado por el Proyecto de CPP es claramente el de la sana crítica. Ya hemos establecido, de acuerdo a la historia del artículo 297, que la comisión de constitución del Senado no adoptó esta nomenclatura por falta de claridad, ya que ésta confunde la valoración de la sana crítica con la apreciación en conciencia en los casos en que el legislador ha utilizado estos conceptos. El hecho que el legislador no haya empleado esta terminología para evitar confusiones jurisprudenciales no invalida esta conclusión, ya que justamente, para evitar esas confusiones, se ha encargado de señalar todos los pasos que en los hechos configuran este sistema.[251]

El sistema de la sana crítica debe ser utilizado por el tribunal para valorizar las pruebas rendidas en el juicio oral, y excepcionalmente la rendida en forma anticipada ante el juez de garantía en los casos permitidos por la ley, para arribar a la convicción de haberse cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él el acusado ha tenido una participación culpable y penada por la ley.

Por otra parte, el artículo 340 del CPP nos señala que respecto de esos hechos el tribunal deberá adquirir, la convicción *más allá de toda duda razonable.*

Al respecto se nos ha señalado que "llama la atención que la convicción requerida sea 'más allá de toda duda razonable', concepto que adoptara la Comisión Mixta al rechazar el calificativo de 'suficiente' que previamente había introducido el Senado. En efecto, en su oportunidad estuvo de acuerdo el Senado en que no es preciso que sea absoluta la convicción a que debe llegar el tribunal. Basta que sea suficiente, calificativo que acordó agregar".

Por su parte, la Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* es propio de derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquellas que excluya las dudas más importantes.

El estándar de duda razonable ha sido tomado del sistema norteamericano y protege al acusado de ser condenado por un delito si no se ha producido prueba "más allá de una duda razonable" *(beyond a reasonable doubt)* con respecto a cada hecho necesario para constituir el delito del que ha sido acusado. Sin perjuicio de lo que diremos con

---

[250] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del CPP". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Pág. 17.

[251] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del CPP". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Pág. 17.

mayor profundidad en el capítulo siguiente, a propósito de la prueba, hemos de señalar desde ya que el estándar de "duda razonable" es utilizado en los Estados Unidos por oposición al estándar de "preponderancia de evidencia" que opera en materia civil. Significa, en otras palabras, que no basta con que el acusador produzca prueba "más convincente" que el acusado, sino que debe tratarse de prueba que conduzca a la completa convicción, esto es, a un grado de certeza moral acerca de la existencia de los hechos que configuran el delito y la participación del acusado.

Por su parte, "duda razonable" ha sido definida en el sistema norteamericano –a partir de la jurisprudencia existente– como el estándar usado para determinar culpabilidad o inocencia de una persona acusada de un delito. Para ser culpable de un delito, se debe probar que uno es culpable más allá de una duda razonable. Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia.

En ocasiones, suele considerarse también como efectos de la presunción de inocencia en materia probatoria la exigencia de que la actividad probatoria se realice en el juicio oral y la prohibición de admitir como prueba la que legalmente no tenga tal carácter.[252]

> Nuestra Jurisprudencia ha señalado sobre el particular que *"no resulta inoficioso recordar que el concepto de 'más allá de toda duda razonable', no responde a la idea de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes. Para los jueces del derecho anglosajón, prueba más allá de una duda razonable es aquella tan convincente que uno está dispuesto a confiar y actuar de acuerdo a ella sin dudarlo, sin embargo no significa una certeza absoluta".*[253]
>
> En el mismo sentido, se ha fallado *"que, para obtener una sentencia condenatoria el Ministerio Público debe aportar a juicio material probatorio suficiente para vencer el estado de inocencia que favorece a toda persona imputada y convencer al tribunal, más allá de toda duda razonable, que se ha cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él ha correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El estándar de prueba en el ámbito penal debe ser el más alto dentro del sistema judicial, pues se trata de poner en actividad el derecho punitivo que constituye la "ultima ratio". Se ha dicho por la doctrina que la convicción es la seguridad de que la certeza judicial se ha obtenido de un modo racional y legítimo. Supone un acabado análisis jurídico de las alegaciones efectuadas por los intervinientes y de la totalidad de la prueba lícita rendida, realizando el tribunal una crítica mediada a través de rigurosos e imparciales exámenes lógicos y dialécticos. La*

[252] LÓPEZ MASLE, Julián. "Principios del sistema Procesal Chileno". Apuntes de clase para el Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal. Págs. 63 y 64. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Marzo 2001.

[253] Corte de Apelaciones de Talca. 18.11.2002. Rol 480 RPP. *Revista Procesal Penal* Nº 5. Lexis-Nexis. Pág. 39. Enero de 2003.

falta de convicción puede deberse a insuficiencia de la prueba rendida por el órgano acusador o bien al surgimiento de dudas serias, relevantes y concretas" relacionadas con hechos trascendentes y que tienen su base en los conocimientos científicamente afianzados, reglas de la lógica formal y máximas de la experiencia. La duda razonable como obstáculo de la convicción judicial debe tener una entidad tal que genere en el tribunal un estado de indeterminación entre dos decisiones, situación de indefinición que ha sido introducida por un argumento o demostración y que no le permite salir de aquel estado airosamente sino optando por la decisión que parece más adecuada con su íntimo parecer, esto es, la absolución. Si bien en la especie el Ministerio Público logró acreditar, más allá de toda duda razonable que se había cometido un hecho típico y antijurídico, no fue capaz de demostrar con la misma fuerza que el acusado tuvo una participación culpable en dicho suceso, en consecuencia corresponde que sea absuelto de tal imputación.[254]

Finalmente, se ha señalado que *"la existencia de una duda razonable que obste a una sentencia condenatoria no consiste en que la defensa acredite o pruebe irrefragablemente sus afirmaciones. Por el contrario, esa exigencia se le impone a quien pretende desvirtuar la presunción de inocencia, en la especie, al querellante. Lo que exige el estándar de configuración de una duda razonable resulta más modesto, en cuanto a que basta que la defensa introduzca elementos o indicios a través de sus pruebas, mediante los cuales su teoría del caso resulte plausible o lógicamente susceptible de ser efectiva, lo que en este juicio se ha logrado con creces".*[255]

Se ha señalado respecto del CPP, que "otro elemento distintivo del sistema adoptado es la fundamentación que de la apreciación de la prueba hecha por el tribunal debe contener la sentencia, ya que el tribunal deberá expresar claramente en el fallo los elementos que consideró para formar su convicción, los cuales con la sola excepción de la prueba anticipada podrán únicamente basarse en las pruebas rendidas durante la audiencia del juicio oral.

La fundamentación exigida por el legislador es muy completa, ya que deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, indicando el o los medios de prueba mediante los cuales se acreditó cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados y, señalando la prueba que se hubiere desestimado con indicación de las razones que se tuvieron para ello.

Esta fundamentación es la base de la socialización de la sentencia, ya que debe realizarse de tal manera que ella pueda permitir la reproducción del razonamiento desarrollado por el tribunal para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia".[256]

---

[254] Corte de Apelaciones de Talca. 30.11.2002. Rol 11-2002. *Revista Procesal Penal* N° 5. LexisNexis. Pág. 129. Enero de 2003.

[255] Juzgado de Garantía de Antofagasta. 13.4.2004. *Revista Procesal Penal* N° 22. LexisNexis. Págs. 99 y Sgtes. Junio 2004.

[256] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del CPP". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Págs. 17 y 18.

En síntesis, se debe concluir que "a la firme convicción sobre que el acusado verdaderamente es culpable se llegará, la mayoría de las veces, no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino que por su *disipación o superación*. Obviamente este resultado (la superación de las dudas) no podrá obedecer a *puros actos de voluntad,* sino que debe ser el fruto de una *consideración racional* de datos objetivos exteriores a su espíritu, legalmente introducidos como pruebas al proceso, que justifiquen y expliquen de *qué forma* se pudieron disipar las dudas existentes y *cómo* se arribó, a pesar de ellas, a la convicción del culpabilidad.

"Toda esta actividad intelectual deberá realizarse del mismo modo que lo haría cualquier persona común para llegar, mediante el uso de su razón, a la misma conclusión; y tendrá que exteriorizarse en forma de *explicación*, comprensible también por cualquier persona mediante el uso de su razón. Es decir, no sólo se requiere convicción justificada (en pruebas), sino además convicción motivada, de modo que sea posible el control sobre su acierto o error, tanto por parte de sujetos procesales por la vía de posibles recursos, como por los simples ciudadanos, a través de la publicidad del debate que les permita conocer la acusación, la defensa, las pruebas, las argumentaciones del acusador y acusado, y los fundamentos de la sentencia".[257]

22.2. Fases del juicio oral

Dentro del juicio oral nos es posible distinguir tres grandes fases:

1. Preparación de la audiencia del juicio oral
2. Audiencia del juicio oral
3. Redacción y lectura de la sentencia definitiva

Dentro de cada una de esas tres grandes fases del juicio oral, nos es posible distinguir distintos trámites a los cuales nos referiremos brevemente.

22.2.1. Fase de preparación de audiencia de juicio oral

Dentro de la fase de preparación de la audiencia de juicio oral podemos distinguir los siguientes tramites:

a) Recepción del auto de apertura de juicio oral remitido por el juez de garantía, en el cual se pone además a disposición del tribunal oral en lo penal las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares personales (artículo 281 incisos 1° y 2°).

b) Ingreso de la causa al rol interno del tribunal oral en lo penal y al sistema informativo de apoyo a la gestión judicial, correspondiéndole al jefe de administración de causas efectuar la distribución de la causa entre una de las Salas del tribunal oral en lo penal, cuando éste funcionare en más de una Sala, conforme al procedimiento

[257] CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Proceso penal y verdad histórica.* Págs. 72 y 73. Ediciones del Puerto. 1997. Buenos Aires. Argentina.

objetivo y general acordado por el Comité de Jueces (artículos 17 incisos 4° del COT y 281 inciso 3° CPP).

c) El Presidente de la Sala del tribunal oral en lo penal a la cual se hubiere distribuido la causa, debe proceder a dictar una resolución en la cual establecerá:

c.1) La fecha para la celebración de la audiencia del juicio oral, la que deberá tener lugar no antes de quince ni después de sesenta días desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

c.2.) La localidad en la cual se constituirá y funcionará el tribunal de juicio oral en lo penal, si se tratare de alguno de los casos previstos en el artículo 21 A del Código Orgánico de Tribunales.

c.3) El nombre de los jueces que integrarán la sala. Con la aprobación del juez presidente del comité de jueces, convocará a un número de jueces mayor de tres para que la integren, cuando existieren circunstancias que permitieren presumir que con el número ordinario no se podrá dar cumplimiento a lo exigido en el artículo 284.

c.4.) La citación a la audiencia de todos quienes debieren concurrir a ella.

El acusado deberá ser citado con, a lo menos, siete días de anticipación a la realización de la audiencia, bajo los apercibimientos previstos en los artículos 33 y 141, inciso cuarto, esto es, decretar la prisión preventiva del imputado que no compareciere sin causa justificada a la audiencia del juicio oral.

d) Planteamiento de inhabilidades de los jueces de tribunal oral.

d.1) Oportunidad.

d.1.1) Regla general

Las solicitudes de inhabilitación de los jueces del tribunal de juicio oral deberán plantearse, por escrito, a más tardar, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fijare fecha para el juicio oral, y se resolverán con anterioridad al inicio de la respectiva audiencia.

Excepción:

d.1.2) Cuando los hechos que constituyeren la causal de implicancia o recusación llegaren a conocimiento de la parte con posterioridad a los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fijare fecha para el juicio oral, y antes del inicio del juicio oral, el incidente respectivo deberá ser promovido al iniciarse la audiencia del juicio oral, y en forma oral.

d.1.3) Con posterioridad al inicio de la audiencia del juicio oral, no podrán deducirse incidentes relativos a la inhabilitación de los jueces que integraren el tribunal. Con todo, si cualquiera de los jueces advirtiere un hecho nuevo constitutivo de causal de inhabilidad, el tribunal podrá declararla de oficio.

d.2) Tribunal competente.

Estimamos que es competente para pronunciarse de la inhabilidad el mismo tribunal del juicio oral, se trate de una implicancia o recusación, dado que el legislador se refiere en términos genéricos a una causal de inhabilitación, expresión comprensiva de ambas instituciones, y porque el inciso tercero del artículo 76 se faculta al mismo

tribunal para declarar de oficio la inhabilidad que se base en un hecho nuevo que la constituya.

d.3) Efectos.

El tribunal del juicio oral continuará funcionando con exclusión del o de los miembros inhabilitados, si éstos pudieren ser reemplazados de inmediato en virtud de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 281, o si continuare integrado por, a lo menos, dos jueces que hubieren concurrido a toda la audiencia. En este último caso, deberán alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva. Si no se cumpliere alguna de estas condiciones, se anulará todo lo obrado en el juicio oral.

22.2.2. Audiencia de juicio oral[258]

Dentro de la fase de preparación de la audiencia de juicio oral podemos distinguir los siguientes trámites:

a) Apertura del juicio oral.

El presidente del tribunal del juicio oral, en el día y hora fijados para su celebración, deberá constatar la asistencia de los intervinientes para darle inicio como viéramos precedentemente al referirnos al principio de la inmediación.

Adicionalmente, verificará la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio. Estas personas en caso de no comparecer pueden ser conducidas por medio de la fuerza pública (artículo 33 inciso 2°).

b) Fijación del objeto del debate y medidas previas.

El presidente de la sala señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de apertura del juicio oral, esto es, la acusación Fiscal como las adhesiones y acusaciones particulares del o los querellantes si las hubiere; y de las demandas civiles que la víctima pudiere haber deducido en contra de la víctima, todas las cuales deben estar contenidas en el auto de apertura del juicio oral.

A continuación, el juez advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que oirá durante al audiencia.

Finalmente, el presidente del tribunal dispondrá que los peritos y los testigos hagan abandono de la sala de la audiencia.

---

[258] Este libro no tiene por objeto abarcar el tema de la litigación en el nuevo sistema procesal penal, la que obviamente experimenta radicales variaciones respecto a aquella que imperaba en un procedimiento escrito y sin intervención de la oralidad, publicidad, inmediación, concentración, continuidad en la rendición de pruebas. Sobre la materia puede consultarse BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba.* Pág. 97. Universidad Diego Portales. 2004; *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal.* BLANCO S., Rafael; DECAP F., Mauricio; MORENO H., Leonardo; ROJAS C., Hugo. LexisNexis. 2005; En derecho extranjero: F. LEE BAILEY. *Cómo se ganan los juicios.* Limusa Noriega Editores. 1996. México; HEGLAND, Kenney. *Manual de Prácticas y Técnicas procesales.* Editorial Heliasta. 1995. Buenos Aires Argentina; GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral.* Editorial Heliasta. 1994. Buenos Aires. Argentina.

Estimamos que, además, en esta oportunidad debe dejarse constancia por el tribunal oral de las convenciones probatorias, las que también constarán en el auto de apertura de juicio oral.

c) Alegatos de apertura.

Cumplidos los trámites anteriores, el Presidente del tribunal oral en lo penal concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación, al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto (artículo 325).

A continuación, el Presidente le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa, efectuando los planteamientos y alegaciones que estime pertinentes en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°.

Luego, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa.

A continuación, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden.

Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos (artículo 326).

El acusado podrá comunicarse libremente con su defensor durante el juicio, siempre que ello no perturbare el orden de la audiencia. No obstante, no podrá hacerlo mientras prestare declaración (artículo 327).

Sobre esta materia, debemos tener presente habérsenos señalado "desde la perspectiva del juez oral, estimamos que un alegato de apertura eficiente es aquel que proyecta claramente una teoría del caso simple y creíble, pero capaz de explicar la mayor cantidad de hechos de la causa. Además, creemos que el discurso del litigante debe contener ideas fuerza, imágenes o temas que queden marcadas a fuego en la mente del juzgador"[259].

d) Rendición de prueba.[260]

Respecto del procedimiento de la rendición de la prueba en el nuevo sistema procesal penal debemos tener presente los siguientes grandes principios:

d.1) El orden en que rendirán sus diversas pruebas se determina por cada parte.

---

[259] CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos.* Pág. 121. Librolecnia. Noviembre 2003. Santiago. Chile

[260] De acuerdo a lo señalado por Couture, los problemas existentes respecto de la prueba consisten en dar respuesta básicamente a las siguientes interrogantes:

• Que es la prueba, materia que se dilucida mediante el concepto de prueba.

Debemos recordar que la prueba es el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso, y particularmente en el nuevo proceso penal por la parte acusadora y la defensa, para los efectos de

Continuación nota [260]

permitir al tribunal alcanzar la convicción acerca de la existencia de ciertos hechos necesarios para la solución de un conflicto.

• Que se prueba, materia que se aborda mediante el estudio del objeto de la prueba.

El artículo 295 del CPP establece cuál es el objeto de la prueba dentro del juicio oral, no siendo otros que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento", debiendo considerarse pertinente en general toda prueba que verse sobre los hechos contenidos en la acusación, que sean necesarios para la defensa del acusado o para ponderar la eficacia de las pruebas que se hubieren rendido dentro del juicio oral (artículo 276 CPP).

• Quien prueba, interrogante a la cual se da respuesta mediante el estudio de la carga de la prueba.

En términos más generales, y sea que estemos en presencia de un proceso penal inquisitivo o acusatorio, se ha señalado, que en el proceso penal el imputado no tiene que probar su inocencia. Muchas veces se ha pretendido hacer jugar en el proceso penal la idea de "carga de la prueba", mucho más propia del proceso civil. Según ella, cada una de las partes asume una carga –una determinada posición jurídica– respecto a sus afirmaciones, de modo que si no logra probar aquello que funda su pretensión o defensa, el juez no acepta sus afirmaciones. Si bien aún en el propio proceso civil este principio se halla limitado, lo cierto es que no es aplicable al proceso penal.

Por el contrario, lo que existe en él es un órgano del Estado (órgano de persecución) cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse, lo más posible, a la verdad histórica (si luego lo logra o no, o si simplemente, sólo puede construir la verdad forense, es otro asunto). En este contexto, la idea de la carga de la prueba no juega un papel muy importante y prácticamente puede ser desechada –aunque sí puede jugar un papel limitado en la relación de otros sujetos procesales del proceso penal distintos del imputado.

Lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que en todo momento les corresponde a los órganos de persecución penal. Se debe insistir en esta idea, aunque parezca obvia, porque es una garantía de trascendental importancia política: ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse la sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal.* Pág. 124. Ad-Hoc. 1993. Buenos Aires.

Rosenberg discrepa de esta opinión y sostiene que el concepto de la carga de la prueba rige tanto en los procesos regidos por el principio dispositivo como inquisitivo. Al efecto, señala que "en el proceso civil ordinario, bajo el dominio de la máxima dispositiva, se aplican las mismas reglas relativas a la carga de la prueba que en el proceso penal, en lo que a la existencia de un "acto punible" se refiere; de ello se deduce, que la clase de procedimiento, esto es, la cuestión de saber si rige la máxima dispositiva o la máxima inquisitiva, no influye en el problema de la carga de la prueba. El acusador y el demandante por restitución soportan la misma carga de la certeza, en cuanto a todos los presupuestos positivos y negativos del "acto punible", teniendo en cuenta que el concepto de carga de la prueba no exige la naturaleza jurídica de éste.

"Con esto se ha demostrado ya, que en nuestra opinión el acusador en el proceso penal soporta la carga objetiva de la prueba en cuanto al conjunto de características definidoras del hecho punible que es objeto de la acusación". Esto es también la opinión de numerosos tratadistas del proceso criminal. No habla en contra de ella, el que el acusador "no tenga interés en la prueba y no está gravado por la absolución"; pues como se ha expuesto más arriba, no es un criterio de la carga de la prueba el que exista un interés personal en evitar el resultado desfavorable del proceso. El fiscal también soporta la carga (objetiva) de la prueba respecto al fundamento de la demanda de nulidad del matrimonio que entabla y a los presupuestos de incapacidad por demencia o debilidad mental que persigue. En uno como en otro caso lleva la carga de la prueba porque de ser incierta la situación de hecho acerca del acto punible, debe rechazarse la acusación pública formulada mediante la interposición de la acusatoria. No es contrario a ello el hecho de que no existe, en el proceso penal, una distribución de la carga de la prueba. Pues, primeramente debe aclararse que el concepto de carga de la prueba no exige ni presupone una distribución de las pruebas; la carga de la prueba como es sabido, existe también con respecto a los hechos que deben

Continuación nota [260]

examinarse de oficio aunque en cuanto a ellos, por regla general, la carga recae sobre una sola parte. Lo mismo hablamos de la carga de la prueba, v. gr., cuando sólo se discute el fundamento de la demanda y únicamente el demandante corre el peligro de ser vencido al frustrarse la prueba. En segundo lugar, también en el proceso penal tiene lugar una distribución de la carga (objetiva) de la prueba. Es cierto que ella no se realiza de modo que el acusador lleva esta carga en cuanto a las circunstancias de hecho definidoras del delito y la falta de circunstancias que excluyen la culpa o la pena, y por otro lado el acusado la soporta respecto de aquellos hechos que alejan la penalidad o impiden la persecución de la causa, como, por ejemplo, la prescripción, el desistimiento de la tentativa, el arrepentimiento efectivo, el cumplimiento de condena en el extranjero, etc. A pesar de que renombrados tratadistas del proceso criminal han defendido este modo de distribución de la carga de la prueba, mi opinión es que la duda acerca de alguno de estos últimos hechos también debe tener por consecuencia la absolución del reo; por lo tanto, el acusador soporta la carga de la prueba en cuanto a la ausencia de tales hechos (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Págs. 31 a 33. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1956).

En el mismo sentido, se ha señalado que "la inocencia se presume; y por esto en el proceso penal la obligación de probar le corresponde a la acusación. La presunción de inocencia, en cuanto determina la carga de la prueba en el proceso penal, no constituye sino una deducción del principio ontológico que indicamos como principio supremo en cuanto a la carga de la prueba.

Y ese principio por tener ese carácter de supremo, tiene también valor en materia civil, para fijar la carga de la prueba. Una vez iniciado un juicio civil, el demandante no puede desde un punto de vista muy general, proponerse sino la impugnación de un derecho de que goza el demandado o la afirmación de que éste tiene una obligación. Ahora bien, la experiencia nos dice que son más los derechos que legalmente se ejercen que los que se gozan en forma ilegítima; en otros términos, que *en el mayor número de casos* los derechos de que goza una persona son legítimos; en consecuencia, lo *ordinario* es que se goce un derecho por quien le corresponde, y lo *extraordinario* es que alguien ejerza un derecho que no le corresponde. Aún más, nos dice la experiencia que es mayor el número de obligaciones reconocidas y cumplidas extrajudicialmente que el de las reconocidas y cumplidas mediante juicio; en otras palabras, que *en el mayor número de casos* las obligaciones son reconocidas y cumplidas sin necesidad de recurrir a la justicia; y por esto, el reconocimiento de las obligaciones sin debate judicial es lo *ordinario*, y el no reconocimiento, lo *extraordinario*. De lo cual se deduce que el demandante que ataca un derecho de que goza el demandado, o que pide judicialmente el reconocimiento o cumplimiento de una obligación, no hace más que afirmar un estado de cosas contrario a lo que está en el curso ordinario de los acontecimientos, es decir, un estado de cosas *extraordinario,* y consiguientemente le corresponde probarlo, ya que la presunción racional asiste al demandado. Este punto de vista me parece claro y determinado para entender y admitir el principio romano que se expresa diciendo: *onus probandi incumbit actori* (el deber de probar le incumbe al actor).

Pero la máxima *probatio incumbit actori* es un precepto que considera las dos afirmaciones contrarias antes de toda prueba, y establece a cuál de las dos le incumbe la obligación de probar. Cuando el actor ha presentado sus pruebas en apoyo de la afirmación que ha hecho, si el demandado le opone una afirmación contraria, no hace más que contraponer una *afirmación no probada* a una *afirmación probada*; y como ésta tiene derecho a ser tenida por verdadera, de preferencia a aquélla, por estar la presunción de verdad en este segundo momento a favor del demandante, la obligación de la prueba queda a cargo del demandado, en virtud de otro brocárdico que se expresa diciendo: *reuis in excipiendo fit actor* (el demandado que ejerce una excepción se convierte en actor).

Pero este segundo aforismo tiene distinto valor en materia civil y en materia penal, y así, el demandado que opone una excepción a la acción que se instauró en su contra, tiene la obligación de presentar una prueba completa de su excepción, o, por lo menos, dar una prueba superior a la de la acción a la cual quiere sustraerse. En cambio, el procesado que presenta una justificación o una excusa, no tiene la obligación de dar una prueba completa, pues tan sólo le basta haber hecho creíble su afirmación; aun cuando la prueba de la defensa sea menos atendible que la de la acusación, basta solamente que logre

Continuaciòn nota [260]

hacer creible la pretendida justificaciòn, para que por ese solo hecho triunfe. Luego, para evitar confusiones, es mejor no hablar de excepciones en materia penal (FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lògica de las pruebas en materia criminal.* Vol. I. Pàgs. 170 y Sgtes).

En otro sentido, se ha señalado para justificar la aplicaciòn de la carga de la prueba en el proceso penal, que "en su aspecto objetivo, la carga de la prueba enuncia la regla del juicio que el juez, principal destinatario de la misma, debe utilizar para resolver los supuestos de incertidumbre fáctica, es decir, la falta o insuficiencia de prueba, indicàndole la forma en que debe dictar sentencia y permitièndole pronunciarse sobre el fondo de la cuestiòn. El momento en que se plantea el problema de la carga de la prueba es cuando el juez va a dictar sentencia.

Las soluciones concretas a las situaciones de ausencia de prueba o incertidumbre fáctica son diferentes según se trate del proceso civil o del proceso penal, pero estas diferencias no afectan a la naturaleza o esencia de la prueba. El fenòmeno de la carga de la prueba se produce en todo tipo de procesos cualquiera sea los principios inspiradores, aunque las concretas reglas de juicio y, por tanto, el contenido de las mismas que utilice el juez para resolverlo sean distintas. La existencia de reglas distintas no es más que una consecuencia de los distintos principios que inspiran al proceso civil y el proceso penal, pero no inciden sobre el concepto de prueba que haya de construirse en ambos procesos. Este concepto serà siempre el mismo, cualquiera sea el contenido de las reglas que el tribunal tenga que utilizar para superar la incertidumbre.

Por su parte, dichas reglas del juicio sòlo son de aplicaciòn en los supuestos de ausencia de prueba, de ahi que algunos autores la consideren como un sucedàneo de prueba o, como nos dice Ramos Mèndez, un mecanismo sustitutivo de la falta de prueba. La regla de la carga objetiva de la prueba va destinada no a las partes procesales sino al Juez, indicàndole como debe actuar en los supuestos en que no haya obtenido la conviccièn acerca de los hechos relevantes del proceso, excluyendo el *non liquet* y fijando directamente el contenido de la decisiòn.

En el proceso civil la soluciòn viene dada por las propias reglas de distribuciòn de la carga de la prueba entre las partes procesales. Cada una de las partes deberà soportar las consecuencias desfavorables de la ausencia de prueba de los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que le es desfavorable y cuya aplicaciòn pretende.

En el proceso penal no tiene lugar una distribuciòn de la carga de la prueba.

Sobre el imputado no recae ninguna carga de probar su inocencia sino, por el contrario, ella recae exclusivamente sobre la acusaciòn. Por consiguiente, si no se produce la prueba de los cargos, se mantiene la presunciòn de inocencia y se ha de proceder a la absolución del acusado.

Evidentemente que resulta muy difícil concebir la operatoria en nuestro todavía vigente procedimiento penal inquisitivo de este aspecto de la garantia de la presunciòn de inocencia, si tenemos en cuenta que las funciones de acusar y juzgar estàn radicadas en una sola persona. No obstante, la obligación de probar los cargos, como lo quiere la ley procesal vigente, por parte del juez inquisidor es enteramente reclamable y a lo menos controlable por la via del recurso por los tribunales superiores. Es decir, la inexistencia de un órgano de acusación no obsta a la exigencia de que para que una persona pueda ser condenada, su responsabilidad deba ser debidamente acreditada, siendo suficiente para que el acusado pueda obtener su absolución, que mantenga la màs completa pasividad. Es lo que trata el actual artículo 456 bis del Còdigo de Procedimiento Penal.

La verdad es que la misma regla existente anteriormente, es reproducida en el nuevo Còdigo, en cuanto a que "nadie podrà ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la conviccièn de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participaciòn culpable y penada por la ley" (artículo 340 inciso 1° CPP).

Es importante hacer presente que la garantia de presunciòn de inocencia no puede ser identificada con los tradicionales principios del proceso penal, con los que suele ser confundida, tales como el "favor rei" y el "in dubio pro reo".

Continuaciòn nota [260]

El *"favor rei"* es un principio general informador de la legislación y, por ende, de àmbito màs extenso que la presunción de inocencia, que en realidad constituye sòlo una manifestaciòn del primero.

Por su parte, el principio *"in dubio pro reo"* es difícil de convertir en derecho reclamable y sólo entra a operar como norma de interpretaciòn de la prueba ya rendida y en caso que su resultado no aparezca claro en la apreciación del juzgador, a diferencia de la presunción de inocencia que es un derecho fundamental que exige producción de prueba que la desvirtùe. Para comprobar còmo operan estas diferencias quizá lo màs conveniente sea transcribir la sentencia del tribunal supremo español de 31 de marzo de 1983 en la que se afirma que "tal principio *(in dubio pro reo)* no resulta confundible con el artículo 24.2 de nuestra Constitución (española de 1978), que crea a favor de los ciudadanos el derecho a ser considerados inocentes mientras no se preste prueba bastante para destruir dicha presunciòn; mientras que el *in dubio pro reo* se dirige al juzgador como norma de interpretación para establecer que, en aquellos casos en que se ha realizado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ànimo del juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberìa por unanimidad y justicia absolvèrsele, con lo cual el primero se refiere a la existencia o no de una prueba que la desvirtúe; el segundo envuelve un problema subjetivo de valoraciòn de la misma" (CAROCCA A., Alex. *Las Garantìas Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. Nuevo Proceso Penal.* CAROCCA A., Álex-DUCE L., Mauricio-RIEGO R., Cristián-BAYTELMAN A., Andrès-ENRIQUE VARGAS, Juan).

Tradicionalmente la soluciòn a las situaciones de falta de prueba viene determinada por la aplicaciòn del principio *in dubio pro reo*. Así, se considera que entre la alternativa de absolver a un culpable o de condenar a un inocente la conciencia colectiva sufre menos cuando opta por lo primero que no cuando se condena a una persona inocente. El principio *in dubio pro reo* puede formularse también en los siguientes términos: quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad debe absolverse al acusado. En este mismo sentido se afirma que "la carga de la prueba incumbe siempre y en todo caso a la parte acusadora. Esto significa que sobre el acusado no recae la carga procesal de probar su inocencia, ésta ha de presumirse en tanto que la parte acusadora no pruebe lo contrario (LÓPEZ BARJA, Jacobo. *Instituciones de derecho procesal.* Pàg. 255. Ediciones Akal S.A. 1999. Madrid. España).

En el Primer Informe de la comisiòn de Constitución, Legislación y Justicia del Senado respecto del artículo 4º del CPP se dejó expresa constancia que: "Entre los principales efectos que habrà de producir la aplicación del principio de inocencia, cabe destacar:

– La eliminaciòn de todas las formas de prejuzgamiento judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto de la persona del imputado;

– La aplicación de cualquier medida cautelar personal es excepcional y la normativa que la consagra tiene que ser interpretada en forma restrictiva;

– La imposiciòn de medidas cautelares debe ser dispuesta siempre por decisión judicial, y procederàn bajo determinadas circunstancias que nunca dejarán al juez impedido de decretarlas, si la penalidad del hecho las justifica;

– *La carga de la prueba en el proceso recae en el fiscal, por lo cual la persona no debe probar su inocencia.*

– La supresión del arraigo de pleno derecho, como sucede hoy en día por el hecho de dictarse auto de procesamiento" (1er Informe Comisiòn Constituciòn, Legislaciòn y Justicia, párrafo "principio de inocencia").

En este sentido, se señaló por el H. Senador Fernández que: "especial menciòn merece el reconocimiento del principio de inocencia, recogido igualmente, de modo implícito, en diversas instituciones. Mediante esa seguridad, el imputado o sometido a proceso se hallarà en la situaciòn jurídica de no tener que construir la prueba de su inocencia. Corresponderá al acusador destruirla, como es lògico y justo" (intervenciòn en Sala; Aprobaciòn en general; Sesiòn 23ª en miércoles 19 de agosto de 1998).

Continuación nota 260

De lo expuesto con anterioridad podemos concluir que el principio de carga de la prueba no conlleva, por tanto, diferencias sustanciales entre la prueba civil y la prueba penal, no sólo porque su fundamento es el mismo en ambos tipos de proceso, consistente en la prohibición de *non liquet;* sino también, porque en ambos casos la carga de la prueba actúa como regla de juicio dirigida al juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba. Por último, además, la regla de juicio actúa una vez finalizada la actividad de verificación en que consiste la prueba procesal. La naturaleza o esencia de esta última permanece, por consiguiente, inalterada (MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. *La Mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Págs. 80 a 83. Editorial José María Bosch. Barcelona. 1997).

En cuanto al ámbito de aplicación del principio *in dubio pro reo,* se nos ha señalado que:

a) En primer lugar, este principio rige para las cuestiones de culpabilidad y de la punibilidad.

Ciertamente el principio *in dubio pro reo* no obliga a considerar como irrefutable toda aserción de descargo del acusado, para cuya verdad o falsedad no existe ninguna prueba específica. La convicción del juez sobre la verdad o falsedad de la afirmación del acusado se puede formar a partir del resultado total de la recepción de la prueba, bajo la aplicación del principio de la libre apreciación de la prueba.

b) Es objeto de controversia si –o hasta que punto– el principio rige también para los presupuestos procesales.

En la práctica se trata de los casos principales, en lo que no se puede determinar claramente si un hecho esta prescrito o amnistiado, si sobre él ya ha recaído una vez una decisión definitiva o si la instancia de persecución penal ha sido ejercida eficazmente. Si a raíz del desarrollo histórico se concibe al principio *in dubio pro reo* exclusivamente como el reverso del principio de culpabilidad, en esos casos se debe condenar; pues la culpa del acusado no es incierta, sino sólo su perseguibilidad. Distinto es cuando del principio del Estado de Derecho se deriva el axioma de mayor alcance de que nadie puede ser penado si no es seguro que su hecho (todavía) está sujeto al poder penal estatal. En ese caso, ante la duda, el procedimiento debe ser sobreseído.

c) En forma distinta que para los presupuestos procesales, según la opinión dominante, el principio *in dubio pro reo* no debe regir para la prueba de vicios del procedimiento.

Si un acusado funda su recurso de casación en que una declaración le ha sido arrancada por la fuerza a través de apremios, la jurisprudencia decide *contra reum* cuando la violación de la ley no pudo ser comprobada. Si esto siempre es correcto parece dudoso al tratarse de las reglas del Estado de derecho; en vista de la importancia que de *lege data* tiene la libre voluntad de decisión del imputado que presta declaración se debe apoyar la aplicación para violaciones del & 136 a. También en otros casos, ante serias dudas, es más justo partir de la existencia de una infracción de las reglas del proceso, a favor del acusado. Cuando, p. ej. no queda claro si se ha realizado la advertencia necesaria que prevé el & 136 (el acta de interrogatorio no registra nada sobre una advertencia, aun cuando el funcionario afirma –posiblemente en forma falsa– haber advertido correctamente) se debería partir, a favor del acusado, de la existencia de una violación de las reglas del procedimiento que deriva en una prohibición de valoración; pues cuando hay buenos motivos para afirmar la invalorabilidad no es justo fundar la condena en un medio de prueba tan dudoso.

d) El principio *in dubio pro reo* tampoco rige para el esclarecimiento de cuestiones jurídicas dudosa. Sólo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable en el ámbito de la interpretación de la ley. Por consiguiente, ante la existencia de cuestiones jurídicas controvertidas, el tribunal debe adherirse a la opinión que es menos conveniente para el acusado cuando según los principios de interpretación generales ella aparece como la correcta (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Págs. 112 a 114. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25ª edición alemana. 2000).

- Cómo se prueba, lo que se determina mediante el estudio del procedimiento probatorio, que es el que se verifica en el juicio oral en el nuevo sistema procesal penal.
- Qué valor tiene la prueba producida, lo que nos conduce al sistema de valoración de la prueba, al que nos referimos al tratar la sana crítica como principio del juicio oral.

d.2) Corresponde recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra.

d.3) La prueba documental se rinde mediante su lectura y exhibición indicando su origen; los objetos que constituyen evidencia deben ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes; las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ellos (artículo 333).

d.4) Los testigos y peritos deben ser interrogados personalmente, previo juramento ante el juez presidente (artículos 306 y 329 inciso 2°).

Toda persona está obligada por regla general a comparecer al tribunal a declarar (artículos 298 y 299) con excepción de la personas contempladas en el artículo 300, las que declaran en la forma prevista en el artículo 301.

La citación de los peritos debe solicitarse en la audiencia preparatoria del juicio oral, misma oportunidad en la que se entregan copias escritas de las pericias o de los documentos de idoneidad de los peritos (artículo 314).

Toda persona está obligada además de comparecer a prestar declaración, con excepción de las personas mencionadas en los artículos 302, 303 y 305.

Finalmente, la persona que declara como testigo está obligada a declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración (artículo 298).

La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.

Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

Si el testigo hiciere uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeren a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcionare la información. En caso que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales (artículo 307).

El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.

De igual forma, el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección (artículo 308).

En el procedimiento penal no existirán testigos y peritos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendentes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad (artículo 308 inciso 1°) y si se trata de peritos además pueden formulársele preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones (artículos 317 y 318).

La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes.

Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos (artículo 329).

Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas (artículo 308 inciso 2°).

No se permiten preguntas sugestivas en las preguntas o examen directo, pero sí a la parte que contrainterroga. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos. Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración (artículo 330). Si se formulan objeciones a las preguntas, deben ellas ser resueltas inmediatamente por el tribunal, sin que contra la decisión sea procedente recurso alguno (artículo 290).

En caso de presentarse informes de peritos si fuere procedente (artículo 314), éste debe reunir el contenido en el artículo 315, los que admitirá cuando considere que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo, pudiendo el tribunal limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio (artículo 316).

Un cambio relevante en materia de rendición de prueba pericial y que facilita la ejecución de los juicios orales y procedimientos simplificados y abreviados, es el actual inciso final del artículo 315 del CPP y el inciso 2° del artículo 395 bis, que permiten, en el primer caso, la presentación de pericias escritas tratándose de exámenes de alcoholemia y aquellos que recaigan sobre substancias estupefacientes o psicotrópicas, sin perjuicio de que para casos calificados pueda ser necesaria la presencia personal de los peritos que realizaron tales exámenes, lo cual descomprime el trabajo de los peritos correspondientes, que no tienen la necesidad de concurrir, personalmente, a ratificar sus informes en estas materias.

d.5) Inspección personal del tribunal. Cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el tribunal

podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, manteniendo todas las formalidades propias del juicio (artículo 337).

d.6) Pruebas no reguladas expresamente. Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo (artículo 323).

d.7) Pruebas no ofrecidas oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento (artículo 336 inciso 1°).

d.8) Prueba de refutación de veracidad, autenticidad o integridad. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad (artículo 336 inciso 2°).

d.9) La negativa del tribunal oral de recepcionar la prueba ofrecida oportunamente configura la casual del artículo 373 letra a) en relación con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, infracción del tribunal de juicio oral que solo es reparable por la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia recurrida, debido a que por esta única vía podrá producirse legalmente la prueba ofrecida oportunamente por uno de los intervinientes, debiendo retrotraerse la causa al estado de recibir dicho testimonio.[261]

e) Alegatos finales.

Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular, al actor civil[262] y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto.

Seguidamente, se otorgará al fiscal y al defensor la posibilidad de replicar.

Las respectivas réplicas sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes (artículo 338 incisos 1° y 2°).

Una de las cuestiones interesantes que se ha planteado en esta materia consiste en establecer si el fiscal puede formular en su alegato final una petición de absolución del imputado, y si esa petición impide al tribunal del juicio dictar una condena en contra del acusado.[263]

---

[261] Corte Suprema. 31.3.2003. Recurso de nulidad. *Revista Procesal Penal* N° 10. LexisNexis. Págs. 55 y Sgtes. Junio de 2003.

[262] Se modificó la norma permitiendo al actor civil participar en los alegatos de apertura y clausura.

[263] Sobre la materia puede consultarse a CAFFERATA NORES., José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal. El pedido de absolución del fiscal.* Pág. 121. Ediciones del Puerto. 1997. Buenos Aires. Argentina.

Sobre la materia, creemos que se presentan dos cuestiones diversas y que no deben ser confundidas, en particular en un sistema en el cual rige el principio de la oportunidad reglada.

En primer lugar, no nos cabe duda que en virtud del principio de la objetividad el fiscal puede en su alegato final pedir la absolución si en su criterio no ha podido probar la culpabilidad del acusado o las pruebas rendidas por éste para demostrar su inocencia son de mayor eficacia para formarse una convicción acerca de su inocencia.

Sin embargo, la petición de absolución del Fiscal no impide al juez dictar una sentencia condenatoria, dado que la misión de ponderar y juzgar los antecedentes rendidos en el juicio oral le corresponden al tribunal de juicio oral en lo penal y no al Ministerio Público. Lo anterior resulta de particular claridad, si es que además existiere un acusador particular que no coincide con la tesis del fiscal y sostiene la culpabilidad del acusado, puesto que no existe un monopolio de la persecución penal en poder del Ministerio Público y el acusador particular tiene derecho a perseguir con el ejercicio de la acción penal en su lugar si no comparte posiciones sustentadas por el órgano de persecución diversas a aquellas que impliquen sustentar la acusación penal, como se demuestra expresamente en el artículo 258 a propósito del forzamiento de la acusación.

f) Declaración del acusado.

Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente.

g) Clausura del debate.

A continuación de habérsele ofrecido la palabra al acusado y de haber declarado éste lo que estime conveniente en su defensa de haber ejercido este derecho, se declarará cerrado el debate (artículo 338 inciso final).

h) Deliberación.

Inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él pasarán a deliberar en privado (artículo 339).

23. SENTENCIA DEFINITIVA[264]

La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia es sólo la que se rindió durante la audiencia del juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley (artículos 296 y 340 inciso 2°), la que será apreciada por el tribunal con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (artículo 297), debiendo

[264] Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, del total de términos durante el año 2009, un 41,6% correspondieron a términos judiciales (entendiendo por tales el acuerdo reparatorio, la facultad de no investigar, la sentencia definitiva absolutoria, la sentencia definitiva condenatoria, el sobreseimiento definitivo, el sobreseimiento temporal, y la suspensión condicional del procedimiento) correspondiendo un 0.33% sentencias definitivas absolutorias, y un 15.50% a sentencias definitivas condenatorias.

para condenar adquirir el tribunal, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley (artículo 340 inciso 1°). No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración (artículo 340 inciso 3°).

En cuanto al fallo que pueden pronunciar los tribunales se encuentra limitado por el principio de la congruencia, dado que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.

Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella (artículo 341).

23.1. La duda razonable como estándar de convicción del tribunal[265]

El estándar de convicción que debe alcanzar el tribunal para condenar a una persona en la sentencia, conforme nuestro actual sistema es, *más allá de toda duda razonable*, en orden a que se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Este nuevo estándar introducido por el artículo 340, constituye una novedad al que no se le ha dado la misma atención que a otras instituciones y conceptos del vigente sistema procesal penal, probablemente porque el concepto fue incorporado al Código Procesal Penal en la etapa final de su discusión parlamentaria y, por tanto, no fue objeto de discusiones y explicaciones académicas previas que sí fueron realizadas respecto de otras instituciones de relevancia para el sistema.

Podemos adelantar que este estándar es ampliamente aceptado en distintas legislaciones tanto europeas como americanas, con origen anglosajón, y posterior desarrollo en el ámbito del derecho norteamericano, habiéndose expandido por distintos países bajo influencia de procedimientos de corte garantista. La duda razonable constituye

---

[265] Nelson Villena, en la Presentación del libro de Adolfo Cisterna nos señala que "alguna vez un joven príncipe se dirigió un día al gran Confucio y le preguntó: "¿Cuántas veces, ¡oh ilustre filosófo! debe un juez reflexionar antes de dictar sentencia?". Confucio respondió: "Una vez será suficiente –explicó con paciencia el maestro– cuando el juez, tras el examen de la causa, se decida por el perdón. Diez veces, sin embargo, deberá el magistrado siempre que sienta inclinación a dictar sentencia condenatoria". Y concluyó con su sabiduria incomparable: "Se equivoca por cierto gravemente aquel que vacila al perdonar. Se equivoca, mucho más, aun a los ojos de Dios, aquel que condena sin vacilar". Cisterna, Adolfo, *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal.* Pág. 11. Librotecnia. 2004. Santiago. Chile.

una elevada barrera para desvirtuar la presunción de inocencia, a fin de generar una convicción de alto nivel que permita al juez dictar una sentencia condenatoria.

En primer lugar hemos de señalar que en el derecho anglosajón, donde se recoge y tiene su origen, y particularmente en el sistema norteamericano, la convicción '*beyond a reasonable doubt*' "...más allá de toda duda razonable..." se aplica en materia penal, en contraposición al estándar de la *prueba preponderante (preponderance of evidence)*, aplicable a materias civiles[266], y que es impuesto por la cláusula del debido proceso, contenido en la Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución Federal estadounidense.

Sin perjuicio de lo sustancial y complejo de su contenido, la jurisprudencia norteamericana ha entregado algunos conceptos sobre este estándar al señalarnos que "Duda razonable no es una mera duda posible; porque todo lo que se relaciona con los asuntos humanos, y dependiendo de la evidencia moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Es el estado del caso en que, después de toda la completa comparación y consideración de toda la evidencia, deja las mentes de los jurados en tal condición que no pueden decir que sienten llegar a una convicción, a una certeza moral, de la verdad de cargo"[267]. "Para ser culpable de un delito se debe probar que uno es culpable *más allá de una duda razonable.* Una duda razonable que justificaría absolución es una duda basada en la razón y que surja de la evidencia o la falta de evidencia, y es la duda que un hombre o una mujer razonable podría abrigar, y no lo es una duda rebuscada ni imaginada, ni la duda que un jurado podría hacer aparecer para evitar realizar una tarea o deber desagradable. Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia".[268]

Las distintas definiciones que pueden consultarse en la doctrina y particularmente en la legislación norteamericana se estructuran, en general, sobre los criterios de la vacilación para actuar *('hesitate to act')* o de la certeza moral *('moral certitude')*, pero a diferencia del sistema de jurados norteamericano, en Chile quienes están llamados a resolver el conflicto penal son jueces letrados que deben fallar aplicando el derecho, por lo que las guías contenidas en muchos de dichos criterios resultan no sólo alejados de nuestra tradición sino de aplicación práctica.

---

[266] Podemos apreciar otro nivel probatorio en el sistema anglosajón, ubicado entre ambos estándares de convicción, denominado de *prueba clara y convincente (clear and convincing evidence), que se* exige para la prueba de determinados hechos en el proceso civil, tales como la negligencia profesional. Mercedes Fernández López. La valoración de las pruebas personales y el estándar de la duda razonable, Depto. Procesal Univ. de Alicante, www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf.

[267] Sandoval v. California, 1994, citado por CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El Juicio Oral.* Editorial Metropolitana. Santiago. Año 2001. Pág. 267.

[268] Johnson v. Louisiana, citado por HORVITZ L., María y LÓPEZ M., Julián. Op. cit. Tomo I. Págs. 81-82.

En nuestro sistema, como primera cuestión hemos de señalar que bajo el Código de Procedimiento Penal de 1906 se contempla como norma de valoración de la prueba, el sistema de la prueba legal o tasada y la apreciación del fallo en conciencia, por lo que el estándar probatorio establecido por este código es el de la prueba legal condenatoria y moral absolutoria, al disponer el artículo 456 bis que *"Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley".*[269]

La norma citada exige para condenar, la convicción del juzgador sobre la base de las pruebas reguladas en el mismo cuerpo legal, pero, al mismo tiempo, consagra un régimen intermedio, entre la fórmula tradicional del sistema inquisitivo, caracterizado por la exigencia de plena prueba, y la de aquélla, más moderna, recogida en sistemas mixtos, que nos conducen a la íntima convicción del juzgador, dado que, en cambio, para dictar sentencia absolutoria rige el principio de la sana crítica, por lo que no obstante las pruebas que se hubieren rendido en el proceso, si con su apreciación el juez no adquiere la convicción respecto de la culpabilidad del acusado puede dictar sentencia absolutoria.[270]

Este estándar de convicción es el que se mantuvo inalterable hasta la entrada en vigencia del actual CPP, que recoge en nuestro sistema la novedosa fórmula de la duda razonable, sin perjuicio de señalar que ella fue introducida durante la discusión parlamentaria, ya que el anteproyecto del Código en su versión primitiva contemplaba una regla diversa al exigir en el tribunal la convicción respecto de la comisión del hecho y la participación, en el entonces propuesto artículo 397.[271]

En efecto, en la Cámara de Diputados se refundió primero el artículo referido con el 396, pasando en el Senado a ser el artículo 380, al que se le agregó un nuevo inciso, extraído del Código Penal alemán, el que expresa: "el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral". Luego la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado lo sustituyó por uno nuevo que pasó a ser el artículo 342, agregando el calificativo de "suficiente convicción" respecto de la que debía alcanzar el Juez en el juicio para condenar, y en el Senado, el que aquélla debía referirse al objeto de la acusación. Tras diversas modificaciones en sus diversos trámites, fue en la Comisión Mixta en la que se incorporó el concepto de "duda razonable" suprimiendo el de "suficiente convicción", quedando finalmente la redacción del actual artículo 340 en los siguientes términos:

---

[269] Código de Procedimiento Penal, artículo 456.

[270] Sobre las consideraciones tenidas en cuenta por Ballesteros para recoger el estándar comentado, puede consultarse a Lazo, Santiago. *Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Penal. Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia.* Págs. 314 y 315. Poblete Cruzat Hermanos Editores. 1917.

[271] "Artículo 397: *Convicción del tribunal.* Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue hubiere adquirido la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley".

Artículo 340: *Convicción del tribunal.* Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

"La Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción más allá de toda duda razonable es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes".[272]

Podemos apreciar que el estándar de convicción exigido es particularmente elevado, siendo el juzgamiento la actividad exclusiva del tribunal, quien lo hace sobre la base de las pruebas presentadas por las partes exclusivamente durante el juicio, partes respecto de quienes recae la carga de ofrecer al tribunal todos los medios de convicción que serán la base de su decisión. Si el fiscal, sobre quien recae la "carga" de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado, no logra formar una suficiente convicción de culpabilidad, más allá de toda duda razonable, el tribunal debe necesariamente absolver.

Conforme lo señalado aparece evidente, como primera cuestión, que no es requisito la formación de una convicción plena o absoluta, sino una que debe estar más allá de toda duda razonable, o sea, una convicción de la verdad cercana a la certeza.

En términos generales, suele decirse que al enfrentarse a los hechos del proceso, cualquiera éste sea, el tribunal debe transitar en un recorrido que lo lleva desde la ignorancia absoluta hasta la convicción, existiendo entre ambos extremos las fases de duda, probabilidad y de certeza.

"Duda", proviene del latín *dubitatis* y deriva del verbo dudar, lo que, conforme los términos del Diccionario de la Real Academia, implica la "suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia"[273]. La duda implica una indecisión intelectual, un estado de indeterminación en la que se encuentran factores no decisivos como para romper dicho estado. En la

[272] Informe de la Comisión Mixta. Discusión Particular, artículo 380 (342), citado por LONDOÑO M. Fernando, y otros. Op. cit. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias.* Pág. 685.

[273] Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es.

fase de duda, el tribunal se ve enfrentado a hechos o motivos que lo llevan a inclinarse hacia la afirmación y otros tantos que lo llevan hacia la negación de los mismos. Si los motivos que no le permiten dar crédito a una situación son mayores que los que le permiten afirmarla, la circunstancia se considerará improbable. Si los factores que sirven para negar un hecho se encuentran en equilibrio con aquellos que sirven para afirmarlo, diremos que el hecho es creíble y por ende existen posibilidades (hecho posible). Si tales factores negativos son inferiores a los afirmativos, la circunstancia será probable. La probabilidad es, en consecuencia, el período de transición en que predominan los factores que permiten tener por verdadero un hecho, pero sin que desaparezcan los motivos en contrario. Es en consecuencia una etapa anterior a la certeza, en la que predominan los motivos convergentes por sobre los divergentes, pero donde aún subsiste lo improbable.

Para Maier[274], la probabilidad consiste en "un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero estima haberse acercado bastante a ella...".

La certeza, por su parte, también según la Real Academia Española es:[275] el 1. Conocimiento seguro y claro de algo; 2. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar. La certeza es el estado psicológico en el cual el juez, luego de un proceso intelectual llega al convencimiento de que un hecho ha ocurrido de una manera determinada, habiendo alcanzado dicha certidumbre ya por un proceso interno, a través de la creencia subjetiva de haber sucedido de la forma estimada, o bien mediante la comprobación a través y/o por signos externos u objetivos. La certeza, en consecuencia, es una noción eminentemente subjetiva, una manifestación subjetiva de la verdad respecto de la ocurrencia o no de un hecho, que puede o no requerir la justificación ante otros. De esta forma se producirá la convicción cuando la certeza adquirida se legitima, lo que se verifica a través de los fundamentos que se deben establecer al efecto, y que deben permitir su control endo y extraprocesal.

Según expresa el artículo 340, inciso 2°, "El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral". Por su parte el inciso 3° del artículo 297 dispone que "La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

---

[274] MAIER, Julio. Op. cit. Pág. 843.

[275] Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es.

En consecuencia, el tribunal adquiere la certeza objetivamente a través de la prueba rendida en el proceso aplicando los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y dicha convicción la externaliza a través de la sentencia para que pueda ser controlada.

"El juez (y sobre todo en la audiencia oral y con inmediación) debe pensar las pruebas, debe ser buen discípulo de los hechos mostrados por las pruebas, y con base en ellas llegar al estado de certeza, pero no debe acomodar los hechos a sus aspiraciones mentales y a sus prejuicios, ni mucho menos darle un modelaje nuevo, tiene que tomarlos en bruto e interpretarlos con aplicación de las reglas de la experiencia o sentido común, las reglas de la lógica, las reglas de la ciencia, las reglas de la técnica, etc.".[276]

Relacionando todo lo señalado con el estándar de convicción más allá de toda duda razonable exigido por nuestro legislador procesal penal, diremos que el tribunal debe haber alcanzado la convicción de verdad cercana a la certeza, ya que en términos expresados por la Comisión Mixta que la incorporó "no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes".[277]

Si a través de las pruebas rendidas en el juicio oral, el fiscal ha logrado generar el estado de certeza objetiva respecto de que ha ocurrido el hecho conforme la teoría del caso propuesto, aun cuando subsistieran algunas dudas sobre algunos de los extremos, dudas que resultan aceptables o tolerables el tribunal deberá dictar sentencia condenatoria, desvirtuando con ello la presunción de inocencia que ampara al acusado. Si por el contrario, existe una duda razonable en el juez, deberá mantener el principio de inocencia, debiendo absolver.

La disposición legal demuestra su clara finalidad proteetora, ya que sólo se permitirá al Juez algún grado de duda. Consecuentemente, la pregunta evidente que surge con la consagración de este estándar es determinar cuánta duda es razonable tolerar por el sistema.

"La 'duda razonable' nos sitúa en el escenario de las dudas posibles generadas por el hecho de la falta de pruebas indubitadas y pretende señalarnos que hay dudas aceptables y posibles, generadas por el hecho de la falta de pruebas, esto es, dudas que aun existiendo permiten condenar, en tanto que hay otras dudas que no son aceptables para el sistema, y que necesariamente deben llevar a la absolución".[278]

---

[276] PARRA QUIJANO, Jairo. *Más Allà de la Duda Razonable*. Pàg. 368.

[277] Informe de la Comisión Mixta. Discusión Particular, artículo 380 (342), citado por LONDOÑO M. Fernando, y otros. Op. cit. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. Pàg. 685.

[278] OYARCE LÓPEZ, Tamara. "La duda razonable en el sistema procesal penal", memoria de prueba, Universidad de Chile.

Obviamente, tamaña cuestión no pudo ser definida por el legislador, menos aún en el sistema de rendición y valoración de la prueba establecida y de grado de convicción exigido, motivo por el cual son los tribunales los llamados a darle contenido al concepto legal.

En este sentido, Baytelman señala que para que una duda alcance el estándar de razonable, es posible exigirle ciertos elementos específicos: Primero, debe tratarse de una duda articulada, esto es, que exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos ellos en conjunto construyen una duda relevante.

En segundo lugar, esta duda articulada debe tener su base y explicación en la evidencia (prueba) rendida. No es requisito que la duda esté 'probada', sino que permita articular algunos elementos en una versión alternativa, y pueda encontrar algún sustento en la prueba por oposición a la duda puramente hipotética".[279]

23.2. Comunicación sobre absolución o condena

Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones.

Excepcionalmente, cuando la audiencia del juicio se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prolongar su deliberación hasta por veinticuatro horas, hecho que será dado a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión les será comunicada.

La omisión del pronunciamiento de la decisión dentro de esas oportunidades producirá la nulidad del juicio, el que deberá repetirse en el más breve plazo posible.

En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para

[279] Baytelman, Andrés, citado por Oyarce López, Tamara. "La duda razonable en el sistema procesal penal", memoria de prueba Universidad de Chile.

fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.[280-281]

[280] En la Comisión Mixta se dejó constancia del sentido de esta modificación al señalar que "Mediante este numeral, la Cámara de Diputados sustituyó el artículo 345 del Código Procesal Penal, que faculta al tribunal, una vez pronunciada la decisión de condena y siempre que lo considere necesario, para citar a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señalará.

El precepto sustitutivo hace obligatoria la audiencia, salvo que todos los intervinientes en el proceso opten por prescindir de ella. Además, en caso de que la audiencia tenga lugar, se permite a las partes concurrir con los antecedentes que justifiquen sus peticiones. El Senado, en el tercer trámite constitucional, rechazó la sustitución propuesta.

El Defensor Nacional, señor Quintana, manifestó que esta norma resuelve la dificultad estratégica que se produce cuando la defensa ha efectuado un alegato de inocencia y debe plantear atenuantes en subsidio. Esto debilita el alegato principal de inocencia, porque importa reconocer la culpabilidad del imputado. Agregó que la norma deja abierta la posibilidad para que todos los intervinientes puedan pedir que la audiencia no se celebre y se vaya directamente al fallo. Señaló que la norma actual del artículo 345 del Código Procesal Penal establece que el juez tiene la facultad para ordenar esta audiencia, pero en la práctica ella casi nunca se decreta.

El Honorable Senador señor Viera-Gallo señaló que en la discusión del proyecto que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Boletín N° 3.021-07), se estableció que esta audiencia será obligatoria; pero para los demás casos es razonable que sea el juez quien decida si procede o no esta audiencia, porque, en algunos casos, la determinación de la pena será un asunto fácil y, en otros, en cambio, será un asunto de lata discusión.

El Honorable Senador señor Chadwick expresó que el objetivo de la norma es dar a la defensa un escenario adecuado para afirmar la inocencia del imputado y no tener que recurrir, simultáneamente, a alegatos subsidiarios.

El Honorable Diputado señor Bustos estimó que la lógica del sistema procesal penal actual hace casi impracticables las argumentaciones en subsidio, porque la defensa es oral y se efectúa en una sola audiencia. En estas condiciones, las alegaciones en subsidio debilitan la defensa, en desmedro de las posibilidades del inculpado de tener un juicio justo. Explicó que en el Derecho Penal moderno el tema de la determinación de la pena es considerado un asunto de importancia vital, porque el condenado debe ser castigado con una pena proporcionada a las circunstancias en las que actuó, de modo que, si es declarado culpable, aún le asiste el derecho básico a alegar atenuantes de responsabilidad.

El Fiscal Regional, señor Chahuán, señaló que hacer obligatorio algo que actualmente es facultativo puede generar un problema de gestión, porque, según lo dispuesto en el artículo 344 del Código Procesal Penal, el juez tiene un plazo para dictar sentencia de hasta cinco días. Entonces, estas alegaciones deberían hacerse en la misma audiencia en que se resuelve sobre la condena y no en otra posterior. Para ello habría que modificar el artículo 343 del Código Procesal Penal, a fin de permitir que, además de las circunstancias ajenas al hecho punible, sean consideradas también, en la misma oportunidad, las demás condiciones modificatorias de la responsabilidad penal, permitiendo al tribunal postergar su decisión. Convendría dejar en claro que el análisis que se haga sólo podrá incluir los elementos de prueba que ya existen en el juicio y que no se admitirán nuevas pruebas".

[281] Véase HERRERA, Marta. "Informe Presentencial del imputado. Oportunidad y sujeto legitimado para solicitarlo". *Boletín del Ministerio Público* N° 20. Septiembre 2004. Págs. 141 y Sgtes.

23.3. Redacción y lectura de sentencia definitiva

23.3.1. Plazo para redacción y lectura de la sentencia

Al pronunciarse sobre la absolución o condena el tribunal podrá diferir la redacción del fallo y, en su caso, la determinación de la pena hasta por un plazo de cinco días, fijando la fecha de la audiencia en que tendrá lugar su lectura.

La reforma contenida en la Ley N° 20.074 permitió un mayor plazo a efectos de redactar y dar lectura a la sentencia. Así, el actual inciso primero del artículo 344 dispone que no obstante el plazo de hasta 5 días conferido, si el juicio hubiere durado más de cinco días, el tribunal dispondrá, para la fijación de la fecha de la audiencia para su comunicación, de un día adicional por cada dos de exceso de duración del juicio.

El transcurso de estos plazos sin que hubiere tenido lugar la audiencia de lectura del fallo constituirá falta grave, que deberá ser sancionada disciplinariamente. Sin perjuicio de ello, se deberá citar a una nueva audiencia de lectura de la sentencia, la que en caso alguno podrá tener lugar después del segundo día desde la comunicación de la decisión sobre absolución o condena.

Transcurrido este plazo adicional sin que se diere lectura a la sentencia se producirá la nulidad del juicio, a menos que la decisión hubiere sido de absolución del acusado. Si, siendo varios los acusados, se hubiere absuelto a alguno de ellos, la repetición del juicio sólo comprenderá a quienes hubieren sido condenados.

El vencimiento del plazo adicional mencionado en el inciso precedente sin que se diere a conocer el fallo, sea que se produjere o no la nulidad del juicio, constituirá respecto de los jueces que integraren el tribunal una nueva infracción que deberá ser sancionada disciplinariamente (artículo 344).

Comunicada a las partes la decisión absolutoria, el tribunal dispondrá, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en contra del acusado y ordenará se tome nota de este alzamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia que se hubieren otorgado (artículo 347).

23.3.2. Contenido de la sentencia definitiva

La sentencia definitiva contendrá:

a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la de el o los acusadores;

b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado;

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.

En consecuencia, el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados.

Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo;

e) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Si la sentencia es condenatoria deberá fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley, considerando para la determinación de las penas las normas sobre reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie contemplada en el artículo 351.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente.

Cuando se hubiere declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público, el tribunal, junto con su devolución, ordenará que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia.

Además, atendida la independencia de la acción civil respecto de la acción penal (artículo 67), tanto en el caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta.

f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y

g) La firma de los jueces que la hubieren dictado.

La sentencia será siempre redactada por uno de los miembros del tribunal colegiado, designado por éste, en tanto la disidencia o prevención será redactada por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor y el del que lo sea de la disidencia o prevención.

El incumplimiento en la sentencia definitiva de los requisitos contemplados en las letras c) d) o e) del artículo 342, esto es, las consideraciones de hecho, de derecho y parte resolutiva, da lugar al recurso de nulidad por la causal establecida en el artículo 374 letra e), y la violación del principio de la congruencia hace procedente dicho medio de impugnación por la causal contemplada en la letra f) del mencionado artículo.

Como nos ha señalado nuestra Jurisprudencia *"el principio de congruencia supone que exista conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenidas en la acusación, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica. Así, no cualquier error fáctico de la acusación puede importar una infracción a su congruencia con el fallo, si no se altera la sustancialidad de la imputación. Ahora bien, la fecha de comisión del ilícito resulta penalmente relevante en la imputación formulada para el ejercicio de la defensa, en especial si alega la falta de participación del acusado y se presenta prueba para ubicarlo en un lugar distinto a aquel en que ocurrió el hecho 'testigos de coartada'. En el caso sub lite no estamos en presencia de un cambio de imputación, sino que únicamente de un error atribuible al Ministerio Público, existiendo claridad por parte del acusado y su defensa de dicho error y de los hechos imputados, cuya responsabilidad en los mismos reconoció, por lo que en este caso, la falta de correspondencia entre lo señalado en la acusación y lo indicado por los testigos, carece de la sustancialidad necesaria para afectar el derecho de defensa, toda vez que existe identidad en los actos concretos que se le imputan y que forman parte de los elementos del ilícito, por lo que no se ve alterada la calificación jurídica de los hechos o el tipo de responsabilidad atribuida, es decir, existe identidad entre la actividad penalmente relevante acreditada en el juicio y aquella señalada en la acusación (Considerando 16)".*[282-283]

23.3.3. Audiencia de lectura de la sentencia

Una vez redactada la sentencia, dando cumplimiento a los requisitos de contenido antes señalados, se procederá a darla a conocer mediante su lectura en la audiencia fijada al efecto, oportunidad a contar de la cual se entenderá notificada a todas las partes, aun cuando no asistieren a la misma, la que deberá tener lugar dentro del mismo plazo que vimos para la redacción de la misma (artículo 346).

23.3.4. Recursos

En contra de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal penal de juicio oral sólo es procedente el recurso extraordinario de nulidad, por las causales contempladas en los artículos 373 y 374, el que deberá interponerse por escrito dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral (artículos 372, 373 y 374).

---

[282] Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Viña del Mar. 21.2.2006. *Revista Procesal Penal* N° 43. Págs. 165 y Sgtes. Enero 2006.

[283] Véase en la materia, CUCCARELLA GALIANA, Luis Andrés. *La correlación de la sentencia con la acusación y defensa.* Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. En nuestro derecho, DEL RIO FERRETI, Carlos. *Los poderes de decisión del juez penal.* Editorial Jurídica de Chile. 2009.

Sobre el particular debemos señalar que consideró así el legislador que el principio de la inmediación es incompatible con la doble instancia, por lo que la apelación deja de ser el medio ordinario de impugnación de sentencias definitivas en materia penal, pasando el recurso de nulidad de los artículos 372 y siguientes a ser el único medio para impugnar la sentencia dictada en el juicio oral, sin perjuicio de las acciones de fuente constitucional que eventualmente pudieren ser procedentes, como, por ejemplo, el recurso de queja [284] previsto en el artículo 545 del COT, el que es procedente respecto de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, respecto de la cual no procede recurso alguno.

23.3.5. Ejecución

En cuanto a la ejecución de las providencias, debemos recordar que las sentencias se ejecutarán en materia criminal una vez que se encuentren firmes o ejecutoriadas en la forma que en cada caso esté indicada en el Código Penal, sin perjuicio de lo establecido en el Libro IV del CPP (artículo 467).

En el proceso penal, la ejecución de la sentencia definitiva penal y de las medidas de seguridad establecidas en la sentencia pronunciada por el tribunal de juicio oral no debe ser ejecutada ante él, sino que ante el juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal (artículo 113 inciso 2° del COT).

Respecto de la ejecución de la parte civil indemnizatoria de la sentencia definitiva dictada dentro del proceso penal no debe ser ejecutada ante los tribunales penales, sino que ante el juzgado de letras civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

De conformidad a lo previsto en el artículo 349 del CPP, "tanto en caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta".

Por otra parte, el inciso final del artículo 171 del COT haciendo una clara excepción a la regla general de la ejecución, nos señala que será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

En consecuencia, si se hubiere pronunciado una sentencia definitiva penal, acogiéndose la demanda civil indemnizatoria deducida por la víctima en contra del imputado, único caso en que ello es posible ante los tribunales del crimen en el nuevo sistema procesal penal, la ejecución de la sentencia civil no deberá seguirse ante ellos, sino que ante el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

El procedimiento que deberá aplicarse para obtener la ejecución de la sentencia civil se nos señala en el artículo 472, el que dispone que "en el cumplimiento de la

[284] TC, sentencia en causa Rol N° 986. El recurso de queja dice relación con las facultades disciplinarias de los tribunales superiores de justicia, particularmente de la Corte Suprema, las que tienen fundamento constitucional.

decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil".

Ello implica que el único procedimiento que cabrá aplicar para la ejecución de esa sentencia que contempla prestaciones civiles será el juicio ejecutivo, dado que no cabe aplicar el procedimiento incidental que sólo es procedente cuando la ejecución se solicita ante el tribunal que conoció del proceso en única o primera instancia. Debemos acordar que conforme al artículo 233 del CPC el procedimiento incidental sólo es aplicable "cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide".

Capítulo Séptimo
Algunos aspectos relacionados con la prueba en el sistema procesal penal

El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.
Jeremías Bentham

I. Concepto de prueba y diversas acepciones

1. La prueba y los elementos que integran el conflicto

Dentro de todo conflicto se pueden distinguir fundamentalmente dos clases de elementos: De Hecho y de Derecho.

Tanto las pretensiones como las excepciones que las partes hacen valer ante el tribunal deben basarse en hechos, y éstos, a su vez, encuadrarse dentro de una determinada norma legal.

En el proceso penal se establece expresa y categóricamente por el artículo 259, *"que la acusación deberá contener en forma clara y precisa: b) la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y su calificación jurídica; c) la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal; d) la participación que se atribuyere al acusado*".

De acuerdo a lo señalado en ese precepto legal, se desprende claramente los hechos que necesariamente deben ser probados en el proceso penal para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado frente a la comisión de un delito, y que no son otros que las circunstancias fácticas que configuran un delito y la participación en él.

2. Problemas que se relacionan con la prueba

De acuerdo a lo señalado por Couture, los problemas existentes respecto de la prueba consisten en dar respuesta básicamente a las siguientes interrogantes:

- Qué es la prueba, materia que se dilucida mediante el concepto de prueba.
- Qué se prueba, materia que se aborda mediante el estudio del objeto de la prueba.
- Quién prueba, interrogante a la cual se da respuesta mediante el estudio de la carga de la prueba.

• Cómo se prueba, lo que se determina mediante el estudio del procedimiento probatorio.

• Qué valor tiene la prueba producida, lo que nos conduce al sistema de valoración de la prueba[1].

3. ¿CONSTITUYE LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL UNA ACTIVIDAD PROBATORIA?

En el procedimiento penal se contempla en la actualidad una etapa previa o preliminar de investigación para los efectos de determinar los hechos que justifican la iniciación del juicio propiamente tal a cargo de un fiscal del Ministerio Público.

Las razones que justifican en el proceso penal la existencia de una etapa previa de investigación de los hechos a la existencia del juicio mismo consistirían en las siguientes:

"Una primera razón puede ser ésta: así como los acaecimientos que dan origen a un proceso civil, al producirse, por regla general, con ocasión del tráfico jurídico lícito, son suficientemente conocidos por las personas a quienes puedan afectar, los hechos que pueden dar lugar a un proceso penal, en cuanto son la expresión de la máxima ilicitud en el ordenamiento, no sólo se realizan en secreto, sino que se procura eliminar los rastros que permitan descubrir cómo ocurrieron. En estas condiciones no se puede formular una acusación, que tiene que serlo por unos hechos determinados y frente a una persona determinada.

"La segunda razón consiste en que existe un interés público en que el proceso penal se realice por los hechos y frente a la persona, respecto a los que exista suficiente fundamento para esa realización. En defecto de ese interés público, aquella circunstancia de la clandestinidad de los hechos no explicaría el régimen jurídico del procedimiento preliminar. Bastaría –como en el proceso civil– con dejar a los particulares que resolvieran con su actividad privada los problemas de preparación del proceso, con posibilidad de pedir, cuando fuera necesario, la intervención de un órgano jurisdiccional. Por el contrario, la vigencia del principio de legalidad (o, si en algún momento se introdujeran excepciones al mismo, la existencia en principio de un interés público en la persecución) impone regular el procedimiento preliminar, porque sus actividades son necesarias para satisfacer el interés público que se trata.

"Una tercera razón –no tan obvia como las dos primeras– es la de que un proceso penal sólo debe realizarse frente a alguien si hay suficiente fundamento para ello. Esto último hay que determinarlo previamente y hay que reunir los datos necesarios para hacerlo".[2]

---

[1] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 216. 12ª edición. 1981. Ediciones Depalma. Buenos Aires.

[2] MONTERO AROCA, Juan-ORTELLS RAMOS, Manuel-GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional. Tomo III. Proceso Penal.* Pág. 113. 7ª edición. 1998.

Sin perjuicio de lo anterior se ha sostenido que los actos de investigación, ya sea que se realicen en forma privada por las partes, por la Policía, el Ministerio Público, e incluso por el propio tribunal, no constituyen actos de prueba y, por lo tanto, no puede fundarse en ellos la sentencia que debe pronunciarse para la solución del conflicto.

Los actos de investigación preliminar por las partes, la Policía y el Ministerio Público no constituyen actos de prueba, por cuanto estos últimos "requieren el cumplimiento de dos requisitos, uno objetivo, consistente en la contradicción, y otro subjetivo, por cuanto la prueba ha de estar intervenida por un órgano jurisdiccional. Este último requisito no se cumple en todos los supuestos de actos de investigación prejudicial y el primero puede estar, también ausente".[3]

Este principio, consistente en que los actos de investigación preliminar por las partes, la Policía y el Ministerio Público no constituyen actos de prueba, se reconoce expresamente en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los actos de investigación del Fiscal y la policía en los siguientes preceptos legales:

a) La última parte del inciso 1° del artículo 83 de la Carta Fundamental, que nos señala que el Ministerio Público *"en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales"*;

b) El artículo 296 al establecer la regla general que *"la prueba que debe servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral"*, el cual se reitera en el inciso segundo del artículo 340, al establecer que *"el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral"*.

Sin embargo, debemos tener presente que las "mayores dificultades se presentan en el momento de distinguir los actos de investigación judicial y los actos de prueba, ya que ambos están destinados y dirigidos por órganos jurisdiccionales.

Siguiendo al profesor Ortells Ramos, podemos señalar las siguientes diferencias fundamentales:

1°. Diferencia estructural: los actos de prueba presuponen la realización de las afirmaciones de hechos que constituyen su objeto, afirmaciones que las partes realizan en sus escritos de conclusiones provisionales. Por su parte, los actos de investigación se realizan con anterioridad a la formulación de tales observaciones y su finalidad es aportar aquellos elementos necesarios para la realización de las mismas. No podemos hablar de actos de prueba antes de que se hayan formulado las afirmaciones fácticas que van a constituir su objeto.

2°. Los actos de investigación se enmarcan en el seno de la instrucción preliminar y cumplen, por tanto, la misma finalidad que se asigna a ésta: la preparación del juicio oral. Por el contrario, los actos de prueba se realizan en el acto del juicio oral –con las excepciones de los supuestos de prueba anticipada– y su finalidad es lograr la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones de hecho formuladas y servir de fundamento a la sentencia. Vemos, pues, como su finalidad es también

[3] MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Pág. 99. Editorial José María Bosch. Barcelona. 1997.

distinta: en los actos de investigación, la preparación del juicio oral, en los actos de prueba, la obtención del convencimiento del juzgador.

3°. Durante la instrucción criminal se adoptan una serie de resoluciones judiciales –procesamiento, medidas cautelares– así como, en su caso, la apertura del juicio oral, que tienen su fundamento en el resultado de la investigación practicada y que no exigen que el juez tenga el pleno convencimiento sobre la responsabilidad penal de la persona a quien se refieren tales resoluciones. Basta en ese momento un juicio de mera probabilidad o verosimilitud objetiva, basado en datos fácticos o indicios, no en meras sospechas o conjeturas. Así, por ejemplo, en el momento de acordar el procesamiento se exige la existencia de indicios racionales de criminalidad contra la persona determinada (artículo 384 LECrim). Como señala Gimeno Sendra, los actos de investigación tienen por misión introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente, para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares.

Sin embargo, en el momento de dictar sentencia se requiere que el juzgador esté plenamente convencido de la responsabilidad; convencimiento que se debe basar necesariamente en actos de prueba, no bastando un mero juicio de probabilidad objetiva, ya que el mismo debe conducir necesariamente a la absolución.

4°. Por último, las diferencias se observan, también, en las diferentes garantías que presiden la realización de ambas clases de actos. El principio de contradicción no es absoluto en los actos de investigación, ya que es posible que el sumario se declare secreto (artículo 302 LECrim). Por el contrario, los actos de prueba deben realizarse siempre bajo la vigencia del principio de contradicción (artículo 681 LECrim).

Distinto es, también, el papel o protagonismo de las partes en ambos tipos de actos. En los actos de investigación, el protagonismo corresponde al Juez Instructor, quien dirige la investigación, teniendo las partes un papel que podríamos calificar de secundario. Por el contrario, en los actos de prueba el protagonismo corresponde a las partes. Así, en el interrogatorio de los testigos, se sigue el sistema de interrogatorio cruzado o *cross examination* (artículo 708 LECrim), también para el interrogatorio de los peritos (artículo 724 LECrim) y en la declaración del acusado.[4]

En nuestro país, en cuanto a las características de la actividad de la investigación en el antiguo sistema procesal penal, regida por el Código de Procedimiento Penal, se ha señalado que "esta actividad se realiza a través del sumario criminal que consiste en un proceso de averiguación judicial, por medio del cual todos los elementos probatorios que se obtienen se incorporan formalmente a un expediente escrito y secreto, pasando por una parte, a servir como antecedentes de averiguación para el desarrollo de la investigación y, constituyéndose por la otra, en pruebas que podrán ser leídas por el órgano juzgador y valoradas en la sentencia. Esto ha llevado a que, en la práctica, esta etapa del procedimiento se haya transformado en la más impor-

[4] MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. Ob. cit. Págs. 99 a 101. 1997.

tante de todas o, dicho en otras palabras, que el sumario se haya transformado en el verdadero proceso penal en Chile.

"Por otra parte, si se analiza el contenido del Código de 1906 se podrá notar que una parte sustantiva del mismo se refiere a la regulación del sumario (más de 300 artículos), en donde se desarrolla con detalle las distintas actividades que deben ser necesariamente realizadas por los jueces en la investigación de las distintas categorías de delitos, sin importar las particularidades de los mismos, los recursos investigativos disponibles para el caso concreto por la cantidad de evidencia que se dispone al momento de iniciar la investigación, entre otras variables relevantes. La concepción de la investigación que hay detrás de este modelo es la de una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada, todo lo cual impide obtener mayores niveles de eficiencia, lo que se traduce, entre otras cosas, en un alargamiento del tiempo de duración de los sumarios. En definitiva, el diseño de esta etapa corresponde a una época y sociedad distinta a la actual con un fenómeno de criminalidad también diferente. Ello impide que este modelo pueda adecuarse a los requerimientos que supone la investigación de la criminalidad moderna.

"El sistema de la reforma, por su parte, está construido sobre bases completamente diferentes. En primer lugar, esta etapa pierde la centralidad que ha alcanzado en el sistema vigente pasando a constituirse en una fase meramente preparatoria, es decir, cuyo único sentido es el de permitir que los órganos que tienen a su cargo la persecución penal preparar adecuadamente su presentación en el juicio, así como tomar las decisiones que determinarán el curso posterior del caso, en especial aquellas relativas a su continuación o terminación anticipada. Una consecuencia lógica de esta característica es que el nuevo sistema de investigación no tiene un carácter probatorio, esto es, que todos los actos que durante él se desarrollen y que de algún modo pueden contribuir al esclarecimiento del caso, sólo tienen valor informativo para quienes llevan adelante la persecución (fiscales y policías) pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia en tanto no sean producidos en el juicio oral".

El artículo 296 del CPP refuerza esta idea al señalar que "la prueba que debe servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia de juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley". Así, por ejemplo, la declaración de un testigo prestada ante el Ministerio Público le permite a los fiscales contar con una información importante para formar su convicción acerca del caso y para recopilar nuevos antecedentes respecto del mismo, pero esa declaración no tiene ningún valor probatorio en cuanto el testigo no comparezca al juicio oral y la preste nuevamente en conformidad a las reglas que regulan tal etapa del procedimiento.

"Se trata, además, de una fase administrativa y desformalizada, esto significa que todas esas actividades dejan de ser desarrolladas por un órgano judicial que actúa de acuerdo con una ritualidad prevista en la ley y pasan a ser efectuadas por órganos de carácter administrativo como son el Ministerio Público y las policías, quienes actúan del modo en que las técnicas de cada una de sus disciplinas establezcan como más convenientes. Es decir, que pueden adecuar sus recursos investigativos de acuerdo

a los requerimientos de cada categoría de delitos y cada delito en particular presenten. Así, por ejemplo, una fiscalía puede asignar a varios fiscales para investigar un caso complejo y sólo a uno para el conocimiento de una multiplicidad de casos más simples.

"Desde el punto de vista práctico, es posible describir la actividad de los fiscales durante la investigación asimilándola a la que realizan los abogados durante el proceso que precede a la presentación de una demanda en materia civil, es decir, se trata de actividades de averiguación y recopilación de antecedentes que, en general, no está sujeta a reglas procesales y que no tienen valor mientras no sean incorporadas formalmente al proceso por el medio previsto en la ley, veremos más adelante que la actividad de los fiscales abogados se diferencia de los abogados en otros aspectos como es su sujeción al principio de objetividad. Esta informalidad y flexibilidad permite que el Ministerio Público pueda organizar el trabajo de los fiscales con plena libertad, pudiendo éste ser individual o colectivo, especializado o no especializado y, en general, estableciendo y modificando las rutinas de trabajo y la distribución interna de la organización sin mayores restricciones. Con esto se pretende una dinámica completamente diferente a la del actual sistema y consiguientemente aumentar de manera significativa la capacidad investigativa del aparato de instrucción criminal".[5]

"Los objetivos de esta actividad de investigación y preparación que llevan a cabo los fiscales y la policía son más complejos que los del sistema vigente. En este último, los llamados objetivos del sumario dicen relación sólo con la búsqueda de la única solución que el sistema conoce, esto es, la indagación de lo ocurrido y la acusación y condena de los eventuales responsables.

"En el nuevo sistema los fiscales tienen primero que realizar una adecuada selección de los casos, identificando de todos aquellos que llegan a su conocimiento cuáles son los que van a ser objeto de su trabajo, utilizando al efecto las facultades que más adelante se describen. Un segundo objetivo está constituido por la obligación de los fiscales de atender al interés de las víctimas de los delitos, brindándoles una atención e información adecuadas y procurándoles protección en el caso que ello parezca necesario (véase el mandato expreso en este sentido contenidos en los artículos 83 de la CPR, 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y 6° y 78 del CPP). Un tercer objetivo dice relación con la aplicación adecuada de las llamadas salidas alternativas, las que constituyen formas diversas de resolución del conflicto cuando ello resulte oportuno y conveniente. Por último, sin duda, el objetivo central sigue siendo el de la eficacia de la investigación y acumulación de pruebas para aquellos casos en los que se haya de formular acusación, teniendo como telón de fondo la realización de un juicio oral.

---

[5] RIEGO R., Cristián y DUCE J., Mauricio. *La Etapa de Investigación en el nuevo proceso penal. Nuevo Proceso Penal.* CAROCCA A., ÁLEX-DUCE L., Mauricio-RIEGO R., Cristián-BAYTELMAN A., Andrés-VARGAS V., Juan Enrique. Págs. 100 a 102. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Octubre 2000.

"Esta mayor complejidad de los objetivos de la actividad de investigación se vincula, por una parte, con las necesidades de selección de casos que un sistema moderno exige para funcionar razonablemente, así como la comprensión de la necesidad de ofrecer una mayor amplitud de servicios y soluciones frente a los problemas también más variados y complejos que el público hace llegar al sistema.

"En cuanto al objetivo de la eficacia en la investigación, éste aparece matizado por el apego de parte del Ministerio Público a criterios de transparencia, objetividad, profesionalismo y al mandato general de los funcionarios públicos al principio de legalidad o sujeción a la ley. A diferencia de la función que pudiera cumplir cualquier abogado que estuviera encargado meramente de preparar la acusación que una persona privada puede plantear, el Ministerio Público es una autoridad que ejerce potestades públicas y que pretende realizar ciertos objetivos institucionales. Entre los más importantes de ellos se encuentra el de la transparencia de los criterios de actuación. Esto es, se trata de que el modo en que se realiza la preparación de las acusaciones y los criterios conforme a los cuales se toman decisiones para llevarla adelante, puedan ser conocidos por el conjunto de la ciudadanía, quien debe poder manifestar su acuerdo o crítica respecto de ellos como frente a cualquier otra autoridad en un sistema democrático. Es por esta razón que el Ministerio Público está obligado a manifestar formalmente, por medio de instrucciones, los criterios que deben ser respetados por cada fiscal.

También están obligados los fiscales a desarrollar una actividad orientada a la aplicación correcta de la ley penal, esto es, no pueden manipular su tarea de persecución o subordinarla a objetivos cuya realización suponga extender o reducir el ámbito de punibilidad previsto por la ley. Para ello deben procurar alcanzar la verdad de lo ocurrido de acuerdo a criterios de objetividad y profesionalismo. No pueden por razones estratégicas ocultar hechos relevantes que hubieren descubierto, ni aun pruebas que pudieren arrojar resultados diversos de los que sostienen en su acusación. Asimismo, los fiscales están obligados a realizar una investigación objetiva y completa, esto es, a indagar no sólo aquello que constituye la hipótesis que consideren plausible o aun verídica, sino también a descartar otras hipótesis posibles, en especial, aquellas invocadas por el imputado o su defensa cuando tienen cierta plausibilidad.

Estas restricciones se justifican primero por el hecho de que no son los fiscales meros abogados estatales, sino que cuentan con el monopolio de la dirección del aparato estatal de persecución. Es por este motivo que para procurar un mínimo de equilibrio o, al menos, evitar un completo desequilibrio, se requieren que usen ese aparato con apego a estándares altos de objetividad. Los demás intervinientes también tienen algunos deberes de lealtad con el propio sistema, pero ellos son sin duda menos intensos. No pueden, por ejemplo, falsificar evidencias, pero no están obligados a presentar ni informar de aquellas que hayan encontrado y les desfavorezcan. Esta diferencia se explica porque los fiscales no están operando como los particulares con medios propios o, al menos, destinados a conseguir fines particulares, sino con medios muy importantes que han sido dispuestos para alcanzar la verdad y la aplicación de la ley penal.

Un segundo fundamento de la actuación de los fiscales se encuentra en que ellos carecen de legitimidad democrática, su legitimación al interior del sistema político proviene de su idoneidad técnica y de sus virtudes de independencia y equilibrio. Esto es así, porque precisamente se supone que procuren una completa y ajustada aplicación de la ley aprobada por mayoría en el Parlamento y no que tomen decisiones acerca del alcance del ámbito de lo punible.[6]

La investigación no puede ser regulada en cuanto a los trámites específicos que deben realizarse por el legislador, sino que ella es una etapa esencialmente analítica y que dependerán las diligencias que deban realizarse, su conveniencia, forma y oportunidad de ejecución de las decisiones que se adopten por parte de quien tiene a su cargo dirigir la investigación, las que pueden ser decididas de oficio o a requerimiento de alguno de los intervinientes, quienes pueden deducir los reclamos pertinentes a nivel administrativo y jurisdiccional contemplados en la ley, si ella no se conduce de una manera objetiva, eficaz y profesionalmente. Sin perjuicio de ello, es menester tener presente que la Fiscalía Nacional del Ministerio Público ha emitido diversas instrucciones de carácter general a sus Fiscales para la investigación de determinados tipos de delitos.[7]

Finalmente, debemos tener presente que en el actual proceso penal, respecto de la etapa de investigación, podemos distinguir una etapa de investigación no formalizada y una etapa de investigación formalizada.

"En la etapa preliminar de la investigación o no formalizada, el Fiscal procederá a evaluar las denuncias o querellas, decretará las primeras diligencias, ordenará diversas investigaciones a la Policía, interrogará a testigos y a posibles futuros imputados, acompañará la documentación que sea necesaria a la carpeta de la investigación, etc.

La investigación preliminar que no ha sido formalizada, no tiene plazo de duración y podrá prolongarse todo el tiempo que sea necesario, a menos que el Fiscal aprecie que si no formaliza la investigación corre el riesgo de que la prescripción de la acción penal extinga la responsabilidad penal por el posible delito cometido. En cambio, si el

---

[6] RIEGO R., Cristián y DUCE J., Mauricio. Ob. cit. Págs. 102 a 104. 2000.

[7] Sobre la materia en la obra *Reforma Procesal Penal.* Instrucciones Generales N°s. 1 a 25 y N°s. 25 a 50. Ministerio Público. Fiscalía Nacional. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001, pueden consultarse Instructivo N°s. 10 y 23 sobre la investigación de delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de su cargo; Instructivo N° 16 sobre delitos previstos en la Ley N° 19.366, su investigación y ejercicio de la acción penal pública; Instructivo N° 24 sobre la investigación de delitos defraudación contenidos en el Código Penal; Instructivo N° 25 sobre la investigación de delitos sexuales; Instructivo N° 30 sobre la tipificación e investigación de delitos robos y hurtos; Instructivo N° 39 sobre la investigación de los delitos de instrumentos mercantiles. Debemos hacer presente que como lo indica en el Prólogo de esa obra el Fiscal Nacional del Ministerio Público "los instructivos generales de la Fiscalía Nacional sólo sin obligatorios para los fiscales y abogados del Ministerio Público, es decir, tienen un carácter interno y están dictados en virtud de la autonomía de que goza este organismo. Naturalmente, los Tribunales de Justicia, los defensores, profesores de Derecho y la comunidad jurídica tienen perfecto derecho a discrepar de algunos de los contenidos y conceptos de las instrucciones generales".

Fiscal decide formalizar la investigación, se suspenderá la prescripción de la acción penal conforme lo establece el artículo 233 letra a) del nuevo Código.

Puede constituir una buena estrategia del Fiscal no apresurar en demasía la formalización de la investigación para que comience a correr el plazo máximo de ésta y para evitar que el imputado tome conocimiento de los registros de la investigación y designe obligatoriamente un defensor.

Sólo a partir de la formalización de la investigación, la defensa del imputado tiene posibilidades para intervenir más activamente en la investigación y el juez de garantía puede ejercer un control más intenso sobre la actividad de los Fiscales y de las Policías. El nuevo proceso penal no concibe a un imputado respecto del cual se ha formalizado la investigación, que no tenga un defensor. Su ausencia constituye una violación a un trámite esencial del debido proceso. Sin embargo, no cabe considerar como imputado a una persona respecto de la cual no se ha formalizado la investigación ni se han formulado cargos, es decir, no se ha desarrollado ninguna actividad investigadora en su contra respecto de delitos determinados (artículos 7°, 8° y 229). Por lo mismo, no es de la esencia que tenga un defensor obligatoriamente, sea de oficio o de su confianza, aun cuando puede recurrir al juez de garantía para la cautela de sus derechos fundamentales y también puede pedir a este tribunal que se le pida un informe al fiscal sobre si existe una investigación que se siga en su contra y se le fije un plazo para formalizarla (artículo 186).

Hay situaciones en que el juez de garantía puede intervenir aún en la fase preliminar de la investigación, antes de la formalización de la misma, como ocurre en los casos de autorización de diligencias anteriores a la formalización, con o sin conocimiento del afectado (artículo 236), aplicación del principio de oportunidad (artículo 200), fijación de plazo para la formalización, en caso de existir tardanza en ello de parte del Fiscal (artículo 216), admisión de querellas y remisión de ellas al Ministerio Público (artículo 112), autorización de medidas compulsivas para que comparezcan testigos rebeldes ante el Ministerio Público (artículo 190), exigir comparecencia de detenido para examinar legalidad de una detención (artículo 95), garantizar vigencia de derechos de la víctima (artículo 6°).

Si la investigación es exitosa, el Fiscal debe avanzar a una segunda etapa mediante la correspondiente formalización, la que será necesaria que se formule en los siguientes casos:

a) Si desea autorización judicial para practicar una actuación que la requiera, sin perjuicio de los casos excepcionales contemplados en el artículo 236;

b) Si solicita una medida cautelar o real contra el imputado;

c) Si desea que se celebren acuerdos reparatorios o se decrete la suspensión condicional del procedimiento, dado que esas salidas requieren del acuerdo del imputado;

d) Si desea un juicio oral inmediato, dado que respecto de esa petición debe escucharse al imputado en la audiencia de formalización;

e) Si desea interrumpir la prescripción en contra del imputado en contra del cual existan antecedentes suficientes, y

f) Si desea solicitar una prueba anticipada de testigos, porque se trata de una actuación en la que pueden participar el imputado y su defensor.

Para formalizar la investigación el Fiscal debe efectuarle una comunicación al Juez de Garantía en tal sentido y solicitarle que convoque a una audiencia a todos los intervinientes, conforme al procedimiento establecido en los artículos 229 y siguientes del nuevo Código. La formalización de la investigación es un requisito previo para que pueda formular el fiscal una acusación en contra del imputado, luego del cierre de la investigación (artículo 248 b).

La decisión de formalizar la investigación es privativa y exclusiva del Fiscal, sin perjuicio del reclamo que pueda deducir el imputado en su contra cuando considere que la formalización ha sido arbitraria, reclamo que conoce la autoridad superior al Ministerio Público, esto es, el Fiscal Regional respectivo (artículos 232 inciso 3° del CPP y 32 letra b) y 33 de la Ley N° 19.640).

No es procedente un reclamo ante el Juez de Garantía respecto de esta decisión privativa del Fiscal, tanto porque no está prevista esta reclamación en el nuevo Código, como porque el acto del Fiscal no es jurisdiccional ni está sujeto a la superintendencia directiva y correccional de los Tribunales Superiores de Justicia o de los jueces de garantía.

En atención a que en el nuevo sistema no es consecuencia de la formalización la privación de libertad de un imputado, ya que la prisión preventiva es un trámite distinto con sus requisitos propios, la decisión del fiscal no está privando o restringiendo la libertad personal del imputado. De allí que no sería procedente el recurso de amparo en contra de la decisión del Fiscal de formalizar la investigación, sin perjuicio del deber de informar este recurso a requerimiento de la Corte de Apelaciones.

En la audiencia de formalización de la investigación que se debe realizar ante el juez de garantía competente, debemos tener presente que: a) no puede estar ausente el Fiscal, porque es su actor principal, correspondiéndole verbalmente no sólo manifestar su voluntad de formalizar la investigación, sino que señalar específicamente el o los delitos determinados y la participación que se le atribuye en ellos a un imputado. La ausencia del Fiscal a la audiencia produce de pleno derecho que la formalización comunicada al tribunal queda sin efecto para todos los fines legales y si el imputado estaba privado de libertad, el juez debe liberarlo de inmediato (artículo 132 inciso 1°). b) debe estar presente el imputado, quien debe ser citado a la audiencia y, además su defensor. El Fiscal debe solicitar al juez de garantía que a falta de un defensor letrado que represente al imputado, se le designe un defensor penal de oficio (artículos 12 y 102).

Una vez formalizada la investigación y salvo que concurra alguna de las salidas alternativas, como son los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento o el ejercicio del principio de oportunidad y salvo que se decrete la procedencia de un juicio oral inmediato o de un procedimiento simplificado, el Fiscal debe continuar la investigación hasta su cierre, lo que debe realizar dentro del plazo máximo de dos años o dentro del plazo menor que le hubiere fijado el juez de garantía.

Se le aplican a esta segunda fase de investigación, que podemos llamar formalizada o judicializada, todas las normas que se contienen en su Título I del Libro II, vale decir, los articulos 166 y siguientes, en especial las normas relativas a la investigación de los Fiscales a que se refieren los arts. 180 a 248 del nuevo Código.[8]

4. ETIMOLOGÍA DE LA VOZ PRUEBA

Prueba, como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente del latín; en el cual, *probatio, probationis,* lo mismo que el verbo correspondiente *(probo, probas, probare),* viene de *probus,* que quiere decir bueno, recto, honrado.

Así, pues, lo que resulta probado, es bueno, es correcto, podríamos decir que es auténtico; que responde a la realidad. Esta y no otra, es la verdadera significación del sustantivo probo y del verbo probar: verificación o demostración de autenticidad.[9]

5. CONCEPTO

Desde nuestro punto de vista, podemos señalar que la prueba es el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes y cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto.

Especificando esta definición en nuestro sistema procesal penal, podemos señalar que la prueba es el conjunto de actos procesales que se realizan en el juicio oral, para los efectos de permitir al tribunal alcanzar su convicción fundada y más allá de toda duda razonable, acerca de la verdad en torno a la existencia de los hechos afirmados por las partes que permiten determinar el delito y la participación de un imputado en la sentencia definitiva e imponer, consiguientemente, la pena determinada en la ley.

La prueba puede consistir en un procedimiento de demostración, en el cual son las partes las que realizan la actividad ante el tribunal para los efectos de fijar la existencia de determinados hechos necesarios para la solución del conflicto. La prueba, considerada como actividad de demostración, adquiere primacía en los procesos en los cuales recibe aplicación el principio dispositivo y, en particular, su manifestación de presentación de parte.

Sin perjuicio de ello, la prueba puede consistir en un procedimiento de investigación, en el cual es el tribunal quien realiza la actividad para los efectos de fijar los hechos necesarios para la solución del conflicto. La prueba considerada como actividad

---

[8] Instructivo N° 4 Ministerio Público. Oficio N° 113, septiembre 20, 2000. Sobre Investigación No Formalizada o Preliminar y aquella que se practica después de la Formalización de la Investigación. *Reforma Procesal Penal.* Instrucciones N°s. 1 a 25. Págs. 73 a 82. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001. Santiago-Chile.

[9] SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba.* Pág. 33. 1979. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires.

de investigación adquiere primacía en los procesos en los cuales recibe aplicación el principio inquisitivo y, en particular, su manifestación de investigación judicial.[10]

En el proceso penal actual, las diligencias de investigación no revisten una naturaleza jurisdiccional y por regla general no tendrán valor probatorio alguno, dado que el tribunal debe dictar su fallo en el juicio oral basándose exclusivamente en las pruebas que se hubieren rendido ante él durante el desarrollo del mismo. De acuerdo con ello, en el proceso penal regido por el CPP, al igual que ocurre en materia civil, la prueba es por regla general una actividad de demostración entregada a las partes.

6. ACEPCIONES DE LA PALABRA "PRUEBA"

Dentro de nuestra legislación la voz "prueba" es utilizada con cuatro acepciones o significados:

1°. La prueba se utiliza como sinónimo de "medio de prueba", es decir, como elemento para obtener el convencimiento del juez acerca de un hecho. En este sentido, se habla de "prueba pericial", "prueba de testigos", etc.

Aplica en este significado la voz "prueba", el artículo 457 del CPC y en los epígrafes del artículo 459 (De la prueba de testigos) y el artículo 477 (De la prueba instrumental) de ese mismo cuerpo legal. En el proceso penal, se utiliza la voz prueba con este significado en los artículos 36, 61, 83, 140 inciso 2°, 187, 217, 220, 225, 235, 259, 261, 263, 272, 274, 276, 277, 278, 289, 291, 292, 295, 323 del Código Procesal Penal.

2°. También se utiliza esa voz para designar el período u oportunidad para rendir la prueba, es decir, como sinónimo de ocasión jurídica para rendir la prueba.

Esta acepción es tomada en el Título XII del Libro II del CPC, que trata de los procedimientos posteriores a la prueba. En el proceso penal, se utiliza con este significado en los artículos 191, 192, 280, 296 del CPP.

---

[10] En esta materia debemos tener presente que la opción en el proceso penal entre un sistema inquisitivo y acusatorio puede obedecer a razones de índole política. Al respecto se ha señalado, "para el que estudie la historia de estas dos formas es cosa desde luego demostrada que la organización de la sociedad política tiene que ejercer un poderoso influjo en sus desenvolvimientos, y que dondequiera que reine la democracia domina el procedimiento de acusación. Allí el pueblo ve, en toda cuestión dirigida contra cualquier ciudadano, un peligroso ataque a la libertad civil e individual, y se muestra desconfiado del poder al cual va a prestar armas la acusación, por lo cual se esfuerza en aumentar más y más las garantías existentes contra todo abuso posible, no viendo en el proceso criminal sino la cuestión política, descuidando muchas veces la puramente judicial. Al contrario, la forma inquisitiva pertenece principalmente al sistema monárquico; adquiere todo su desenvolvimiento en los Estados donde un poder activo central, que da impulso hasta el infinito a agentes subordinados de diversas categorías, tiene siempre a raya el movimiento de las ideas políticas. Este poder supremo ordena la persecución de los crímenes, en interés de la seguridad y del orden público; por medio de instrucciones elevadas a leyes guía a este efecto los pasos de la justicia, y sometiendo los hechos a un examen, quizá lento, pero profundo, precisa al Magistrado a seguir siempre vías legales; de modo que el proceso criminal no es otra cosa a su vista sino un simple negocio de administración. MITTERMAIER. *Tratado de la prueba en materia criminal.* Pág. 30. Editorial Reus. Madrid. 1929. En el mismo sentido puede consultarse ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Págs. 10 a 12. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25ª edición alemana. 2000.

3°. Se usa para denotar la acción o el acto mismo de acreditar un hecho. Así, se habla de prueba cuando se utiliza alguno de los medios de convicción que establece la ley para dar por probado un hecho. En el proceso penal se utiliza la voz prueba con esta acepción en los artículos 197,198, 203 y 230.

4°. Se utiliza para demostrar el resultado obtenido. En este sentido, debemos entender que es la convicción que se ha alcanzado por el tribunal respecto de los hechos que fundamentan la pretensión o excepción en materia civil, o de los que se han hecho valer en la acusación o la defensa en el proceso penal. En este sentido, la prueba es la consecuencia de la acción realizada mediante los medios de prueba. Se utiliza con este sentido en el actual sistema procesal penal en el Párrafo 4° *Disposiciones generales sobre la prueba* del Título III Juicio Oral del Libro II Procedimiento Ordinario, artículos 297 y 324.

Estas cuatro acepciones se encuentran íntimamente ligadas entre sí. De este modo se puede señalar que utilizando la prueba (medio de prueba) en la prueba (oportunidad procesal) se tiene que probar (acción o acto de acreditar) para que se dé un hecho por probado (resultado).

Respecto de cuál es la acepción correcta o la esencia de la prueba se nos ha señalado que "en la prueba se produce un fenómeno similar al que tiene lugar, por ejemplo, en el ámbito del periodismo. El periodista antes de publicar una determinada noticia –que se traduce en una serie de afirmaciones– debe contrastarla, es decir, debe verificar su exactitud, para lo cual acudirá a otra serie de vías o fuentes distintas de las que acudió inicialmente que confirmen esa noticia, y únicamente cuando la comparación entre los resultados obtenidos por estas vías distintas sea positivo dará la luz verde a la publicación de la noticia. Podemos decir, como conclusión, que la prueba procesal es la verificación o comprobación que realiza el Juez mediante la comparación de afirmaciones.

Aunque hemos dicho que la prueba procesal es una manifestación de la prueba genérica, presenta, sin embargo, una serie de características propias frente a esta última, pero en ningún caso tienen entidad suficiente para desvirtuar su naturaleza.

La consideración de la prueba procesal como actividad de verificación mediante comparación permite determinar el mecanismo de funcionamiento de la prueba, es decir, su esencia o naturaleza. Es exclusivamente al Juez a quien le corresponde realizar esta actividad de verificación mediante comparación. Las partes colaborarán en dicha actividad aportando las fuentes de prueba al proceso, proponiendo la práctica de concretos medios de prueba, e interviniendo en su práctica, pero es únicamente al juzgador a quien, con posterioridad a su realización de dichos actos procesales, le corresponde la tarea de verificar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, comparando estas últimas con las que resulten de los medios de prueba una vez depuradas o valoradas a la luz de las máximas de la experiencia.

Por otra parte, su configuración como actividad de verificación es propia no sólo del proceso civil sino, también, del proceso penal. Su naturaleza es la misma con independencia del proceso en que tenga lugar. Su estudio debe realizarse dentro de

la Teoría General del Proceso como institución básica y fundamental, de naturaleza inmodificable y sujeta a unos principios generales. Su conceptuación como actividad de verificación nos permite elaborar una noción de prueba válida para todo tipo de procesos, cualquiera sea los principios en que se inspiren.[11]

II. LOS GRADOS DE CONOCIMIENTO Y LA PRUEBA

1. ENUMERACIÓN

Para los efectos de que el Juez puede llegar al resultado de dar por establecida la existencia de un hecho debe pasar por diversos estados de conocimiento respecto de ellos. Si nos colocamos en la posición del Juez respecto de los hechos, nos vamos a encontrar con que la prueba (método) pasa por distintas etapas al igual que la Jurisdicción (conocimiento, prueba y fallo), para lo cual:

1°. Debe saber cuáles son los hechos que se van a acreditar; y

2°. Dichos hechos deben ser probados, dado que sólo una vez conocidos y determinados podrá, basado en ellos, dictar el juez una sentencia definitiva.

En relación con el estado de conocimiento del Juez respecto de los hechos pueden distinguirse las siguientes etapas:

a) Ignorancia acerca de los hechos;

b) Duda o credibilidad;

c) Probabilidad de certeza;

d) Certeza, y

e) Convicción.[12]

Para que pueda entenderse lo anterior es menester colocarse en la posición del tribunal. Debemos tener en claro que el tribunal busca alcanzar la verdad acerca de determinados hechos y esta verdad buscada en el proceso, se ha clasificado por algunos en verdad material o real y en verdad formal.

2. LA VERDAD Y LA PRUEBA

Se señala que el Juez, a través del proceso, busca la verdad material o real, cuando existe una investigación tiende a alcanzar la verdad auténtica acerca de cómo los hechos han acaecido, debiendo esta búsqueda hacerse por el tribunal tanto fuera como dentro del expediente, independientemente de la conducta asumida por las partes respecto de los hechos.

---

[11] MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. Ob. cit. Págs. 31 y 32. 1997.

[12] Al respecto, se ha señalado que "en cuanto a un hecho dado, el espíritu puede encontrarse en estado de ignorancia, es decir, de ausencia de todo conocimiento; en estado de duda, en sentido estricto, que es conocimiento alternativo, que encierra en sí por igual el sí y el no; en estado de probabilidad, o sea de predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es el conocimiento afirmativo triunfante. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal.* Vol. 1. Pág. 73. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1988.

En cambio, se daria en una búsqueda de la verdad formal cuando ella se extrae por el tribunal únicamente del expediente conformado por la actividad que las partes han realizado. El tribunal asume un papel de espectador respecto de la actividad probatoria, la que se radica fundamentalmente en las partes.

De acuerdo con ello, "un proceso dominado absolutamente por el principio de aportación produciría la grave consecuencia de que el Juez tendría que fallar con arreglo al material fáctico y prueba presentada por las partes. Surgiría así del proceso una verdad formal, en contraposición a la verdad material o histórica, a la que tan sólo podría llegarse mediante el principio de investigación oficial".[13]

Sin embargo, debemos tener presente que frente a esa postura se postuló que "desterremos del concepto de prueba el término verdad. La finalidad de la prueba no es el logro de la verdad, sino el convencimiento del Juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso. La finalidad de la prueba debe ser un objetivo procesalmente realizable, y resulta obvio que éste no puede identificarse con la verdad.

De allí que se afirmó "que el fin de la prueba consiste en el logro del convencimiento del juez. La prueba habrá conseguido su fin cuando el juez obtenga dicho convencimiento sobre la exactitud de las afirmaciones de hechos realizados en el proceso".[14-15]

Sin perjuicio de lo anterior, debemos hacer presente que últimamente se ha sostenido que si una justicia penal completamente "con verdad" constituye una utopia, una justicia penal completamente "sin verdad" equivale a un sistema de arbitrariedad".[16]

En este sentido se nos indica por Jordi Ferrer que "la premisa básica de la que se parte es simple y clara: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido. Aunque, por supuesto, esta asunción de partida puede ser y ha sido muy discutida, creo que debe ser admitida, salvo que se esté dispuesto a pagar altos costes en la reconstrucción del derecho. El objetivo de la averiguación

---

[13] GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal.* Pág. 213. Editorial Civitas. Madrid 1981.

[14] MIRANDA ESTRAMPES, M. Ob. cit. Pág. 45. 1997.

[15] La percepción y valoración de las pruebas permitirá al juez formular un juicio de carácter histórico, dirigido a reconstruir con la mayor seguridad y exactitud posible aquel cierto complejo de eventos del pasado que constituye el hecho específico real de la causa singular. Naturalmente, por grande que pueda ser el escrúpulo puesto en esta investigación de la verdad, y por copioso y relevante que sea el material probatorio disponible, el resultado al que el juez podrá llegar conservará siempre un valor esencialmente relativo: estamos en el terreno de la convicción subjetiva, de la certeza meramente psicológica, no ya de la certeza lógica, y por consiguiente, se tratará siempre de un juicio de probabilidad, aunque sea muy levada, de verosimilitud (como es propio de todos los juicios históricos). *Manual de Derecho Procesal Civil.* TULLIO LIEBMAN, Enrico. Págs. 275 y 276. Ediciones Juridicas Europa América. 1980. Buenos Aires.

[16] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* Págs. 45, 66 y 67. Editorial Trotta. Tercera edición. 1998. Madrid. Esta posición es compartida respecto del proceso civil por parte de TARUFFO, Michele, en su obra *La prueba de los hechos*, pudiendo consultarse especialmente al efecto su Capítulo I "Prueba y verdad en el proceso civil". Págs. 21 a 87. Editorial Trotta. 2002. Madrid.

de la verdad deriva, por otro lado, de la asunción por parte de Bentham de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo. Finalidad que, a su vez, se divide en la necesidad de una doble garantía: la principal, consistente en asegurar que *todos* los infractores del derecho sean sancionados y que sólo *ellos* lo sean. Y esto supone, evidentemente, la necesidad de que lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido: esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos y los enunciados falsos no se declaren probados".[17]

De acuerdo con ello, se señala que en el proceso se debe establecer la verdad, pero caracterizada ésta "en el plano semántico *como correspondencia sólo por lo que sabemos y de forma aproximativa:* la coherencia, para afirmar que la tesis avanzada está confirmada y/o no refutada por una o varias pruebas recogidas y por una o varias interpretaciones jurídicas de otras normas y que, por tanto, es verdadera respecto del conjunto de conocimientos que disponemos; y la aceptabilidad justificada, para afirmar que tal conjunto, incluida la tesis avanzada, es más satisfactorio o plausiblemente verdadero que cualquier otro a causa de su mayor capacidad explicativa. No es inútil, además poner de relieve –vistas las acusaciones de las que se ha hecho objeto a la verdad semántica por algunos post empiristas– que esta concepción es la única que se acomoda a una actividad epistemológica no dogmática: así como permite pensar que una teoría podría ser falsa incluso si fuera perfectamente coherente y aceptada por todos como verdadera (o verdadera, aunque no compartida por nadie y en contraste con otras tesis experimentadas con éxito), igualmente permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable), aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles".

Taruffo ha señalado que si se considera que "la función del proceso es más bien decidir la controversia, pero a través de la emisión de decisiones *justas*. La justicia de la decisión no supone solamente su legalidad, es decir, su derivación de una interpretación y aplicación correcta de las normas sino tambien su *veracidad,* es decir, la comprobación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de todo ello es que ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una comprobación falsa o errónea de los hechos del pleito. El problema de la verdad de los hechos en el proceso es bastante complejo y no puede abordarse aquí en todas sus facetas. Sin embargo, es posible presentar una reflexión sintética para aclarar en qué consiste la concepción racional de la prueba.

"Ante todo, es útil especificar que en el proceso cabe hablar sólo de *verdades relativas* pues, desde hace tiempo, las verdades absolutas son patrimonio exclusivo de alguna metafísica o religión integrista. Pero la verdad procesal es relativa también

[17] FERRER B., Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoria de la prueba cuasi-benthamiana". Págs. 3 y 4. ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal.* Abeledo Perrot·LegalPublishing. Santiago. 2010.

en otro sentido muy importante: en el de que la misma se funda exclusivamente en las pruebas obtenidas en el proceso. En consecuencia, es "relativa" porque está en relación con el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados sobre los hechos del pleito. Por lo tanto, pueden darse distintos niveles de verdad en la comprobación de los hechos, según el fundamento que las pruebas atribuyan a la afirmación de que esos hechos son verdaderos o falsos.

"Desde otro punto de vista, hay que puntualizar que la verdad de la que se habla en el proceso ha de concebirse (sin caer en formas de realismo ingenuo) como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica. Sin entrar en uno de los problemas más complejos que conciernen al concepto de verdad, me limitaré a decir que el proceso implica la adhesión a una concepcion *correspondentista* de la verdad; precisamente porque exige que se determine, sobre la base de las pruebas disponibles, si los hechos de los que dependen las posiciones jurídicas objeto de la controversia se produjeron efectivamente en el mundo "exterior" que se supone existente y cognoscible.[18]

Por ello respecto de la clasificación entre verdad real y formal, se señala por Taruffo que "es inútil y equivocada, porque no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad *histórica* o *empírica* de los hechos. Esta verdad *histórica* o *empírica, a su vez, no existe por sí misma"* en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos. Para usar una metáfora fácil, puedo no llegar al Polo Sur, pero, si quiero ir a la Tierra del Fuego, debo saber en qué dirección moverme, si deseo actuar racionalmente y llegar a mi objetivo, y para esto me sirve saber dónde se encuentra el Polo Sur.[19]

"La concepción que se funda en la relatividad contextual de la verdad judicial, pero también en la tendencia a reflejar en alguna medida la realidad empírica de los hechos, tiene la ventaja de permitir la comparación y la valoración crítica de los distintos sistemas procesales, desde el punto de vista de su capacidad para facilitar mejores o peores aproximaciones a la realidad por parte del juez: un proceso que contenga, por ejemplo, varias reglas de prueba legal y varias reglas de exclusión de pruebas lógicamente relevantes, permite una aproximación a la realidad peor que la

[18] TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre la prueba judicial. Consideraciones sobre prueba y motivación.* Págs. 28 y 29. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

[19] TARUFFO, Michele. *La Prueba. Artículos y Conferencias. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba.* Págs. 29 y 30. Editorial Metropolitana. Junio 2009. Santiago. Chile.

que puede haber en un proceso sin pruebas legales y en que todas las pruebas relevantes son admisibles".[20]

En síntesis, debe existir "Racionalidad –prueba como instrumento epistémico–, decisión como fruto de inferencias lógicas –verdad/falsedad de los enunciados de hecho–, motivación como justificación racional –posibilidad de control–, concepción democrática del poder.[21]

De acuerdo con ello, se ha señalado por Taruffo que "la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; *y no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá las consecuencias jurídicas".[22]

En definitiva, señala Taruffo que el proceso puede ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad: un método a veces muy complicado y con frecuencia inadecuado para el objetivo, pero sin embargo un procedimiento orientado hacia el logro de la verdad. Naturalmente, sucede con frecuencia, por las razones más diversas, que el objetivo no se alcanza. Esto demuestra solamente lo inadecuado de un particular procedimiento o del modo en que se ha desarrollado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un metódo para reconstruir la verdad de los hechos.[23]

Marina Gascón nos permite concluir que "en un modelo cognocitivista, si se admite la naturaleza falible de los enunciados fácticos probados indirectamente, se hacen necesarias algunas reglas metodológicas con el fin de aproximar, en la mayor medida posible, esos enunciados a la verdad. Precisamente por ello podemos llamar a estas *reglas epistemológicas o garantías de verdad*:

ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta.

iii) Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse.

iv) Se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodólogico (negativo) que permita el juzgador no dar por probados enunciados fácticos insuficientemente probados.

v) No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y, por tanto, debería ser admitida.

---

[20] TARUFFO, Michele. Ob. cil. Pág. 30. Junio 2009.

[21] TARUFFO, Michele. Ob. cil. Pág. 44. Madrid. 2009.

[22] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pág. 60. Junio 2009. Santiago. Chile.

[23] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 87 y 88. Junio 2009. Santiago. Chile.

vi) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar la hipótesis (requisito de la contradictoriedad).

vii) Si a la vista de nuevas pruebas pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de un enunciado, debe hacerse.[24]

En síntesis, la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso.[25] Sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios.[26]

3. Concepto de verdad

Es obvio que todo tribunal busca la verdad, pero en la búsqueda de ella, cuestión objetiva, y de la certeza, cuestión subjetiva, se pueden cometer errores. En vista de lo anterior se ha pretendido clasificar a la "verdad", en verdad real y verdad formal, conceptos que se vinculan a los sistemas probatorios de la libre convicción (verdad real) y de la prueba reglada o tasada (verdad formal).

Se dice que a través del sistema de la libre convicción se llega a la verdad real, y que por medio del sistema de prueba reglada se llega a la verdad formal.

La relación anterior se expresa de la siguiente manera. El Juez busca la verdad real cuando no se encuentra ligado a normas rígidas que lo van a enmarcar dentro de un sistema determinado y que lo inhiben para apreciar libremente los hechos, es decir, para llegar a la verdad real el Juez debe actuar libremente y utilizando los medios que estime convenientes, dándoles el valor probatorio que él desee.

En cambio, la verdad formal sería aquella que fluye únicamente de los antecedentes acumulados en el proceso, sea que se hayan presentado por las partes o por el tribunal. El legislador, además, se encarga de establecer normas rígidas que regulan los medios de prueba, la oportunidad para hacerlos valer y su valor probatorio. En este sistema no significa que la verdad formal no coincida con la verdad real, sino que el legislador se contenta solamente con la "verdad" que fluye del expediente.

Se ha señalado en doctrina que estos conceptos de verdad no son exactos: la verdad es una sola y no admite clasificación alguna. Al respecto, se señala por Carnelutti que "la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad" es una sola.

"La verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida en todo caso y por cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso

---

[24] Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Pág.* 115. Marcial Pons. 2004. Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid-Barcelona.

[25] Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho.* Pág. 84. Marcial Pons. 2002. Madrid.

[26] Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba.* Pàg. 30. Marcial Pons. 2007. Madrid.

de fijación formal de los hechos. En efecto, siempre es posible que en determinado caso el límite actúe en el sentido de impedir el conocimiento de la verdad material y de sustituir ésta con una verdad jurídica o judicial; ahora bien: esta eventualidad es suficiente para que no se pueda asignar el conocimiento de la realidad de los hechos como resultado del proceso de fijación. No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta que se la encuentra, o lo que se busca no es la verdad".[27]

La verdad es; la certeza se tiene. No se tiene la verdad porque es inasequible; no se está en posesión de la verdad.

Si la verdad es inasequible, pretender la creación de una verdad ficticia roza los límites de lo absurdo. Por ello, hablar de una verdad real y de una verdad formal importa una ficción ilusoria.

La verdad es un concepto objetivo en que la reconstrucción histórica debe conducir a representar la verdadera existencia de un hecho; en consecuencia, más que hablar de "verdad real" o de "verdad formal" se debe hablar de "certeza histórico-judicial" o de "certeza histórico-legal".

Los seres humanos lo que pueden alcanzar es la certeza o certidumbre, puesto que éste es el concepto subjetivo y no un concepto objetivo superior a ellos como es la verdad.

La certeza histórico-judicial es aquella en que el juez busca por todos los medios a su alcance, que el concepto de "verdad objetiva" coincida con el concepto de "certeza".

Esta certeza histórico-judicial se aplica en el sistema de la libre convicción, no existiendo medios de prueba preestablecidos ni asignándoseles un valor probatorio predeterminado por el legislador, siendo el tribunal quien libremente realiza la ponderación de la prueba para la determinación de los hechos del modo que estime más adecuado.

En la certeza histórico-legal el tribunal llega al establecimiento de los hechos de acuerdo con las normas que preestablece la ley. La coincidencia entre la verdad y la certeza del tribunal se debe fundar en las normas de valor probatorio que establece la ley para los diversos medios de prueba, debiendo el tribunal determinar los hechos según el valor que el legislador ha predeterminado respecto de los diversos medios de prueba que existan en el proceso.

Luego, más que distinguir entre "verdad formal" y "verdad real", lo que se debe apreciar en esta materia es la forma que el ordenamiento jurídico establece para permitir al tribunal llegar a determinar los hechos. Así, habrá "certeza histórico-judicial" si el legislador otorga libertad al tribunal para establecer los medios de prueba y su valor probatorio. Existirá certeza histórico-legal cuando el legislador preestablece los

[27] CARNELUTTI. *La prueba civil*. Pág. 25. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1982.

medios de prueba y el valor probatorio que el tribunal debe asignarles para establecer los hechos.

En consecuencia, si la actividad para llegar a la verdad la realiza el tribunal sobre la base de los medios de prueba y atribuyéndoles un valor establecido por él, estamos frente a la certeza histórica-judicial. En cambio, si el legislador es el que se encarga de establecer los medios probatorios y su valor para establecer los hechos por parte del juez, nos encontraremos ante una certeza histórica-legal.

Actualmente, se sostiene por Taruffo que "la prueba desempeña una función epistémica, ya que se presenta como el instrumento procesal de que se sirve típicamente el juez para descubrir y conocer la verdad sobre los hechos del pleito.Más propiamente: la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados "verdaderos". La función de la prueba es, por lo tanto, una *función racional,* ya que se sitúa en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de "juicios de verdad" fundados en una justificación racional".[28]

En consecuencia, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósirto importante del litigio civil, la solución ideal debería ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal, con un interconexión de "frenos y contrapesos" que debiera enfocarse a maximizar las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso.[29]

4. DESARROLLO DE LOS GRADOS DE CONOCIMIENTO Y CLASES DE CERTEZA

4.1. Ignorancia

Es el estado primario, que se caracteriza por el absoluto desconocimiento del hecho que se va a investigar, del hecho que se va a probar.

En el proceso penal, el juez de garantía no investiga y sólo toma conocimiento de los hechos para los efectos de controlar que concurran los supuestos que le permitan autorizar la realización de determinadas diligencias por parte de los fiscales que importen una privación, restricción o perturbación del ejercicio de los derechos que la CPR asegura al imputado o terceros (artículos 3º y 9º CPP). Los miembros del tribunal de juicio oral no pueden haber tenido conocimiento con anterioridad en los hechos y sólo pueden adquirir dicho conocimiento durante el desarrollo del juicio oral, dado que si hubieren intervenido con anterioridad como fiscal, defensor, o como juez de garantía en el mismo procedimiento, se encontrarían afectados por una causal de implicancia conforme a lo previsto en el artículo 195 del COT.

---

[28] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pág. 33. Madrid. 2009.

[29] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pág. 85. Junio 2009. Santiago. Chile.

4.2. Duda

Este estado se produce toda vez que, frente a una circunstancia determinada, concurren motivos que llevan hacia la afirmación de esa circunstancia y motivos que llevan hacia su negación.

Si los motivos o factores negativos son mayores que los afirmativos, la circunstancia se considerará improbable.

Si los factores negativos son iguales que los afirmativos entramos en la etapa de credibilidad del aserto.

Si los factores negativos son menores que los afirmativos la circunstancia será probable.

De acuerdo con lo expresado, la etapa de duda puede convertirse un estado de improbabilidad, de credibilidad o de probabilidad, según sea el análisis que el tribunal haga de los factores negativos y afirmativos que concurren respecto de la existencia de un hecho.

En el momento en que la mente humana llega al establecimiento de lo posible, pasamos a la etapa de probabilidad de la certeza.

4.3. Probabilidad

Este estado o etapa es el período de transición que se produce entre el análisis de una circunstancia que posee mayoria de aspectos afirmativos y el estado subjetivo de haber alcanzado la verdad.

Esta etapa es un período intermedio en que, por un lado, el tribunal tiene la sensación de que la circunstancia investigada está revestida de mayores aspectos afirmativos y, por otro lado, en un plano subjetivo, el tribunal cree haber alcanzado la verdad.

"Conviene distinguir muy bien la probabilidad de la certeza. Hay probabilidad, cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad, o de que las pruebas debieran por sí mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con condiciones necesarias (p. Ej. Un testigo no ha prestado juramento en forma), o de que, en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también muy fundados en sentido contrario (p. Ej. un testigo de descargo contradice formalmente las declaraciones de dos testigos de cargo), o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos (p. Ej. No hay en la causa sino simples indicios), que a pesar de su reunión, no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda, y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario".

"En cambio, la probabilidad recobra toda su importancia en el curso del proceso, dirige la instrucción y autoriza plenamente, las graves medidas que es necesario tomar. Sabido es, en efecto, que el procedimiento de inquisición sigue una marcha mesurada

y concienzuda, y que, para agravar la suerte del acusado con nuevos rigores, es, ante todo, preciso que éstos se justifiquen por el resultado de la información que precede. Por eso nunca se decreta la prisión sin que existan graves presunciones".[30]

Además, debemos recordar que lo requerido para pronunciar una providencia cautelar es la apariencia o verosimilitud de la existencia del derecho invocado por el actor. Para dictar una providencia cautelar se requiere que se encuentre comprobado en el proceso que el derecho a ser cautelado pueda, razonablemente y con toda probabilidad, ser reconocido en la sentencia definitiva que se ha de pronunciar para resolver el conflicto.

"En el mundo jurídico del proceso es posible diferenciar diversos grados o estadios de conocimiento que, siguiendo a Carnelutti, podemos clasificar en "posibilidad", "probabilidad "y "certeza".

"Entre el juicio de posibilidad y el juicio de probabilidad –nos dice este autor– la diferencia es puramente estadística: hay posibilidad en lugar de probabilidad cuando las razones favorables o contrarias a la hipótesis son equivalentes; el juicio de posibilidad prescinde de la afirmación de un predominio cualquiera de las razones positivas sobre las negativas o viceversa.

"El juicio de probabilidad supondría un paso más, ya que mientras la posibilidad vendría a suponer una situación de equilibrio entre los motivos que concurrentes en mantener una determinada convicción y los divergentes de la misma, la probabilidad connota un predominio de unos motivos sobre los otros, lo que hace factible que la mente siga prestando más intensamente atención al hecho que se halla en trance de conocimiento o el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter.

"Por último, la certeza, entendida como adhesión subjetiva a la verdad conocida, sólo se alcanza una vez que es posible rechazar racionalmente los motivos divergentes a la hipótesis en cuestión o, desde que éstos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos. Se logra, por tanto, una vez que es factible adquirir una posición de firmeza ante los hechos objeto del debate, como consecuencia del desarrollo de la actividad probatoria.

"Por todo lo expuesto, consideramos que la expresión "juicio de probabilidad y verosimilitud" resulta acertada y útil a los efectos de marcar terminológicamente las diferencias que median entre el grado de conocimiento suficiente para que pueda ser adoptada una medida cautelar, grado que se identifica –según la clasificación anteriormente expuesta– con el estadio de la probabilidad y es necesario para poder dictar la resolución definitiva, que viene identificado con el grado de certeza".[31]

---

[30] MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal.* Págs. 61 y 62. Editorial Reus. Madrid.

[31] ARAGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el proceso penal español.* Págs. 23 a 25. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1991.

De acuerdo con ello, el *fumus boni iuris* se sitúa en la zona intermedia entre la incertidumbre que existe a la iniciación de un proceso, en la cual nos podemos encontrar con meras afirmaciones del actor en cuanto a la existencia del derecho invocado, y la certeza acerca de la existencia del derecho que es la requerida para la dictación de la sentencia definitiva.

La medida cautelar podrá adoptarse cuando aparezca como jurídicamente aceptable la posición del solicitante, cuando la situación jurídica cautelable se presente como probable con una probabilidad cualificada; cuando, en definitiva, el órgano jurisdiccional aprecie que el derecho en el cual se funda la pretensión objeto del proceso es verosímil y, por tanto, la resolución del mismo será previsiblemente favorable al actor.

El *fumus boni iuris,* o el humo que colorea el buen derecho, importa según Ludovico Mortara la posibilidad del crédito cuya seguridad se destina. La elasticidad de esta expresión debe entenderse razonablemente: el "humo"debe ser bastante denso para colorear el "buen derecho"; un humo tenuísimo, lejano, casi imperceptible, sería siempre humo, pero no daría satisfacción a las exigencias de la justicia en cuanto a la materia de que se trata. Discernir la graduación que conviene, evitar ligerezas peligrosas o exageradas minuciosidades, por otra parte, no menos dañosas, es función del magistrado prudente y cuidadoso; una fórmula general que se adapte a todos los casos no es posible.

4.4. Certeza

Es el estado psicológico en que el sujeto no duda que su representación mental sobre ciertos hechos corresponde exactamente a la forma cómo en realidad sucedieron. Este estado es psicológico, en el cual el juez, luego de realizar una serie de investigaciones, llega al convencimiento de que un hecho ha ocurrido de una manera determinada.

"Paulatinamente los autores han ido sustituyendo el término verdad, como noción objetiva y ontológica, por el de certeza, como noción eminentemente subjetiva, utilizando equivalentes los términos convicción o convencimiento judicial y certeza. Asi, mientras la verdad se define como identidad del conocimiento o de la idea con el objeto de éste, es decir, la conformidad de la idea con la cosa *(adaequatio rei et mentis, o adaequatio intellectus et rei);* la certeza se configura como la manifestación subjetiva de la verdad. Para ELLERO la certeza es la persuasión de una verdad, esto es, la persuasión de que la idea que nos formamos de una cosa corresponde a la misma. Por consiguiente, la certeza judicial no supone que el Juez se encuentre en posesión de la verdad, sino que cree haberla encontrado. Lo característico de la certeza es la ausencia de toda duda, con lo cual la probabilidad queda excluida, en principio de su concepto, al existir en la misma un componente de duda. En este sentido ELLERO afirmaba que a medida que las dudas aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge. También Mittermaier decía que mientras queda una sombra de duda, no puede haber certeza posible para el juez concienzudo.[32]

[32] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. Pág. 57. 1997.

Debe tenerse presente que el tribunal, en la búsqueda de la verdad, puede incurrir en error y en ese caso la certeza no coincidirá con la verdad.

Al respecto se ha señalado, que "en general, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es el estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras, dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero.

"Mas con lo anterior no se pretende destruir toda relación entre la mente humana y la realidad exterior, ni fijar un límite nítido y tajante entre la certeza y la verdad, pues con ello caeríamos de lleno en el pirronismo. Admitimos que la certeza surge ordinariamente del influjo de la verdad objetiva; pero afirmamos que aunque por lo común sale de la verdad, no es la verdad misma, sino simplemente un estado subjetivo, que a veces, por obra de nuestra imperfección, no responde a la verdad objetiva. Sostenemos también que la certeza, considerada en su naturaleza intrínseca, consiste en un estado subjetivo del espíritu, y por ello debe estudiarse en esa condición y no confundirla con la realidad exterior.[33]

La verdad o certeza no se encuentra en nuestras manos sino hasta cuando el espíritu las percibe; y de las varias facultades del espíritu del hombre hay una cuya función es indispensable para la percepción de la verdad, de cualquier naturaleza que sea ésta: esta facultad es la inteligencia.[34]

Dentro del concepto de certeza existen diversas clases de ella:

1) Certeza puramente intelectual

En este caso, los medios a través de los cuales el tribunal puede llegar a ella son dos: la intuición y la reflexión o razonamiento.

La intuición es el conocimiento claro, íntimo e instantáneo de un hecho o verdad de él sin el auxilio de la razón, tal como si se tuviera a la vista.

En la intuición, la certeza que es opinión acerca de la verdad, proviene de la percepción inmediata de ella, y tenemos entonces el caso de la intuición pura (certeza intuitiva puramente lógica).[35]

La reflexión o razonamiento es el conocimiento que se obtiene de la verdad no de un modo inmediato, sino partiendo de una verdad conocida a una desconocida (certeza reflexiva puramente lógica).[36]

---

[33] Framarino Dei Malatesta, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal.* Vol. 1. Pág. 15. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1988.

[34] Framarino Dei Malatesta, Nicolás. Ob. cit. Pág. 17.

[35] Framarino Dei Malatesta, Nicolás. Ob. cit. Págs. 17 y 18.

[36] Framarino Dei Malatesta, Nicolás. Ob. cit. Pág. 18.

Esta certeza intelectual no existe en forma pura en materia judicial. El Juez jamás va a dictar una resolución aplicando sólo la intuición y la reflexión, por cuanto es menester que para ello concurra la certeza física.

2) Certeza física o sensitiva

La certeza física o sensitiva es a la que se llega, principalmente, por obra de los sentidos.

Son verdades sensibles tanto las que en sí mismas están constituidas por un materialidad que no puede percibirse sino mediante los sentidos, y que en particular podrían llamarse verdades sensibles materiales, como las que aunque en sí mismas son hechos síquicos, no pueden percibirse sino mediante la materialidad en que éstos se han exteriorizado, estás últimas podrán llamarse verdades sensibles morales.

"En conformidad con nuestra tesis, éstas son las que se deben tener como las únicas especies simples de certeza: la certeza simplemente lógica, que es la creencia en que se posee la verdad, que nos sería revelada sólo por la inteligencia; y la certeza simplemente física, que es la creencia en que se posee la verdad, revelada por los sentidos, creencia a la cual adhiere accesoriamente la inteligencia por medio de la intuición de lo percibido.

"Pero estas dos especies simples no siempre están separadas, sino que a menudo se combinan, caso en el cual tenemos una tercera especie de certeza, la certeza mixta que es la más frecuente en materia penal. A la percepción de la realidad física que realizan los sentidos y a la que en segundo término adhiere la inteligencia intuyendo lo sentido, se agrega a menudo el concurso activo del entendimiento que, por medio de la reflexión y partiendo de la realidad física que percibe directa o materialmente, conduce a la afirmación de una realidad física o moral, que no ha sido percibida en sí misma, ni directa ni materialmente.[37]

En consecuencia, lo que generalmente debe existir en el proceso para llegar a la representación de los hechos es una certeza mixta (física e intelectual).

4.5. LA CONVICCIÓN

Se llega a la convicción cuando se admite la certeza a la que el juez ha llegado como legítima. El tribunal, una vez que ha llegado a la etapa de certeza, tiene que efectuar una serie de razonamientos para fundamentar la forma en que ha llegado a ésta, de manera tal que sea susceptible de entenderse por cualquier persona que se encuentre dentro o fuera del proceso. El Juez, al redactar su fallo y establecer los hechos debe fundamentar claramente la razón por la cual ha llegado a la certeza y convicción, de modo que cualquier tercero que lea el fallo reconozca la legitimidad de esos razonamientos (es lo que se denomina "proceso lógico que es la sentencia" y "socialización del fallo").

[37] FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. Ob. cit. Pág. 21.

En consecuencia, el juez, para establecer la convicción da lugar a lo que en doctrina se denomina "Principio de la Socialización de la sentencia", que es aquél en virtud del cual todo individuo puede llegar a comprender el motivo por el cual el juez falla de una determinada manera. Un fallo que no contenga claramente los razonamientos que el tribunal ha efectuado para establecer los hechos y resolver en un determinado sentido es nulo.

La certeza que alcanza el juez en el plano interno mediante un proceso intelectivo no es suficiente para que resuelva el conflicto, sino que ésta debe ser validada mediante su exteriorización y fundado en las razones que le permitieron llegar a la convicción para la solución de un conflicto.

"Además de natural, el convencimiento judicial debe ser razonado.

"En cuanto al concepto de convencimiento judicial, las razones que lo han determinado deben ser de tal naturaleza, que puedan originar convencimiento en cualquier otro hombre racional a quien hayan de ser expuestas. En otros términos, el convencimiento no debe estar fundado en razones subjetivas del juez, sino que debe ser tal, que si los hechos y pruebas sometidos a su conocimiento se propusieren al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, deberían producir, también en éste, la misma convicción que produjeron en el juez. Este requisito, que yo creo muy importante, es lo que llamo carácter social del convencimiento.[38]

"Para que el principio de la calidad de social del convencimiento no sea una estéril aspiración teórica, es necesario que tenga una exteriorización judicial concreta, la cual no radica sino en las condiciones que hacen posible el juicio de la sociedad sobre la misma materia que es objeto de la decisión judicial. La garantía concreta y práctica de la condición social está en el control que la sociedad misma puede ejercer sobre el concepto del juez, reprobándolo como opuesto o aprobándolo como conforme al suyo propio. Luego, la sociedad puede ejercer su control en dos formas: o bien mediante juicio posterior, o mediante decisión simultánea al juicio pronunciado por el juez.

"La motivación de la sentencia es el medio práctico que hace posible el control de la sociedad mediante examen posterior al que ha hecho el juez. La motivación obliga, por una parte, a que el juez le dé a su propia convicción una base razonada; y por otra parte, hace posible que la sociedad controle esa convicción.

"Por lo tanto, el medio que hace posible el control de la sociedad mediante juicio directo y simultáneo al juez, es la publicidad del debate.

"Para concluir, diremos que los dos principios judiciales de la publicidad del debate y la motivación de la sentencia no son sino dos consecuencias de la calidad social de la convicción, principio que creemos de la mayor importancia, ya que es el que hace que la justicia penal se convierta en una función verdaderamente social,

[38] FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. Ob. cit. Págs. 55 y 56.

y que no sea la arbitrariedad, más o menos hipócritamente disfrazada, del hombre sobre el hombre".[39]

En nuestro derecho se reconoce plenamente estos principios, puesto que toda sentencia definitiva que se pronuncie debe contener las consideraciones de hecho y de derecho que conduzcan natural y lógicamente a la decisión que se pronuncia para la solución del conflicto (artículos 170 CPC; 500 CPP y 342 y 343 del CPP), pudiendo solicitarse la nulidad del fallo que no reúna estos requisitos por la vía del recurso de casación en la forma en el proceso civil y en el antiguo proceso penal (artículos 768 Nº 5 CPC y 541 Nº 9 CPP) o por el recurso de nulidad en el nuevo proceso penal (artículo 374 letra e) CPP).

III. LOS MEDIOS ESTABLECIDOS PARA EL CONTROL DE LA CONVICCIÓN

La convicción que el tribunal tiene que formarse en cuanto a los hechos nunca puede ser arbitraria, sino que ella debe ser fundada en virtud del Principio de la Socialización de la Sentencia, el cual obliga al tribunal a fundar la sentencia en torno a los hechos, de manera tal que toda persona pueda llegar al convencimiento de la legitimidad del fallo.

Los mecanismos de control que se establecen respecto de la convicción son de carácter universal, o sea, existen en todo sistema procesal.

La convicción se controla, fundamentalmente, a través de dos medios:

1. Control que se refiere a la motivación de la sentencia;
2. Control que se establece a través del régimen de recursos, y
3. Control mediante la consagración de la publicidad del debate y de la resolución del conflicto.

1. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Como nos señala Taruffo, la mayoría de los ordenamientos procesales han adoptado una concepción racional de la decisión al imponer al juez la obligación de motivar sus decisiones.Si dicha obligación se toma en serio y no se piensa que pueda satisfacerse con motivaciones ficticias, se obliga al juez a exponer en su motivación las *razones* que justifican su decisión. Básicamente, el juez tiene que racionalizar el fundamento de su decisión estructurando los argumentos (las "buenas razones") en función de los cuales la misma puede resultar *justificada:* la motivación es, por lo tanto, un *discurso justificativo* constituido por argumentos racionales. Naturalmente, eso no excluye que en dicho discurso existan aspectos de carácetr retórico-persuasivo, pero serán en todo caso secundarios y no necesarios. En realidad, el juez no debe persuadir a las partes o a los demás sujetos, de la eficacia de su decisión: lo que hace falta es que la motivación justifique la decisión sobre bases racionales.

[39] FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. Ob. cit. Págs. 57 y 58.

La función endoprocesal de la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación y el juicio sobre la impugnación.[40]

Marina Gascón precisa que "el instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que representa" el signo más importante y típico de la "racionalización" de la función judicial. La motivación es *justificación,* exposición de las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta y aceptable, y constituye así una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder. Por ello no es casual que una de las obras teóricas sobre los límites del poder más estimulantes de los últimos tiempos, el libro tantas veces citado de L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, atribuya a la motivación el valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional. Como tampoco es usual que una gran parte de los esfuerzos realizados en las últimas décadas desde la teoría del Derecho hayan girado sobre este punto.[41]

Dentro del proceso nacional el tribunal, para dictar una sentencia, requiere necesariamente establecer en forma clara y perentoria los hechos sobre los cuales se aplica el derecho para la resolución del conflicto.

En la ley procesal nacional se establece, tanto en materia civil como en materia penal, la obligación del Juez de expresar los fundamentos fácticos de la decisión del conflicto que se contiene en la sentencia.

En Chile se encuentra consagrada la motivación de la sentencia en el artículo 170 N°4 del CPC en relación con los N°s. 5 a 6 del Auto Acordado de 30 de septiembre de 1920 sobre la forma de las sentencias.

El artículo 170, N° 4 establece que las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán "las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia".

En los números pertinentes del Auto Acordado se expresa que las sentencias deben contener:

"5° Las consideraciones de hecho que sirven de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión;

"6° En seguida, si no hubiere discusión de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirven para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales;

---

[40] Taruffo, Michele. Ob. cit. Págs. 37 y 38. Madrid. 2009.

[41] Gascón Abellán, Marina. Ob. cit. Pág. 191. 2004.

"7º Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes;

"8º Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso; ...".

Estas reglas no sólo se aplican en materia civil, sino que también en materia penal.

En el proceso penal, el artículo 36 contempla como principio general y obligatorio la fundamentación de todas las resoluciones judiciales, con la sola excepción de aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite. Prescribe al efecto ese precepto legal, que: "*Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.*

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación".

En la historia de la ley, se dejó expresa constancia que "El proyecto intenta, mediante este principio, evitar la habitual práctica de fundamentar resoluciones judiciales sólo en términos formales, lo que produce, por una parte, un alto grado de insatisfacción en la ciudadanía al no cumplirse con el efecto socializador propio de las sentencias judiciales y, por otra, impide a las partes comprender la razón de lo decidido. Esto permite, a la vez, la creación de una jurisprudencia que determine de manera clara los parámetros de interpretación de las normas jurídicas. El respeto de este principio hará que la eficacia de las resoluciones judiciales encuentre apoyo en una adecuada fundamentación de los motivos y consideraciones tenidas a la vista para resolver en un determinado sentido".[42]

Tratándose de la decisión que debe pronunciarse al término de la audiencia del juicio oral, prescribe el artículo 343 que: "*Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, de conformidad a lo previsto en el artículo 339, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones*".

Respecto de la redacción de la sentencia definitiva que deberá efectuarse dentro de los términos previstos por el legislador, prescribe el artículo 342 que "*la sentencia definitiva contendrá: a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la de el o los acusadores; b) La enunciación breve de los hechos*

[42] 1er Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo principio de "Obligación de fundamentar las resoluciones de los tribunales, entendiendo que la simple relación de documentos o de determinadas actuaciones no cumple con dicha exigencia".

y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado; c) La exposición clara, lògica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297; d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo; e) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar; f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y g) La firma de los jueces que la hubieren dictado. La sentencia será siempre redactada por uno de los miembros del tribunal colegiado, designado por éste, en tanto la disidencia o prevención será redactada por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor y el del que lo sea de la disidencia o prevención".

2. El régimen de recursos

Los recursos a través de los cuales se controla la convicción en el sistema procesal penal son los siguientes:

- El Recurso de Apelación;
- El Recurso de Nulidad, y
- El Recurso de Revisión.

A. Recurso de Apelación[43]

Al posibilitarse con el recurso de apelación que el tribunal de segunda instancia conozca acerca de los hechos y del derecho, puede éste controlar la motivación contenida en el fallo de primera instancia, modificándolo o dejándolo sin efecto.

En consecuencia, dado que el recurso de apelación otorga una facultad amplia al tribunal de alzada para conocer las cuestiones de hecho y de derecho, resulta ser el medio eficaz que se contiene en la ley para revisar las fundamentaciones de hecho erradas según las peticiones concretas formuladas por el apelante al deducir el recurso.

En el proceso penal regido por el CPP debemos recordar que es improcedente el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de juicio oral (artículo 364) y que sólo procede excepcionalmente en contra de las resoluciones que pronuncia el juez de garantía en los casos expresamente previstos por el legislador (artículo 370).

[43] El recurso de apelación es aquel que tiene por objeto obtener del tribunal superior jerárquico que modifique o deje sin efecto una resolución que ha causado agravio al apelante. El recurso de apelación se vincula al concepto procesal de instancia, es decir, que en segunda instancia el tribunal tiene competencia para conocer y pronunciarse acerca de las cuestiones de hecho y de derecho que se hayan promovido en la primera instancia.

De allí, que el recurso de reposicion debería ser siempre un medio natural para reclamar de una sentencia que se dicta sin cumplir con los requisitos de la fundamentación prevista por el legislador, en sistemas que preven controles más bien horizontales que por la vía vertical hacia el superior por la vía de los recursos. Sin embargo, la reposición en contra de la resolución infundada sólo será posible en los casos en que su dictación no hubiere sido precedida de debate (artículo 363). En caso de proceder conjuntamente la reposición con el recurso de apelación en contra de una resolución, debe apelarse subsidiariamente para el caso de ser rechazada la reposición, puesto que si así no se hiciere se entenderá renunciada la apelación (artículo 362 inciso 3°).

B. RECURSO DE NULIDAD

En el nuevo proceso penal se contempla la procedencia del recurso de nulidad, por medio del cual se puede perseguir la invalidación de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de juicio oral, si ella no cumple con los requisitos de forma contemplados por la ley en cuanto a la fundamentación y decisión del asunto, prescribiendo al efecto el artículo 374 en su letra e) que: *El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).*

Por otra parte, es menester tener presente que el recurso de nulidad también es procedente conforme a lo previsto en el artículo 373 por la infraeción de la ley, el cual prevé al efecto, que "procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

D. RECURSO DE REVISIÓN

El llamado recurso de revisión es aquel que tiene por objeto invalidar o modificar una sentencia ejecutoriada si se acompañan antecedentes que la hacen inaceptable o si se comprueba que ella se ha obtenido por medios ilegítimos.

En doctrina los recursos impugnan sentencias no ejecutoriadas, prefiriéndose hablar de "acción" de revisión y no de recurso de revisión, ya que lo que se trata de impugnar a través de este medio es una resolución ejecutoriada.

Los artículos 657 y 473 del CPP contemplan la revisión sólo de las sentencias definitivas penales condenatorias ejecutoriadas por un crimen o simple delito, por la concurrencia de causales semejantes, para obtener la invalidación de un fallo errado o que se hubiere obtenido mediante pruebas documentales o de testigos declaradas falsas en causa criminal.

3. Publicidad del debate y de la resolución del conflicto

Finalmente, debemos señalar que para algunos constituye también una medida para ejercer el control de la convicción del tribunal la publicidad del debate y de la resolución del conflicto, remitiéndonos en esta materia a lo señalado oportunamente en esta misma obra, sin perjuicio de lo que diremos a continuación.

En el Mensaje del Ejecutivo del Código Procesal Penal, se sustenta claramente este criterio al señalársenos que "el juicio público y su realización por el método oral constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no resultan comprensibles al conjunto de la comunidad. En el mismo sentido el juicio público constituye un componente antiquísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente. En este mismo sentido, el establecimiento del juicio como núcleo del sistema busca resaltar la figura del juez como acto del sistema institucional".

Al respecto, señalaba Couture que la publicidad del proceso es de la esencia del sistema democrático de gobierno, y que nada justificaba que la publicidad de los actos del Parlamento y del Poder Ejecutivo no estuviera acompañada por la publicidad de los actos del Poder Judicial.

La presencia del público en las audiencias judiciales constituía, en opinión del Maestro, "el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores" ya que, en definitiva, "el pueblo es el juez de los jueces".

Pensamos, con Peyrano, que quizá pueda existir algo de exageración o de ilusión en estas afirmaciones tan contundentes, dado que la mayoría de las personas no tienen ni tiempo disponible ni conocimientos técnicos como para interesarse por el desarrollo de los procesos[44], pero la sola posibilidad de que exista abre las puertas a que los ciudadanos puedan informarse y opinar acerca de la forma en que es ejercida la jurisdicción en una sociedad, en particular, respecto de los casos de mayor trascendencia, pudiendo ejercerse de esa forma también un control acerca de su legítimo ejercicio.

En este sentido, nos indica Taruffo que la fundamentación de la sentencia cumple una función *extraprocesal:* la motivación representa, de hecho, la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, por lo tanto, por parte del *quivis de populo* y de la opinión pública en general. Esto se deriva de una concepción democrática del poder, según la cual su ejercicio debe ser controlable siempre desde

[44] Tarigo, Enrique T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código.* Pág. 73. Fundación de Cultura Universitaria. 2ª edición. 1994. Montevideo. Uruguay.

el exterior. En sentido contrario, no vale objetar que, en la práctica, este control no puede ejercerse siempre. En efecto, el significado profundo de las garantías radica, de hecho, en la posibilidad de que el control exista, y no en que se realice concretamente en cada caso.[45]

No sólo la idea de la motivación como instrumento de control externo de la justificación está relacionada con una concepcion democrática del ejercicio del poder. También la verdad –según han demostrado recientemente filósofos tales como Michael Lynch y Bernard Williams– es un valor propio de las sociedades democráticas, mientras los regímenes autoritarios se fundan sistemáticamente en la mentira y falsificación. Entonces, también en el contexto procesal, la verdad sobre los hechos ha de considerarse como un valor político irrenunciable.[46]

IV. LA PRUEBA Y EL DEBIDO PROCESO

El artículo 19 Nº 3 de la CPR consagra la igual protección de la ley en el ejercicio del derecho. En el inciso 1º de este precepto, el constituyente agrega que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un racional y justo procedimiento".

Sobre los alcances del debido proceso legal, o "due process of law", debemos remitirnos a lo señalado en el Capítulo Primero de esta obra. Debemos recordar que, en definitiva, la garantía del debido proceso se concibió en términos amplios por nuestro constituyente, sin que se circunscribiera o limitara taxativamente a determinados contenidos, por lo que se entregó a los propios jueces la facultad de determinar en el caso concreto si nos encontramos ante un debido proceso, y si el legislador ha establecido leyes para que el procedimiento y la investigación permitan arribar a una justa y racional solución del conflicto.

En doctrina se reconoce la existencia de un verdadero derecho a la prueba, el que ya sea que lo concibamos formando parte del derecho de defensa o con una entidad independiente, no cabe duda que será uno de los contenidos esenciales que deben concurrir para que nos encontremos ante un debido proceso de ley.

Como señala Taruffo, el derecho a la prueba que usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que está en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes y de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa: en realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos, pero

[45] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pág. 38. Madrid. 2009.

[46] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 44 y 45. Madrid. 2009.

que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas.[47]

Jordi Ferrer nos señala, por su parte, que los elementos que integran el derecho a la prueba son: a) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretesión; b) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas, y d) derecho a que se cumpla con la obligación de motivar las decisiones judiciales.[48]

En nuestro Derecho, Álex Carocca nos señala que: "Específicamente, la garantía del derecho a la prueba se traduce, a lo menos, en los siguientes derechos:

i) A que la causa sea recibida a prueba.

ii) A que se contemple un término probatorio o una audiencia para producir la prueba.

iii) A que las partes puedan proponer válidamente todas las fuentes de prueba de que dispongan.

iv) A que la prueba propuesta válidamente sea admitida.

v) A que la prueba admitida sea practicada.

vi) A todas las partes se les permita intervenir en su práctica.

vii) A que la prueba practicada sea valorada por el tribunal.[49]

Sobre la materia, nuestra Jurisprudencia ha declarado que "como es hoy bien sabido, desde que la más actual doctrina penal comenzó a asentar el juicio de reproche punitivo en la necesaria e ineludible superación del principio de inocencia –forma aún más avanzada del ya clásico *in dubio pro reo*– los jueces han debido valerse de una regla general de aplicación cada vez que han creído estar en el deber de castigar.

"Según esa regla, nadie puede ser condenado sino cuando: a) se haya rendido prueba en el proceso incoado al efecto; b) se le haya producido con sujeción a las garantías del debido proceso; c) sea objetivamente incriminatoria; d) se le aprecie conforme a los paradigmas de la sana lógica y la experiencia, y e) produzcan en el juzgador la convicción de culpabilidad".[50]

"La regla constitucional del debido proceso legal exige que la comisión del hecho punible y la participación del inculpado se acrediten a tráves de los medios de prueba establecidos por el legislador, únicos susceptibles de formar la convicción necesaria para condenar, como lo exige el artículo 456 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal".[51]

---

[47] Taruffo, Michele. Ob. cit. Pág. 79. Junio. 2009. Santiago. Chile.

[48] Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba.* Págs. 54 a 59. Marcial Pons. 2007. Barcelona-Madrid.

[49] Caroca Pérez. Álex. *Manual de Derecho Procesal.* Tomo II. *Los procesos declarativos.* Págs. 154 a 158. LexisNexis. 2003.

[50] Corte Apelaciones de Santiago. 1.6.2001. *Gaceta Jurídica* Nº 252. Junio 2001. Pág. 141.

[51] Corte Apelaciones de Santiago. 20.6.2001. *Gaceta Jurídica* Nº 252. Junio 2001. Pág. 232.

En el actual sistema procesal penal, las garantías probatorias para encontrarnos ante un debido proceso se encuentra plenamente reconocida como una garantía para el imputado (artículo 10) y la violación del derecho fundamental de la prueba importa una violación a los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y los tratados internacionales, infracción que posibilita reclamar por la vía del recurso de nulidad la invalidación del juicio oral como de la sentencia pronunciada en él (artículo 373 letra a).

V. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA

1. GENERALIDADES

Tal como señaláramos oportunamente, dentro del contexto internacional es posible reconocer la existencia de distintos sistemas procesales, los que, a grandes rasgos, pueden ser categorizados como sigue:

a) Sistema Latino;
b) Sistema de Common Law;
c) Sistema Soviético;
d) Sistema Oriental.

Como se señalara en el capítulo pertinente, si bien las legislaciones procesales que configuran cada uno de estos sistemas son totalmente distintas entre sí, existen factores que sirven en doctrina para caracterizar cada uno de ellos: los distintos principios formativos del procedimiento.

Se entiende por principios formativos del procedimiento las diferentes orientaciones que sigue cada nación para constituir su sistema procesal.

Los principios formativos del procedimiento que, por razones didácticas, normalmente se agrupan en forma contrapuesta (por ejemplo, dispositivo-inquisitivo; unilateralidad-bilateralidad de la audiencia), generalmente no se dan de manera pura en los ordenamientos jurídicos vigentes.

Los sistemas procesales manifiestan la aplicación preeminente de un principio respecto de otro, pero prácticamente no existe la recepción absoluta de un principio y la exclusión total de aquel que se le contrapone.

Por otra parte, la aplicación de un determinado principio normalmente se encuentra condicionado a la aplicación de otros principios para que exista un sistema procesal coherente y eficaz. Como ejemplo de ello, se señala que debe existir una aplicación de la oralidad, publicidad, inmediación, concentración, para que reciba aplicación el sistema de la prueba libre o racional. Como contrapartida, un sistema escrito, secreto, en que rija la mediación, desconcertado, conducirá lógicamente a la aplicación de un sistema de prueba legal. Por otra parte, a título ejemplar en un procedimiento secreto recibirá aplicación la unilateralidad de la audiencia, y a contrario sensu, en un procedimiento público normalmente regirá la bilateralidad de la audiencia o el contradictorio.

Estos principios formativos se aplican tanto en el procedimiento civil, cuanto en el penal, pero con distintos matices dada la diversidad de cada grupo de normas procesales. La posibilidad de aplicación de estos principios a ambos procedimientos, radica en la unidad del Derecho Procesal.

Sin embargo, la existencia de esa unidad no implica una identidad entre ambos procedimientos, sino que solamente la configuración de ellos sobre la base de instituciones comunes del Derecho Procesal. Por ello se dice que entre los procedimientos penales y civiles existe una relación de unidad, pero teniendo en cuenta la diversidad de objetivos que a través de ellos se persiguen.

2. Enumeración

Los principales principios formativos del procedimiento que pueden caracterizar los distintos sistemas procesales son los siguientes:

1. Dispositivo-Inquisitivo.
   Presentación por las partes - Investigación Judicial.
2. Unilateralidad de la audiencia - Bilateralidad de la audiencia.
3. Orden consecutivo legal.
   Orden consecutivo discrecional.
   Orden consecutivo convencional.
4. Concentración.
5. Continuidad.
6. Preclusión.
7. Publicidad - secreto.
8. Oralidad - Escrituración - Protocolización.
9. Mediación - Inmediación.
10. Probidad.
11. Protección.
12. Economía procesal.
13. Adquisición procesal.
14. Prueba Legal, Prueba Racional y Sana Crítica.

Para el estudio somero de cada uno de esos principios procederemos a dar su concepto e indicaremos la forma en que se aplican sólo en materia probatoria en el nuevo sistema procsal penal.

3. Principios de la unilateralidad y bilateralidad de la audiencia

3.1. Concepto

A. Bilateralidad de la audiencia

Este principio pretende dar aplicación a la norma de derecho natural, consistente en que "nadie puede ser condenado sin ser oído".

Sin embargo, esta norma de derecho natural no puede concretarse en su aplicación en forma absolutamente pura en el Derecho Procesal.

El principio de bilateralidad de la audiencia significa que en todo procedimiento, las partes en general y el sujeto pasivo, en particular, tienen derecho a saber que existe un procedimiento en su contra y la posibilidad de ser oídas.

Ella arranca del aforismo latino "audiatur ex altera parte" (óigase a la otra parte) y en proverbio en rima de la Alemania medieval: "la alegación de un solo hombre no es alegación".

Por la aplicación de este principio no se pretende la intervención compulsiva de las partes, ni es tampoco necesario que ellas sean realmente oídas, sino que exista la posibilidad de igual acceso al ejercicio de sus facultades en el proceso. Por eso se señala que, hoy en día, se cumple con este requisito brindando a la otra parte la ocasión para ser oída.

Las partes son libres de ejercer o no las facultades que se otorgan en el proceso. Si se da la posibilidad de igual acceso al procedimiento y ésta no es ejercitada, ello no importa que por esa circunstancia se prive al proceso de su inspiración en el principio de la bilateralidad de la audiencia (por ejemplo: Rebeldía en la contestación de la demanda).

De modo que si bien el principio de la bilateralidad de la audiencia tiene su origen en el derecho natural, ello no significa que esa audiencia o derecho a ser oído se concrete siempre materialmente, sino que sólo otorga a las partes la posibilidad cierta de ser oídas en él para ser ejercidas por ellas sus facultades discrecionalmente.

Se insiste, el principio de bilateralidad de la audiencia no supone la actuación obligada de las partes, sino que la igualdad de posibilidades para la actuación de ellas en el proceso. No puede constituirse un procedimiento en que no exista la posibilidad de darle curso si una de las partes no actúa; lo que se pretende es otorgar a las partes igual posibilidad de ejercicio de sus facultades en el procedimiento, a través de toda la sucesión de actos que lo componen.

Finalmente, debería tener presente según nos señala con agudeza el autor argentino Peirano, que "la igualdad ínsita en el principio, no es de índole aritmética; es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas y el desnivel de poca entidad, no por ello se viola la esencia del contradictorio".

Como señala Couture, las agrupaciones más importantes de este principio son las siguientes:

"a) La demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado;

b) La comunicación debe hacerse con las formas requeridas en la ley bajo la pena de nulidad, todo quebrantamiento en las formas del emplazamiento entraña el riesgo que el demandado no haya sido efectivamente enterado de la demanda;

c) Comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; la doctrina denomina a esta circunstancia, la garantía de "su día ante el Tribunal";

d) Las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ello antes de su producción;

e) Toda prueba puede ser fiscalizada por el adversario durante la producción o impugnada después de su producción;

f) Toda petición incidental que se formule, ya sea durante el debate, ya sea durante la prueba, debe sustanciarse con audiencia del adversario, salvo disposición en contrario;

g) Ambas partes tienen iguales posibilidades de presentar sus exposiciones, de conclusión o alegatos y de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean adversas".

"Como se advierte de esta enumeración, el principio de igualdad o bilateralidad de la audiencia surge de una repetición obstinada y constante, advertida a lo largo de todo el proceso de las soluciones de equiparación".

B. UNILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA

El principio de unilateralidad de la audiencia es aquel que inspira a aquellos procedimientos en que se priva a una o ambas partes de la posibilidad de ejercer sus derechos o facultades.

Los actos realizados ante los tribunales son válidos, no obstante que las partes o una de ellas no han tenido conocimiento ni acceso a la realización de esas actuaciones.

Los procedimientos que recogen este principio se verifican, a lo menos, sin la intervención de una de las partes, generalmente el sujeto pasivo (demandado, reo), bastando sólo el ejercicio de las facultades de la contraparte, pudiendo incluso llegarse al extremo de no ser necesaria la intervención de ninguna de las partes del proceso.

Se señalan por la doctrina como situaciones en que recibe aplicación el principio de unilateralidad de la audiencia, esto es, situaciones que se deciden sin injerencia previa de la parte contraria, las siguientes:

a) Las providencias cautelares o de garantía, se dictan sin comunicación previa a la parte contra la cual se dicta, salvo impugnación posterior.

b) Los recursos de menor importancia (reposición, apelación en asuntos inferiores a determinada suma) se conceden o niegan sin substanciación alguna.

La aplicación del principio de unilateralidad de la audiencia normalmente va unida a los principios inquisitivo, de investigación judicial e impulso del tribunal.

Por su parte, la bilateralidad de la audiencia va unida a los principios dispositivo, presentación por las partes e impulso de éstas.

3.2. Aplicación general de estos principios en nuestro procedimiento

En la actualidad, es posible sostener que el principio de la audiencia tiene un reconocimiento con rango constitucional en nuestra Carta Fundamental, en el

artículo 19 Nº 3, a propósito de la consagración expresa del derecho al debido proceso.

En el sistema procesal penal, para la aplicación de los principios de unilateralidad y bilateralidad de la audiencia, debemos diferenciar claramente la investigación, la preparación del juicio oral y el juicio oral.

En relación a las actuaciones que en la etapa de investigación se realizan por parte del Fiscal, podemos apreciar la aplicación limitada del principio de unilateralidad de la audiencia, dado que el Fiscal no se encuentra obligado a permitir la asistencia del imputado y demás intervinientes a las actuaciones y diligencias que debiere practicar (artículo 184) y el fiscal puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto. Sin embargo, el imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare (artículo 182).

Sin perjuicio de ello, las actuaciones investigadoras del Fiscal revisten un carácter administrativo y no jurisdiccional, por lo que no cabe referirnos a principios que rigen respecto de un procedimiento que regula la forma de desarrollo de una actividad jurisdiccional, lo que se refleja en que las impugnaciones que se efectúen respecto de las decisiones del Fiscal acerca de las proposiciones de diligencias se contempla que deben efectuarse ante las autoridades superiores del Ministerio Público por vía administrativa y no por medios de impugnación jurisdiccionales ante el juez de garantía (artículo 183).

Respecto de las actuaciones que se realizan ante el juez de garantía durante la investigación que lleva a cabo el Fiscal, debe regir el principio de bilateralidad de la audiencia, en atención a que se contempla la asistencia a las audiencias que deben realizarse ante el juez de garantia tanto del fiscal, el imputado como los demás intervinientes del proceso para pronunciarse acerca de las diversas solicitudes que se formulen durante la investigación, como se puede apreciar a propósito de la audiencia para resolver acerca de la solicitud de prisión preventiva (artículo 142 inciso 3º); la audiencia para formalizar la investigación (artículo 232); la audiencia para aprobar la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios (artículo 245); la audiencia para pronunciarse acerca del sobreseimiento definitivo o temporal (artículo 249), etc.

Respecto de la audiencia de preparación del juicio oral que se lleva a cabo ante el juez de garantía, y del juicio oral que se debe llevar a cabo ante el tribunal oral, rige sin contrapeso el principio de la bilateralidad de la audiencia, contemplándose la notificación previa para la asistencia del fiscal, del imputado y de todos los intervinientes a la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 260 y 269) y al juicio

oral mismo (artículos 281, 284, 285, 286 y 288), teniendo derecho a intervenir dentro de ellas todos los intervinientes del proceso penal en la forma prevista por la ley.[52]

3.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria penal

En el actual proceso penal, rige en plenitud el principio de bilateralidad de la audiencia, y en particular en lo que dice relación con la prueba que debe servir de base para el pronunciamiento de la sentencia definitiva penal.

Respecto de la fase de investigación, que se dirige por parte del Ministerio Público, ella no reviste un carácter jurisdiccional y por regla general no tiene ningún valor probatorio las diligencias que se practican dentro de ella. Debemos recordar lo señalado en el Capítulo I de estos apuntes, en lo que dice relación con la naturaleza probatoria que revestirían esas actividades de investigación.

En cuanto a la actividad que se realiza ante el juez de garantía durante la fase de investigación, carecen de valor probatorio. Excepcionalmente, nos encontraremos ante actuaciones realizadas ante el juez de garantía que revisten valor probatorio en los casos de prueba anticipada (artículos 191, 192 y 280), rigiendo plenamente respecto de la rendición de ella el principio de bilateralidad de la audiencia, en atención a que todos los intervinientes del proceso tienen derecho a participar en la producción de

---

[52] En el antiguo procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública, para analizar la aplicación de los principios en comento, es menester considerar en forma separada las dos etapas que lo configuran: sumario y plenario.

En el sumario criminal recibe plena aplicación el principio de la unilateralidad de la audiencia, puesto que el juez actúa sin necesidad de oír a las partes, teniendo como objetivo final el éxito de la investigación, que le permita cumplir con los fines que esa etapa persigue.

La ley otorga derecho al sujeto pasivo (artículos 79 y 80 Código de Procedimiento Penal) y sujeto activo (artículo 104) para tomar conocimiento del sumario y solicitar diligencias, pero siempre existe como cortapisa al ejercicio de esas facultades la consideración del juez de ellas como peligrosas para el éxito de la investigación. A partir de la reforma introducida al Código de Procedimiento Penal por la Ley N° 18.857 de 5 de diciembre de 1989, se posibilita en el artículo 67 también inculpado, sea o no querellado, y aun antes de ser reo en la causa, para hacer valer hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesario para su defensa. Dentro de las facultades que se le reconocen por ese precepto legal al inculpado también se encuentran las de presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputan (artículo 67 inciso 2° N° 2) y solicitar el conocimiento del sumario (artículo 94 inciso 2° N° 5).

Excepcionalmente, se aplica el principio de la bilateralidad de la audiencia en el sumario criminal en la ratificación de la prueba testimonial (artículo 209 Código Procedimiento Penal), puesto que se permite al procesado tomar conocimiento de la declaración de un testigo durante el sumario, porque es imposible que este testigo comparezca durante el plenario y ratifique en éste su deposición.

En cambio, en el plenario criminal rige sin contrapeso el principio de la bilateralidad de la audiencia. Debe notificarse al querellante y actor civil la acusación (artículos 432 Bis, 428 y 429 Código de Procedimiento Penal); debe notificarse al reo de la acusación fiscal y particular y la demanda civil (artículo 432 Bis del Código de Procedimiento Penal); debe notificarse a las partes la resolución que recibe la causa a prueba y todo decreto que ordene la práctica de las diligencias probatorias (artículo 452 Código de Procedimiento Penal); las partes pueden asistir a las diligencias probatorias (artículo 453 Código de Procedimiento Penal), etc.

esa prueba con todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral (191 inciso final y 192 inciso 3°), la que podrá incorporarse con posterioridad al juicio oral (artículo 331).

Por otra parte, en lo que dice relación con la determinación de la admisibilidad y pertinencia de la prueba, rige plenamente también el principio del contradictorio, dado que ella se determina por el juez de garantía luego de celebrada la audiencia de preparación de juicio oral, en la cual todas las partes tienen derecho a formular los planteamientos que tuvieren en relación con ella (artículo 272).

Finalmente, en el juicio oral rige en plenitud la bilateralidad de la audiencia, dado que el juicio oral sólo se puede celebrar en caso de contarse con la asistencia del Ministerio Público (artículo 284), del acusado (artículo 285) y su defensor (artículo 286), previéndose expresamente la posibilidad de rendir su prueba e intervenir respecto de la prueba que presente la otra parte, especialmente, en lo que dice relación con el interrogatorio que pueden efectuar respecto de los testigos y peritos que se presenten (artículos 309, 329 y 330). Es más, podemos señalar que la prueba se rinde dentro de éste por las partes, y que el tribunal de juicio oral por regla general actúa como un mero conductor de la audiencia del juicio oral, siendo las partes soberanas en determinar el orden en el cual rendirán su prueba (artículo 328), interviniendo el tribunal luego de haberse prestado esas declaraciones con el fin de permitir la aclaración de los dichos por parte del testigo.[53-54]

---

[53] Respecto de esta materia se ha señalado que pocos podrán estar dispuestos a negar que la toma de pruebas en las salas de justicia de los EE.UU. sigue siendo claramente una empresa dominada por las partes. Los poderes jurídicos de interrogatorio y especialmente aquellos de iniciativa en la toma de pruebas sólo se usan como último recurso cuando fracasan las presentaciones dirigidas por las partes; incluso entonces, estos poderes se utilizan con pies de plomo y dentro de límites estrechos. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal.* Pág. 215. Editorial Jurídica de Chile. Abril 2000.

[54] En el antiguo proceso penal debemos distinguir claramente, para analizar la aplicación de este principio, lo que acontece en la etapa de Sumario versus la del Plenario Criminal, recibiendo por regla general una aplicación antagónica los principios respecto de cada una de esas etapas. En el Sumario Criminal recibe aplicación el principio de unilateralidad de la audiencia, por cuanto corresponde al juez dirigir la investigación y las partes no tienen posibilidad de intervenir dentro del sumario si el juez lo estima peligroso para el éxito de la investigación. La mejor demostración de esta dirección unilateral de la investigación a cargo del tribunal se encuentra en el inciso 1° del artículo 104, en el cual se concede a las partes el derecho de solicitar diligencias, pero en definitiva, como acontece a lo largo de diversas disposiciones contempladas en el sumario que confieren derechos específicos a las partes, ello se condiciona a que el juez lo considere conducente, esto es, no peligroso para el éxito de la investigación. Este carácter unilateral se morigeró en parte con la modificación introducida al inciso segundo del artículo 79 por la Ley N° 18.857, según la cual "todo aquél a quien se notifica una resolución tiene derecho a sacar copia de ella".

Sin embargo, la mejor demostración de la unilateralidad de la audiencia radica en que todas las pruebas dentro del sumario criminal, y en especial, en lo que dice con las declaraciones del inculpado y de los testigos, son realizadas por el juez, sin que las partes puedan asistir así como sus abogados para presenciar y participar en esas actuaciones.

En el Plenario Criminal recibe aplicación el principio de bilateralidad de la audiencia en materia probatoria, por cuanto se contempla expresamente un término probatorio, que comienza a correr desde la notificación

4. Principios dispositivo - presentación por las partes - impulso de partes. inquisitivo - investigación judicial - impulso del tribunal

4.1. Concepto

A. Principio dispositivo

Concebido en términos amplios, el principio dispositivo consiste en que la intervención del juez en el proceso, en el inicio de éste y, en general, su actividad en el mismo se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes.

Las partes son las que poseen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, reconociéndoles la plena libertad en el ejercicio o no de sus derechos, la limitación del conflicto que se somete a la decisión del tribunal, el avance del procedimiento y al aporte de las pruebas que van a servir de base al tribunal para resolver el conflicto.[55]

El principio dispositivo se traduce en una serie de máximas, siendo las principales:

"Nemo index sine actore": el juez existe no como tal, si un sujeto no pide el ejercicio de su actividad específica.

"Nemo invitus agere cogatur": el ejercicio de la acción queda entregada a la voluntad de las partes.

"En procedat index ex officio": el órgano jurisdiccional no puede proceder de oficio, sino a petición de parte.

"En ear iudex petita partium": el juez debe proveer conforme a lo que se pide y sólo sobre lo que se pide.

"Secundam alligata et probata index iudicare debet": el juez al fallar debe hacerlo conforme los hechos alegados y a los elementos de convicción que se hayan producido.

Concebido el principio dispositivo en términos amplios, se pueden entender en él comprendidos los principios de presentación por las partes, impulso de partes, los que no pasarían a ser más que aspectos de ésta.

Continuación nota [54]

de la resolución que recibe la causa a prueba, y el derecho para las partes de intervenir en las diligencias probatorias que se realizan.

La mejor demostración de este principio de bilateralidad de la audiencia se encuentra respecto de la contestación a la acusación, la que es un trámite obligatorio y que no puede ser evacuado en rebeldía del acusado (artículo 448 inciso 3°).

[55] La aplicación de este principio es básico para determinar el modelo procesal. "El modelo procesal 'adversarial' surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. El modo no-adversarial está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial; bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia". Damaska, Mirjan R. Ob. cit. Pág. 13. Abril 2000.

Dentro del principio dispositivo, concebido en términos genéricos de acuerdo al análisis que de él efectúa Wyness Millar, podemos distinguir los siguientes principios:

a) Principio dispositivo propiamente tal, que implica que "las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa y reconoce su potestad de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos". El que sea dueño de un derecho no puede, pues, ser obligado a perseguirlo en juicio: *Nemo invitus güere cogatur,* el ejercicio del mismo por acción queda librado a su albedrío, conforme ello corresponde también al demandado resolver si quiere formular o no una defensa total o parcial y en la espera de los derechos puramente procesales, se basa en este principio la adopción y de diversas medidas procesales que la ley pone a disposición de las partes.

b) Principio de presentación por las partes, es aquel que reconoce a éstas la facultad "de determinar el alcance y contenido de la disputa judicial", o invirtiendo los términos, determina que "él queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planeado".

Las partes presentan al tribunal el material que deseen sea utilizado para la averiguación del verdadero contenido de la relación existente entre ellas y cuya selección queda entregada a su propio arbitrio. El tribunal, por su parte, espera pasivamente la presentación de dicho material, interviniendo únicamente en lo necesario para asegurar que las actividades procesales de los litigantes se desenvuelvan sobre la base de métodos ordenados, sin exceder los límites establecidos por la ley. El procedimiento adquiere así la forma de una controversia de las partes, permitida y supervisada por el tribunal.

c) Principio de impulso de las partes: es aquél por el cual se reconoce a las partes en *procedat iudex ex officio* la facultad de cuidar el adelanto del procedimiento mediante el emplazamiento, producción de prueba, etc.

Con arreglo al principio, las partes ejercen tal dominio sobre la demanda formulada que la continuación y terminación del juicio depende de sus sucesivas solicitudes. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales sólo entran en acción, en virtud de un pedido y vuelven a caer en la inactividad tan pronto como se haya ejecutado la medida particular solicitada. De ahí también se infiere que la inactividad de las partes lleve consigo la del juez, causando la paralización del juicio.

B. PRINCIPIO INQUISITIVO

Es el principio contrapuesto al dispositivo y consiste, concebido en términos genéricos, en que el juez se encuentra obligado a iniciar de oficio el procedimiento y realizar dentro de éste todas las investigaciones tendientes a determinar los hechos, teniendo las partes una intervención sólo en el carácter de coadyuvantes en él.

En virtud del principio inquisitivo, se niega a las partes la libre disponibilidad de sus derechos y acciones en el procedimiento; el tribunal tiene facultad para iniciarlo

de oficio, éste realiza dentro de él todas las actuaciones que estime pertinentes para determinar los hechos del conflicto. Concebido el principio inquisitivo en términos amplios, se pueden entender comprendidos en él los principios de investigación judicial e impulso del tribunal, los que no pasarían a ser más que aspectos de éste.

Concebido en términos amplios, de acuerdo al análisis que efectúa Wyness Millar, podemos distinguir los siguientes principios insertos en el inquisitivo:

a) Principio inquisitivo propiamente tal, es aquel que priva a las partes de potestad sobre el objeto del procedimiento, de suerte que el deber oficial del juez no sólo abarca la aplicación de las leyes, sino que se extiende a determinar el alcance del material de la causa.

b) Principio de la investigación judicial es aquel que obliga a averiguar de oficio la verdad material o absoluta, imponiéndole así el deber de escudriñar y de considerar hechos que no le han presentado las partes. Por otro lado, no puede admitir como ciertos, sin inquisiciones, los hechos en cuya verdad convinieron los litigantes.

En el principio de investigación judicial tiene como punto de partida la idea que por sobre las partes existe un bien jurídico al que aquéllas quedan subordinadas; que, por consiguiente, sus declaraciones constituyen solamente medios para el aseguramiento de este bien, y que dicho bien nunca se lograría, si fuesen libres de ejercer potestades dispositivas y de perseguir así, independientemente, sus propios objetivos. Convierte, pues, a las partes de sujetos del derecho privado, en sujetos de interés legal general, y su esencia radica en que aquellos pierden el derecho de usar libremente sus facultades dispositivas, a favor del aumento del poder judicial. Así, las declaraciones de las partes, por un lado no se consideran como expresiones imperiosas de su voluntad, sino como meras afirmaciones, en tanto que, por el otro lado, el juez no queda ligado a las mismas, sino por el contrario, autorizado para ejecutar, a su propia discreción, lo que han querido proponer los litigantes.

La averiguación del verdadero contenido de la relación legal existente entre las partes se realiza por la actividad del tribunal. Dentro de los límites determinados por la ley, esta actividad es discrecional, y las partes pueden ejercer sobre ellas un flujo coadyuvante, pero no determinante, mediante sugerencias y solicitudes. El procedimiento adquiere así la forma de una investigación judicial (inquisición, instrucción).

c) Principio del impulso judicial, es aquel en virtud del cual incumbe al tribunal cuidar del adelanto del procedimiento.

Bajo el régimen del principio del impulso del proceso el tribunal, éste, con la instauración del pleito o, en ciertos casos especiales, con la formulación de la solicitud, recibe por parte del litigante peticionario el deber y también el derecho de ejecutar no sólo los respectivos actos procesales pedidos, sino de hacer, en general, todo cuanto resulte necesario para juzgar.

4.2. Aplicación general de esos principios en nuestros procedimientos

En el actual proceso penal, recibe plena aplicación en relación con el inicio del procedimiento penal el principio dispositivo, dado que el juez de garantía nunca se

encuentra facultado para dar inicio de oficio a una investigación penal (artículo 172). El juez de garantía sólo puede, en caso que se hubiere archivado provisionalmente la investigación o decidido no iniciarla por parte del Fiscal (artículos 167 y 168), ordenarle a éste que siga adelante la investigación si se hubiere deducido una querella por la víctima y hubiere sido ella admitida a tramitación por parte del juez de garantía (artículo 169).

Por otra parte, en cuanto a las actuaciones de investigación, por regla general ellas no pueden ser decretadas de oficio por parte de juez de garantía, correspondiendo al Fiscal el determinar cuál de ellas deben llevarse a cabo. El Fiscal sólo deberá requerirle al juez de garantía la previa autorización para practicar aquellas actuaciones que importen privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura (artículo 9º).

Sin embargo, se contemplan excepcionalmente respecto del juez de garantía la facultad de actuar de oficio durante el curso de la investigación en los siguientes casos:

a) El juez de garantía debe de oficio adoptar las medidas necesarias para que el imputado pueda encontrarse en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 10);

b) El juez de garantía debe declarar su propia implicancia o hacer constar una causal de recusación conforme a lo previsto en el artículo 199 del COT;

c) El juez de garantía debe designar de oficio un defensor al imputado en caso de renuncia o abandono de hecho de la defensa (artículo 106);

d) El juez de garantía se encuentra facultado para declarar de oficio el abandono de la querella (artículo 120);

e) El juez de garantía se encuentra facultado para ordenar de oficio la modificación o revocación de la prisión preventiva (artículo 144); revisarla de oficio o sustituirla por alguna de las medidas del artículo 155 (artículo 145); revisar su duración (artículo 152), o ponerle término (artículo 153);

f) El juez de garantía puede declarar de oficio la nulidad procesal de las actuaciones en que concurra un vicio comprendido, en los casos en que se contempla una presunción de derecho acerca de la concurrencia del perjuicio (artículo 163) o poner en conocimiento del interviniente afectado por el vicio respecto de cuya concurrencia no se contempla la presunción de derecho;

g) El juez de garantía puede de oficio rechazar la aplicación del principio de oportunidad propuesto por el Fiscal si no concurrieren los requisitos legales previstos para su aplicación (artículo 170);

h) El juez de garantía se encuentra facultado para fijar de oficio un plazo para el cierre de la investigación por parte del Fiscal, oyendo previamente al Ministerio Público (artículo 234);

i) El juez de garantía debe dictar de oficio el sobreseimiento definitivo transcurrido el plazo de cumplimiento de los requisitos previstos en la suspensión provisional de

procedimiento, en caso que ella no hubiere sido revocada con anterioridad (artículo 240 CPP);

j) El juez de garantía puede de oficio citar a una audiencia y decretar el sobreseimiento definitivo, si el Fiscal no formulare la acusación dentro del plazo de diez días luego de cerrada la investigación (artículo 247).

En el juicio oral, rige el principio dispositivo casi sin contrapeso, al verificarse el debate y rendirse las pruebas que las partes hubieren ofrecido dentro de la audiencia del juicio oral. No se contempla para el tribunal oral la posibilidad de decretar las medidas para mejor resolver que estime necesarias para subsanar alguna omisión o esclarecer algún punto dudoso, por lo que su resolución al término de la audiencia debe limitarse a lo debatido y probado por las partes dentro de la audiencia del juicio oral.[56]

---

[56] En el antiguo procedimiento penal podemos apreciar que dentro de la fase de sumario se aplica plenamente el principio inquisitivo.

El sumario criminal puede iniciarse de oficio por el tribunal competente mediante la dictación de la resolución denominada auto cabeza de proceso respecto de cualquier delito de acción penal pública (artículo 106 Código Procedimiento Penal), y en caso que ésta se inicie por denuncia o querella, el tribunal puede ordenar todas las diligencias que estime convenientes para acreditar el cuerpo del delito y la participación (artículos 91 y 98 inciso 2° Código Procedimiento Penal).

Además, durante la etapa de sumario lo que se persigue es realizar una investigación de los hechos que constituyen la infracción y determinar la persona o personas responsables de ella (artículo 76 Código Procedimiento Penal).

La investigación en torno a esos objetivos la debe realizar el tribunal en forma total, imparcial y sin ánimo preconcebido, de acuerdo a lo previsto en los artículos 108 y 109 del Código Procedimiento Penal. Para dicho efecto, el tribunal se encuentra facultado para decretar de oficio todas las diligencias que estime pertinentes para dar cumplimiento a todos los objetivos del sumario.

Las partes, activas y pasivas pueden solicitar la práctica de diligencias, pero ellas se encuentran sujetas al control del tribunal, quien les dará lugar sólo en el evento que no atenten contra el objeto de la investigación (artículo 104-79 Código Procedimiento Penal).

A partir de la reforma introducida por la Ley N° 18.857 al Código de Procedimiento Penal, por el artículo 67 de ese cuerpo legal también se faculta al inculpado, sea o no querellado y aun antes de ser reo en la causa, para hacer valer los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa.

Excepcionalmente, se contemplan dentro del sumario algunas diligencias que el tribunal debe realizar en caso de ser solicitadas por las partes, pudiendo citar a título ejemplar la de los artículos 110, 336, 350 y 401 inciso 2° de dicho Código.

Dentro de la etapa contradictorio del procedimiento penal, denominado Plenario, existe una preeminencia del principio dispositivo. Los sujetos activos o pasivos del proceso son los que determinan discrecionalmente la existencia de la etapa de prueba dentro del Plenario, debiendo ofrecerla en los respectivos escritos que configuran el período de discusión (artículos 430, 450 y 451 Código Procedimiento Penal). La prueba se va a rendir dentro del Plenario en torno a los hechos pertinentes expuestos en los escritos del período de discusión.

Excepcionalmente, se aplica el principio inquisitivo en el Plenario Criminal al facultarse al secretario para acusar de oficio las rebeldías (artículo 51 inciso 2° Código Procedimiento Penal) y posibilitarse al tribunal para decretar las medidas para mejor resolver que estime necesarias para subsanar alguna omisión o esclarecer algún punto dudoso (artículo 499 inciso 2° Código Procedimiento Penal).

4.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria en el proceso penal

En el período de la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público, rige sin contrapeso el principio dispositivo, dado que las diligencias se realizan según lo determina el Fiscal, a menos que se requiera de la autorización del juez de garantía por privar, restringir o perturbar una garantía constitucional del imputado o de un tercero, en cuyo caso deberá contarse con la anuencia del juez de garantía al efecto (artículo 9º).

Para la rendición de prueba anticipada ante el juez de garantía durante la investigación, debe el Fiscal solicitarle al tribunal que se decrete dicha diligencia (artículos 191 y 192), o cualquiera de los intervinientes en la audiencia de preparación del juicio oral puede solicitar que se rinda prueba testimonial anticipada o informe de peritos (artículo 280). Si, con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratare de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.

En caso que cerrada la investigación, el Fiscal hubiere solicitado que se decrete el sobreseimiento o comunicare su decisión de no perseverar en el procedimiento, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía hasta en la audiencia en que se trataran esas materias, que se reabra la investigación para que se realicen las diligencias que se hubieren solicitado durante ella y que el Ministerio Público hubiere rechazado (artículo 257).

De lo expuesto se desprende que el juez de garantía no tiene facultades para decretar de oficio diligencia probatoria alguna, y que todas las que puede disponer que se realicen ante él, como en el caso de la prueba anticipada, o por el Fiscal, en caso de haber cerrado la investigación sin haber realizado diligencias propuestas por otra parte y rechazadas por el Fiscal, sólo lo puede hacer siempre que hubiere mediado una petición de parte. La razón de ello, no es otra que el principio de exclusividad en la investigación que se consagra respecto del Ministerio Público en la CPE y el CPP.

En lo que es la determinación del objeto o tema de prueba del juicio oral, que se determina en el auto de apertura de juicio oral que debe dictar el juez de garantía, luego de realizada la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 277), puede recibir aplicación el principio inquisitivo en cuanto el juez de garantía:

a) Puede proponer a las partes que celebren convenciones probatorias respecto de determinados hechos (artículo 275).

b) Debe excluir de la prueba que se debe rendir en el juicio oral y que hubiere sido ofrecida por las partes, aquellas que fueren impertinentes, recayeren sobre hechos notorios, o tuvieren un carácter dilatorio (artículo 276).

c) Debe indicar los hechos que se dieren por acreditados en virtud de convenciones probatorias y la prueba ofrecida por las partes que debe ser rendida en el juicio oral (artículo 277 letras d) y e).

De acuerdo con ello, podemos señalar que rige el principio dispositivo en el ofrecimiento de las pruebas que deban rendirse en el juicio oral, puesto que deben efectuarlo en la acusación, la adhesion a la acusación o tratándose del acusado hasta en la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 259, 261 y 263). Por otra parte, rige el principio inquisitivo en lo que dice relación con la determinación de las pruebas que han de rendirse en el juicio oral, y con las exclusiones de ellas, control que debe efectuar de oficio el juez de garantía al término de la audiencia del juicio oral (artículo 277).[57]

En la rendición de prueba en la audiencia de juicio oral rige el principio dispositivo, dado que son las partes a quienes les corresponde presentar y rendir sus respectivas pruebas, en el orden que ellas determinen (artículo 328), siendo ellas las principales responsables del interrogatorio de los testigos y peritos (artículos 309 y 329).

Excepcionalmente, rige el principio inquisitivo en el juicio oral, respecto de las medidas que pueden adoptarse por el presidente para velar por el orden y respeto en la audiencia, ya sea respecto de las partes, sus abogados, peritos, testigos o público asistente (artículo 294), cualquiera de los miembros del tribunal oral puede formular preguntas a los testigos y peritos con el fin de aclarar sus dichos luego de haber prestado

[57] En el sumario criminal recibe plena aplicación el principio inquisitivo, por cuanto el juez se encuentra obligado a iniciar de oficio el procedimiento y a realizar, cualquiera sea la forma en que éste hubiere comenzado, las investigaciones tendientes a determinar los hechos, teniendo las partes sólo un carácter de meros coadyuvantes de él. Al efecto, cabe tener presente que el juez debe de oficio dar inicio al sumario criminal de oficio mediante la pesquisa judicial, conforme a lo previsto en el artículo 105.

Por otra parte, es el juez quien dirige la investigación, por lo que las diligencias que soliciten las partes sólo las decretará cuando sean estimadas como conducentes por el tribunal, conforme a lo previsto en el inciso 1° del artículo 104.

Además, la investigación del hecho delictivo y la participación le corresponde al tribunal, conforme a lo previsto en los artículos 108 y 109.

De acuerdo con ello, es que se impone al tribunal por parte del legislador la realización de oficio de las diligencias para los efectos de determinar el delito conforme a los rastros y huellas que de su comisión hubieren quedado (artículos 112 a 114 y 116), citar e interrogar a los testigos (artículo 193), designar a los peritos (artículo 221) y tomar las declaraciones al inculpado (artículo 318), sin que sea necesario para ello que exista ningún requerimiento de parte.

Finalmente, las principales resoluciones del sumario criminal se dictan de oficio por parte del tribunal, una vez que determine que concurren los diversos requisitos establecidos por el legislador (citación, detención, auto de procesamiento, arraigo, libertad provisional, sobreseimientos y cierre de sumario), sin la necesidad de que exista requerimiento alguno de parte para ello.

En el Plenario Criminal recibe aplicación el principio dispositivo o de impulso de partes, puesto que existirá periodo probatorio para que se rinda los diversos medios de prueba dentro de él, sólo en la medida en que las partes la ofrezcan en los escritos principales del periodo de discusión. Excepcionalmente, en el Plenario Criminal nos encontramos con una manifestación del principio inquisitivo en las medidas para mejor resolver, puesto que el juez puede decretar de oficio todas las diligencias que estime necesarias para aclarar o subsanar las omisiones que note en relación con la prueba rendida, respecto de los hechos o la participación (artículo 499).

declaración (artículo 329); y disponer la constitución del tribunal en un lugar distinto a la sala para apreciar circunstancias relevantes del caso (artículo 336).[58]

En el actual proceso penal, no se contemplan la existencia de medidas para mejor resolver, demostrándose con ello la visión de un proceso de sistema adversarial, en el cual la responsabilidad de la conformación del material probatorio es obra de las partes.

5. PRINCIPIOS DEL ORDEN CONSECUTIVO LEGAL, ORDEN CONSECUTIVO DISCRECIONAL Y ORDEN CONSECUTIVO CONVENCIONAL

5.1. Concepto

El procedimiento, vía a través de la cual se concreta el proceso, lleva envuelta la idea de secuencia o cadena de actos que se desenvuelven progresivamente y a través de diversas fases o etapas para el logro de un fin: la resolución del conflicto sometido a la decisión del tribunal.

El proceso no existe si la resolución del conflicto se alcanza con un solo acto, la secuencia de actos es consustancial a la idea misma de proceso y es una garantía constitucional consagrada en el artículo N° 3 inciso 5° de la CPR. Y esta característica se traspasa también y por entero al procedimiento.

Este orden que sigue el proceso para arribar a la decisión del conflicto puede ser establecido por la ley, el juez o las partes.

En virtud del principio del orden consecutivo legal es la ley la que se encarga de establecer la secuencia de fases o etapas en que se desenvuelve el proceso. El procedimiento, en otros términos, se encuentra preestablecido por la ley, de manera que toda persona puede saber anticipadamente la forma en que éste se desarrolla a través de sus diversos trámites.

En el principio del orden consecutivo discrecional, la ley no reglamenta la secuencia o serie de fases o etapas en que se desenvuelve el procedimiento, sino que entrega al criterio del juez determinar la forma en que éste se ha de desarrollar.

No estando preestablecido el procedimiento, el juez orienta su labor de acuerdo al contenido del expediente, concretando la labor jurisdiccional en una forma lógica.

---

[58] Sobre el carácter excepcional de esta medida cabe resaltar lo señalado en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, al indicarnos que "eliminamos la inspección personal del tribunal, porque no nos pareció consistente con el nuevo procedimiento penal. Esta diligencia, de enorme importancia en el sistema vigente, en el cual el juez investiga y juzga, pierde razón de ser en el nuevo Código, en que sólo juzga, sobre la base de las pruebas que le presenten el acusador y el defensor. Son éstos los que tienen la carga de ofrecer al tribunal todos aquellos medios de convicción que, apreciándolos libremente pero con sujeción a los márgenes legales, obren a favor de su posición, con la particularidad de que, si el acusador no logra que se forme suficiente convicción de culpabilidad, el tribunal deberá absolver. Sin perjuicio de lo señalado, la Comisión no quiso excluir la posibilidad de que, en alguna ocasión, fuere útil para el tribunal de juicio oral constituirse en algún lugar para reconocerlo, durante la audiencia, y así lo contempló en forma expresa".

La ley no ha señalado oportunidades para rendir cada medio de prueba, no ha establecido términos probatorios, debiendo el juez determinar el orden en que se realiza la prueba, mediante un encadenamiento lógico entre las diferentes diligencias probatorias.

En el principio del orden consecutivo convencional, la ley y el tribunal no reglamentan ni establecen la secuencia o serie de fases o etapas en que se desenvuelve el procedimiento, sino que se entrega a las partes la facultad de determinar la forma en que éste se ha de desarrollar.

5.2. Aplicación general de esos principios en nuestros procedimientos

En el proceso penal no se contemplan para el Fiscal las actuaciones que debe realizar ni un orden para su realización (artículo 180 CPP), sin perjuicio de contemplarse la realización de diversas actuaciones específicas para acreditar ciertos y determinados delitos (artículos 198 a 203 CPP). Sin embargo, en la etapa de investigación que realiza el Fiscal existe una mayor aplicación del orden consecutivo legal, atendido a que se regula con mucho mayor rigidez los casos en que debe requerir la autorización judicial previa para llevar a cabo las actuaciones que importen la privación, restricción o perturbación de los derechos del imputado o un tercero (artículo 9°); se regula con carácter obligatorio la duración máxima del plazo que debe tener la investigación desde su formalización, el que si no es cumplido puede conllevar al sobreseimiento definitivo (artículo 247), y se acota a un plazo de duración máximo el secreto de las actuaciones de investigación del Fiscal respecto de los intervinientes, excluyendo expresamente de ese secreto a determinadas diligencias (artículo 182).[59]

[59] En el sumario criminal, es el juez quien se encuentra facultado por diversas disposiciones legales para determinar la secuencia que debe seguir el procedimiento para cumplir con sus objetivos (artículos 98 inciso 2°, 104 inciso 1°, 109, 176, 177, 156, 175 inciso 1°, 326, 342, 351, 318, Código Procedimiento Penal).

En esta etapa inquisitiva del juicio penal no existen oportunidades para rendir las diferentes pruebas, ni mucho menos una fase probatoria propiamente tal. Es el juez quien determina de acuerdo a los resultados que arroja la investigación, la práctica de las diligencias probatorias que estime pertinentes. Puede suceder que verificadas éstas aparezcan como necesarias la realización de otras diligencias, en cuyo caso nuevamente las decreta el juez según el proceso lógico de concatenación de la prueba.

El que no exista en forma preestablecida un desarrollo del procedimiento no significa que éste sea desordenado, puesto que el juez es quien va disponiendo las diversas diligencias, respetando la secuencia lógica que debe existir entre cada una de ellas, para arribar al cumplimiento de los objetivos que se persiguen en el sumario.

Sin embargo, en el sumario criminal recibe aplicación el orden consecutivo legal al establecer el legislador las diversas diligencias especiales que debe necesariamente realizar el juez para investigar algunos delitos (Párrafo 2 Título III del Libro II Código Procedimiento Penal, artículos 121 a 155).

En estos casos, el orden consecutivo legal tiene como alcance que el legislador ha señalado al juez la secuencia de la investigación, pero no el establecimiento de plazos o etapas para rendir la prueba, aunque el tribunal está obligado a realizar o solicitar que se realicen determinadas actuaciones de carácter probatorio.

Respecto de la audiencia de preparación del juicio oral y en el juicio oral rige el principio del orden consecutivo legal, puesto que el legislador establece claramente las diversas actuaciones de discusión, prueba y fallo que los conforman.

El principio del orden consecutivo convencional sólo recibe aplicación cuando las partes son libres para establecer la forma del procedimiento que ha de seguirse para arribar a la decisión del conflicto.

En el proceso penal, se puede estimar como una aplicación del orden consecutivo convencional las convenciones probatorias a las cuales pueden llegar las partes en la audiencia de preparación del juicio oral, mediante las cuales pueden dar por establecidos hechos a los cuales deberán estarse las partes y el tribunal oral posteriormente durante el juicio oral (artículo 275).[60]

5.3. Aplicación de estos principios en materia probatoria en el proceso penal

En la etapa de investigación no formalizada que lleva a cabo el Fiscal podríamos decir que rige un orden consecutivo discrecional, dado que éste es libre para los efectos de realizar todas las diligencias que estime pertinentes, con excepción de aquellas que requieren de una autorización previa del juez de garantía (artículos 9º y 236). En este caso, utilizamos la expresión discrecional sólo para poner énfasis en el criterio para disponer que se lleven a efecto las diligencias, dado que claramente su origen es de una parte del proceso y no de un órgano jurisdiccional, como acontece en el sumario criminal del procedimiento penal.

El Código Procesal Penal contempla determinadas diligencias al regular la investigación en el párrafo 3º del Título I del Libro II, siendo algunas de ellas obligatorias que se lleven a efecto como la conservación de las especies (artículo 188), ordenar la realización de autopsia en caso de hallazgo de un cadáver (artículo 201), en cuyo caso nos encontramos ante un orden consecutivo legal, y en otros casos nos encontramos con diligencias meramente facultativas de realizar según lo disponga el Fiscal, previa autorización del juez de garantía cuando lo requiriere, por ejemplo, la exhumación (artículo 202), pruebas caligráficas (artículo 203), volviendo en ellas al principio del orden consecutivo discrecional.

La etapa de investigación formalizada también se rige por el orden consecutivo discrecional, por cuanto es el fiscal quien determina la realización de las diligencias,

---

Continuación nota [59]

En el Plenario se aplica plenamente al principio del orden consecutivo legal, puesto que el legislador establece claramente los periodos de discusión, prueba y sentencia que ella comprende, y los diferentes escritos, resoluciones, trámites y actuaciones que conforman cada una de esas fases. Específicamente, respecto de la prueba se establece una oportunidad para ofrecerla (artículos 430-450 Código de Procedimiento Penal), rendir la prueba (artículos 490 y 499 Código Procedimiento Penal).

[60] Podría estimarse como una norma que da aplicación a este principio el artículo 451 del Código Procedimiento Penal, en cuanto entrega a la voluntad expresa de las partes la existencia del período de prueba en el Plenario.

teniendo los otros intervinientes sólo la facultad de proponerle que se lleven a efecto (artículo 183).

Sin embargo, existe una importante manifestación del orden consecutivo legal en relación con la investigación formalizada, como es la determinación de la duración máxima de ella a partir de la formalización. Una vez formalizada la investigación y salvo que concurra alguna de las salidas alternativas, y siempre que no se decrete la procedencia de un juicio oral inmediato o de un procedimiento simplificado, el Fiscal debe continuar la investigación hasta su cierre, lo que debe realizar dentro del plazo. Este plazo de dos años, o el menor que hubiere fijado el tribunal, no reviste el carácter de fatal, dado que su solo transcurso no extingue las facultades del Fiscal para continuar la investigación. En efecto, transcurrido el plazo, el querellante o el imputado pueden solicitar al juez que aperciba al Fiscal para que cierre la investigación, debiendo citar a los intervinientes a una audiencia. Si el fiscal no comparece a la audiencia o si compareciendo se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento de la causa (artículo 247 inciso 3°).

Otra manifestación trascendente respecto del orden consecutivo legal, dice relación con la fijación de los plazos de duración máxima de la detención (artículos 129 y 131) y de la revisión de oficio que debe hacerse respecto de la prisión preventiva y de las otras medidas cautelares personales, en caso que ellas hubieren alcanzado la mitad de la pena privativa de la libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto de existir recursos pendientes (artículo 152).

En la audiencia de preparación del juicio oral rige el orden consecutivo legal, estableciendo el legislador los trámites y los plazos que deben realizar cada una de las partes. El único plazo no fatal que se contempla es respecto del querellante y el actor civil, dado que puede declararse abandonada la querella (artículo 120) y la demanda civil (artículo 64) por el juez de garantía, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, si no se deduce oportunamente la acusación particular o adhesión a la acusación o no comparece a la audiencia de preparación del juicio oral o al juicio oral. Trastandose del fiscal y del acusado, los plazos que se contemplan para la audiencia de preparación del juicio oral y del juicio oral no son fatales ni no fatales, dado que la presencia del Fiscal y el defensor del acusado es imprescindible para que se realice la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 268) y la presencia del Fiscal (artículo 284), del acusado (artículo 285) y del defensor del acusado (artículo 286) lo es para la realización del juicio oral, debiendo adoptarse las medidas para que se subsane ese inconveniente y puedan ellas realizarse. En consecuencia, la regulación que se efectúa de los plazos para la asistencia a las audiencias y las consecuencias que provoca la inasistencia, conllevan a verificar que no nos encontramos ante plazos fatales que es la regla general, conforme a lo previsto en el artículo 16.

En el juicio oral rige también el orden consecutivo legal, en cuanto al orden que debe seguirse en la audiencia respecto de los trámites que lo componen, sin perjuicio de otorgarle al presidente del tribunal oral facultades para limitar el tiempo en que

las partes pueden hacer uso de sus derechos y de velar porque ello se haga dentro del tema del proceso penal (artículo 282). Por otra parte, estimamos que los intervinientes en el juicio oral son libres para determinar la forma en que efectuarán la presentación inicial del caso y del alegato final, así como respecto del orden en que presentarán sus pruebas, con la clara limitación para el Fiscal que siempre deberá actuar respecto de un hecho punible contenido en la formalización y acusación formulada en el proceso, que es lo que constituye el objeto del juicio. En consecuencia, el legislador ha regulado la materia en la ley, pero con criterios abiertos, siendo el juez de garantía o el presidente del tribunal oral los encargados de dirigir la audiencia respectiva, pero con la limitación tener siempre que respetar con ello el ejercicio de las partes de su derecho de defender sus respectivos casos dentro de parámetros razonables.[61]

6. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONCENTRACIÓN

6.1. Concepto

El proceso oral sólo puede ser desarrollado en forma eficaz si las diversas fases del proceso se concentran para ser desarrolladas en audiencias y no a través de diversos trámites que se alargan en el tiempo.

Como contraproposición al concepto de la concentración tenemos los procesos de lato conocimiento, cuyos más fieles exponentes son los procesos escritos de juicio

[61] En el sumario criminal prima el orden consecutivo discrecional, puesto que la secuencia de avance del procedimiento lo determina el juez, quien va decretando las diversas diligencias según los diversos logros que vayan alcanzando de acuerdo a las indagaciones que realiza.

La existencia de la primacía del investigador para determinar la secuencia de las investigaciones no significa que nos encontremos ante un procedimiento desordenado, puesto que ello implicaría desconocer la existencia de una lógica para el desarrollo de las indagaciones, las que en este caso son más necesarias que en ningún otro procedimiento para poder llegar a alcanzar los logros perseguidos en cuanto a establecer el hecho punible y los partícipes en él.

De acuerdo con ello, podemos señalar que el orden de desarrollo del procedimiento lo va determinando el investigador de acuerdo con las diversas diligencias que vaya realizando y que pueden ir variando en uno y otro caso, según la visión que éste tenga para arribar en mejor forma al logro de sus objetivos. Es así, como en algunos casos preferirá el investigador agotar todas las diligencias antes de citar al presunto inculpado, y en otros, estimará de mayor conveniencia comenzar con el interrogatorio de un inculpado para posteriormente decretar otras diligencias.

Excepcionalmente, el legislador se encarga de establecer un orden consecutivo legal al establecer determinadas diligencias que deben realizarse respecto de ciertos delitos como ocurre en los artículos 121 y Sgtes., respecto de los delitos de homicidio, aborto y suicidio; en los artículos 138 a 145, respecto del delito de lesiones; en los artículos 146 a 148, en los delitos contra la propiedad; en los artículos 149 a 154, en los delitos de falsedad y en el artículo 155, respecto del delito de incendio.

En el plenario criminal prima el orden consecutivo legal, puesto que el legislador se ha encargado de establecer las diversas etapas o fases del plenario criminal y los trámites que comprenden cada una de ellas. En relación con la prueba, se encarga de establecer el caso de procedencia del período de prueba, su duración y la forma en que las partes deben ejercer sus derechos dentro de éste para ofrecerla y rendirla dentro del término probatorio.

ordinario civil y el juicio por crimen o simple delito del antiguo sistema procesal penal.

La oralidad requiere, por esencia, que los procesos se desarrollen en audiencias, en las cuales se concentren los diversos objetivos a alcanzarse y no que ellos se diseminen a través de diversos trámites.

Por otra parte, esta concentración implica que superada una determinada fase no será posible volver a ella. Es así, que si efectuó la defensa, no será lícito permitir que posteriormente durante su transcurso pueda pretenderse hacer valer nuevas excepciones, precluyendo las facultades de las partes una vez que se avance en el desarrollo de las diversas audiencias.

Además, la posibilidad que se aplique la inmediación y el sistema de la sana crítica es posible sólo en la medida en que exista una concentración para la rendición de la prueba en una audiencia de juicio, dado que si ella se dilata en el tiempo, tiende a perderse la eficacia del contacto directo del juez con la prueba y se hace cada vez más dificultosa su apreciación o ponderación racional.

A ello conduce también la continuidad, entendida como el necesario desarrollo sin interrupción de las audiencias o de intromisión de otros procesos durante su desarrollo, de manera de apartar al juez de la necesaria concentración de la plenitud de sus facultades en el conflicto que identifica al proceso, cuyas actuaciones se están desarrollando ante él.

El proceso escrito se caracteriza porque se desarrolla a través de diversas etapas compuestas de varios trámites, que se alargan en su desarrollo a lo largo de períodos extensos de tiempo.

La escrituración no impide la posibilidad de abrir nuevas posibilidades de defensa, sin que existan preclusiones plenas, como ocurre, por ejemplo, con las excepciones anómalas, como asimismo contempla la posibilidad de rendir pruebas ante tribunales diversos a aquel que conoce el juicio, posibilitándose, incluso, rendición de nuevas pruebas ante otras instancias.

La dilación de la rendición de pruebas a lo largo del término probatorio y no de audiencias dentro del proceso, conduce a la necesaria mediación, y aunque en tales casos existiera inmediación, termina ella perdiendo toda eficacia por el largo espacio de tiempo que media entre la rendición de la prueba y la necesaria ponderación de la misma en la sentencia.

La valoración de la prueba en los procesos escritos normalmente se basa en sistemas de la prueba legal o tasada, en la cual el juez se encarga de encuadrar las pruebas en reglas preestablecidas por el legislador y a darle el valor preestablecido por éste.

6.2. Aplicación general del principio en el proceso penal

En el proceso penal, como proceso oral, existe una clara aplicación de la concentración. En la audiencia de preparación de juicio oral, conforme a lo previsto en el artículo 277, se deben alcanzar los objetivos de saneamiento del juicio, resolviendo

las cuestiones procesales previas en cuanto a la forma y desarrollo del proceso; la conciliación y salidas alternativas, como formas de autocomposición; la determinación del objeto de la prueba; la autorización de la rendicion de las pruebas ofrecidas por las partes para la audiencia de juicio, excluyendo las pruebas ilicitas, impertinentes, sobreabundantes y que recaigan sobre hechos notorios o que hubieren sido objeto de convenciones probatorias.

Por su parte, la audiencia de juicio es la oportunidad para rendir la prueba, según lo establecido en los artículos 296 y 340 inciso 2°.

Finalmente, el veredicto y la sentencia definitiva deben ser dictadas en forma próxima a la audiencia de juicio (artículos 343 y 344), para permitir la adecuada ponderación de la prueba por el tribunal conforme a la sana crítica, tanto de aquella que haya sido aceptada como rechazada fundamentadamente para dar por establecidos los hechos que le sirven de fundamento (artículos 297 y 342 letra c).

7. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONTINUIDAD

7.1. Concepto

El proceso oral no sólo debe regirse por la concentración, en cuanto a que debe ser desarrollado en audiencias, sino que también para su eficacia debe regir la continuidad, esto es, que el procedimiento debe ser desarrollado en audiencias en forma continua y sucesiva hasta el logro del objetivo para el cual está contemplado su desarrollo, sin que sea concebible su interrupción, sino que por causas absolutamente necesarias o imposibles de subsanar sin afectar la validez y eficacia del procedimiento.

De acuerdo con ello, no resulta adecuado señalar que en el juicio de lato conocimiento se dé una aplicación al principio de la continuidad, si concebimos que este principio debe encontrarse vinculado en la forma señalada al principio de la concentración.

En los procesos de lato conocimiento, se da fundamentalmente aplicación al principio de la continuidad en relación con actuaciones específicas y determinadas, más que respecto del desarrollo de una fase del proceso.

En el juicio oral se contempla la aplicación del principio de la continuidad, expresamente en el artículo 282, según el cual la audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Constituirán, para estos efectos, sesiones sucesivas, aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal.

El tribunal podrá suspender la audiencia hasta por dos veces solamente, por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. Al reanudarla, efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

El juicio se suspenderá por las causas señaladas en el artículo 252. Con todo, el juicio seguirá adelante cuando la declaración de rebeldía se produjere respecto del imputado a quien se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio

oral, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo faltare la dictación de la sentencia.

La suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que excediere de diez días impedirá su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio.

Cuando fuere necesario suspender la audiencia, el tribunal comunicará verbalmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tendrá como suficiente citación (artículo 283).

8. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PRECLUSIÓN

8.1. Concepto y aplicación en nuestro procedimiento

Según Chiovenda, el principio de la preclusión consiste en la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal que se produce por no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio de la facultad o haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación procesal propiamente dicha).

Couture nos dice que la preclusión es la pérdida, extinción o consumación de la facultad procesal.

El principio de la preclusión se encuentra estrechamente vinculado con el principio del orden consecutivo legal.

El respeto al orden legal se logra mediante la clausura definitiva de cada una de las fases o etapas en que está dividido el procedimiento, impidiendo el regreso de aquellas ya extinguidas o consumadas.

Esto se conoce como preclusión y, así, toda medida o actuación debe realizarse dentro del período o fase que corresponda, debiendo las partes ejercer sus facultades dentro de esas fases y los términos preestablecidos, so pena de preclusión.

Al contrario, en un proceso de desenvolvimiento discrecional, es siempre factible volver atrás, retroceder a fases eventualmente consumadas, porque no existiendo fases preestablecidos, no opera la preclusión.

De acuerdo al concepto de preclusión dado por Chiovenda, cuatro son las formas en que ella se presenta:

a) La facultad precluye por no haberse ejercido dentro del plazo establecido por la ley.

Si una parte no ejercita una facultad dentro del término que la ley ha establecido para ello, precluirá la facultad para llevarla a cabo, en beneficio de la parte que no debía realizarla.

b) La facultad precluye por no haber respetado en su ejercicio el orden establecido por la ley para hacerla valer.

En los procesos regidos por el orden consecutivo legal, las actuaciones deben seguir un orden lógico, derivado, como es suponer, del mismo orden que impone la relación procesal, como que las reglas procesales son en sustancia una especie de metodología

fijada por la ley para servir de guía a quien quiere impetrar el ejercicio de la facultad jurisdiccional; por lo tanto, a la demanda debe suceder la contestación o, entre ambas actuaciones, un término para hacer valer las excepciones dilatorias, "litis in-gressum impedientes"; a la contestación de la demanda debe seguir el período de prueba, etc. En cambio, en el procedimiento libre se podría realizar cualquiera de las expresadas actuaciones en cualquier momento.

Para lograr que, en un proceso regido por el orden consecutivo legal, las actuaciones se vayan realizando en el orden lógico preestablecido, se ha sentado el principio de la eventualidad.

"Consiste este principio de la eventualidad en la necesidad de deducir conjuntamente los diversos medios de ataque o de defensa de que disponen las partes litigantes en previsión de que uno o varios de ellos sean desestimados. En otros términos, el interesado debe deducir en forma simultánea, no sucesiva, diversas pretensiones o defensas, aun cuando sean incompatibles entre sí, para que, en el evento de que no sea acogida alguna o algunas de ellas, pueda lograr éxito en la o las restantes. Si estos medios de ataque o de defensa de que dispone el actor o demandado no se deducen conjuntamente en la correspondiente actuación, precluye el derecho de oponerlos con posterioridad. Así, por ejemplo, si se omite indicar en el escrito en que se oponen las excepciones dilatorias, una de ellas, o no se señala una causa de casación en la forma en el escrito de presentación de dicho recurso, el derecho de hacerles valer después precluiría, aun cuando no hubiere expirado el término que establece la ley para ejercer dicha facultad".

c) La facultad precluye por haber realizado un acto incompatible con su ejercicio.

"Una tercera manifestación de la preclusión en la vida del proceso es la que se relaciona con aquellas situaciones en que el legislador ha establecido una incompatibilidad entre dos actos procesales. Tiene lugar esta hipótesis en todos aquellos casos en que una disposición legal brinda a un litigante dos o más medios o vías para la consecución de un determinado objetivo, pero en la condición de que sólo se puede emplear uno de ellos, es decir, la utilización de uno descarta automáticamente a los otros.

Esta nueva condicionante de la preclusión determina, por consiguiente, la pérdida o extinción de una facultad procesal por el ejercicio de otra actividad, incompatible con la no escogida.

Como ejemplo típico de esta posibilidad de preclusión, podemos mencionar la situación incorporada en varios códigos de permitir promover las cuestiones de competencia por inhibitoria o por declinatoria. Se da una opción al litigante para que elija una u otra, pero una vez que se ha escogido una vía no puede recurrir a la otra". Otro caso de preclusión lo encontramos en el recurso de amparo: precluye la facultad de deducir el recurso de amparo en contra de una orden de detención o prisión cuando se hubieren interpuesto en contra de dichas órdenes, otros recursos legales. Una última situación es la que hace incompatible la citación de evicción con

la contestación de la demanda, según lo que establece el artículo 584 del Código de Procedimiento Civil.

d) Una facultad procesal precluye por haberse ejercido válidamente.

Esta perspectiva de la preclusión se relaciona con el principio de la consumación procesal.

En efecto, la facultad procesal se extingue con su práctica, se consume con su ejercicio. Así, si el Fiscal ha formulado la acusación no puede pretender, con el pretexto de que se ha omitido importantes alegaciones de sumo interés para su defensa, realizar una nueva acusación. Igual cosa sucede con la interposición del recurso de nulidad. Presentado el escrito respectivo, aunque aparezcan posteriormente nuevas causales de nulidad, no podrá modificarse porque precluyó la facultad procesal de interponer el recurso al haberse ya ejercido válidamente (artículo 379).

8.2. Aplicación de la preclusión en el proceso penal

Respecto de la etapa de investigación, podemos señalar que recibe plena aplicación la preclusión respecto de la fijación por la ley o el tribunal de un plazo máximo de duración a partir de su formalización en los términos señalados en el apartado pertinente.

Respecto de la preclusión con motivo del ejercicio de la facultad, la más importante dice relación con la acusación, dado que el Fiscal no puede modificar su acusación una vez que la haya formulado en relación con el hecho punible, encontrándose condicionada la acusación en cuanto a su procedencia, además a que previamente haya formalizado la investigación en relación con ese hecho (artículo 259 inciso final).

Respecto de la prueba, se regula expresamente la oportunidad para el ofrecimiento de ella por el Fiscal, el querellante y el acusado, a propósito de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral. Esta preclusión respecto del ofrecimiento de prueba para que pueda ser rendida en el juicio oral, se ve morigerada por lo previsto en el artículo 336, que permite al tribunal oral decretar la realización de pruebas que no se hayan solicitado oportunamente.[62]

---

[62] La ausencia de un orden consecutivo leal y la primacía del orden consecutivo discrecional, nos lleva a que en el sumario criminal no reciba aplicación prácticamente el principio de la preclusión, preferentemente por la falta de práctica de actuaciones dentro de plazos determinados. En general, la extinción de la facultad del tribunal para decretar de oficio diligencias en el Sumario Criminal en la práctica las determina el propio investigador, dado que corresponde al juez el determinar la oportunidad en que es procedente el cierre del sumario de conformidad a lo previsto en el artículo 401. En el sumario criminal nos encontramos en presencia de la preclusión, prácticamente, sólo en materia de recursos, los cuales precluyen si no son interpuestos dentro de los plazos fatales previstos en la ley; y además, con la preclusión por la realización de actos incompatibles como ocurre con la improcedencia de recurrir de amparo en contra del arraigo, detención o prisión ilegal si ella ha sido impugnada por otros recursos legales, conforme a lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

En el plenario, la preclusión encuentra su principal manifestación en cuanto a los plazos fatales que se establecen para el querellante para los efectos de adherirse o formular una acusación particular, y respecto de los actores civiles para presentar su demanda civil, debiéndose dentro de esos escritos ofre-

9. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PUBLICIDAD Y EL SECRETO

9.1. Concepto

El principio formativo del procedimiento de la publicidad es aquel que requiere que el procedimiento mismo quede abierto no sólo a las partes y sus consejeros legales, sino a cualquiera que desee asistir o examinar los antecedentes y observe la conducta adecuada, tenga o no interés en la causa.

El principio de la publicidad se encuentra contemplado, como base orgánica de los tribunales chilenos, en el artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales.

El principio formativo del secreto contrapuesto al de la publicidad se manifiesta, como su nombre lo indica, en la tramitación reservada del expediente judicial, tanto respecto de las partes como de terceros. Es una privación general de la posibilidad de conocimiento o secreto absoluto.

Entre ambos principios existe una zona intermedia, en que existe la posibilidad de conocer el contenido del expediente por las partes, y una privación del conocimiento de éste respecto de terceros. En estos casos se habla de secreto relativo o de ponerse mayor énfasis. Dado que en nuestro ordenamiento jurídico se elige prioritariamente la publicidad, preferimos hablar en estas situaciones de secreto relativo para resaltar en mejor forma esta situación excepcional.

9.2. APLICACIÓN GENERAL DE ESOS PRINCIPIOS EN NUESTROS PROCEDIMIENTOS

En nuestro Derecho, la regla general la constituye el principio de la publicidad, el que rige plenamente en todo procedimiento, salvo norma expresa en contrario (artículo 9º COT).

El artículo 182, titulado "Secreto de las actuaciones de investigación", establece como principio general el secreto relativo al señalarnos que las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

La regla general es que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copia de los registros y los documentos de la investigación fiscal y examinar los policiales, y excepcionalmente el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación, en cuyo caso deberá identificar las piezas o actuaciones

---

Continuación nota [62]

cer rendir prueba para que exista un periodo probatorio, establece el término de prueba para rendir las pruebas ofrecidas y las oportunidades que tienen las partes para presentar su lista de testigos. Además, obviamente existe la preclusión por la consumación, en cuanto a que si se ha ejercido la facultad no puede pretenderse volver a ejercerla nuevamente, y así, por ejemplo, el querellante que se adhirió a la acusación, no puede pretender con posterioridad formular una acusación particular. Finalmente, se da también la preclusión por el ejercicio de un acto incompatible, puesto que el acusado que contesta la acusación no puede con posterioridad hacer valer los artículos de previo y especial pronunciamiento.

respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

En todo caso, siempre tendrán el carácter de públicas para el imputado su declaración y cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, y los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.

3. APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN MATERIA PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

En el nuevo proceso penal, la regla es el secreto de la investigación respecto de terceros ajenos al procedimiento. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y demás personas que por cualquier motivo tuvieren conocimiento de ellas tienen la obligación de guardar secreto (artículo 182 incisos 1° y final).

Respecto del imputado y demás intervinientes, la regla general es la de la publicidad de las investigaciones que se realizan por parte del Ministerio Público.

Excepcionalmente, el fiscal puede disponer el secreto de la investigación respecto de determinadas actuaciones, registros o documentos por un plazo no superior a 40 días, pudiendo el imputado o cualquier interviniente solicitar al juez de garantía que le ponga término al secreto o lo limite en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él o a las personas a quien afectare.

El principio de la publicidad es absoluto, no pudiendo nunca el fiscal decretar su secreto, respecto de:

a) la declaración del imputado;

b) cualquiera otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir;

c) las actuaciones en que participare el tribunal, y

d) los informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o de su defensor (artículo 182 inciso penúltimo).

En el proceso penal la regla general es la publicidad del juicio oral, dentro del cual deben rendirse las pruebas.[63]

---

[63] En el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal se señala que: "Pero además de constituir una garantía, el juicio público y su realización por el método oral, constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no

Excepcionalmente, el tribunal del juicio oral puede disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia.

b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas.

c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

Los motivos por los cuales puede el tribunal de juicio oral adoptar una o más de esas medidas, por estimarlas necesarias, son las siguientes:

a) Proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio;

b) Para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley.

Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá (artículo 289).

En relación con la prueba pericial y testimonial, se expresamente que ellos no deberán encontrarse en la sala de audiencia durante el desarrollo del juicio oral y sólo son llamados cuando les corresponda prestar declaración (artículo 325 inciso 2°). Como medida de protección del testigo, se contempla la prohibición de divulgar su identidad o de antecedentes que condujeren a ella (artículo 307).

Continuación nota [63]

resultan comprensibles al conjunto de la comunidad. En el mismo sentido, el juicio público constituye un componente antiquísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente. En este mismo sentido, el establecimiento del juicio como núcleo del sistema busca resaltar la figura del juez como actor del sistema institucional". Por otra parte, se indica que "el enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico. También el juicio oral favorecerá la producción de este efecto que parece tan necesario en el tiempo actual". Sobre la materia se señala en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, y Justicia del Senado respecto de la aplicación de estos principios: Secreto y publicidad: El sistema acusatorio se basa en que, por regla muy general, las actuaciones y audiencias del tribunal son públicas. En cambio, en el inquisitivo, como ocurre en la etapa de sumario, las actuaciones son secretas. Si se tiene en cuenta que, tanto el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de San José de Costa Rica exigen que el proceso penal sea público, salvo calificadas excepciones, el juicio oral aparece estrechamente vinculado con la garantía de un racional y justo procedimiento que contempla nuestra Constitución Política. Además de constituir una garantía, este mecanismo tiene la virtud de que la administración de justicia cumpla con su función de resolver conflictos de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, aumentando su confianza en el sistema jurídico. El enjuiciamiento público permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal frente a los actos que la sociedad considera merecedores de reproche penal.

En la misma audiencia del juicio oral los miembros del tribunal oral deben dar a conocer su decisión (artículo 343), sin perjuicio de redactar la sentencia con posterioridad y dentro de los plazos previstos por el legislador (artículo 344).[64]

10. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE LA ORALIDAD, ESCRITURACIÒN Y PROTOCOLIZACIÒN

10.1. Concepto

El principio de oralidad es aquel que consiste en que la palabra es el medio de comunicación entre las partes y el tribunal.

Los procedimientos inspirados totalmente en el principio de oralidad se caracterizan porque tanto las alegaciones como las pruebas y conclusiones del proceso se verifican verbalmente.

---

[64] En el sumario criminal recibe aplicaciòn el secreto absoluto, puesto que por regla general de las diligencias que se realizan no pueden tomar conocimiento tanto las partes como los terceros, conforme el artìculo 78. Este secreto de las actuaciones del sumario se mantienen sòlo durante esta fase del procedimiento, pero terminada ella por la resolución que declara cerrado el sumario pueden tomar conocimiento de dichas actuaciones tanto las partes como los terceros.

Excepcionalmente, se ha establecido que este secreto respecto de terceros, pero sòlo en cuanto a la individualidad de la vìctima y respecto de determinados delitos, debe permanecer durante todo el curso del proceso e incluso una vez terminada por sentencia ejecutoriada la causa criminal (artìculo 78 inciso 2°).

La obligaciòn de secreto también rige respecto de las autoridades policiales (artìculo 74 bis b).

En relaciòn con los medios de comunicaciòn social, se contempla también la posibilidad de que el tribunal que lleva a cabo el proceso pueda prohibir que se brinden informaciones concernientes de determinados juicios que conozca.

Al efecto, prevé el artìculo 25 de la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad que "los tribunales podrán prohibir la divulgaciòn por cualquier medio de difusiòn de informaciones concernientes a determinados juicios de que conozcan. Los que infrinjan esta prohibiciòn serán sancionados con reclusiòn menor en sus grados mìnimo a medio y multa de uno a cuatro ingresos mìnimos.

"La prohibiciòn podrà decretarla el juez sòlo cuando la divulgación pueda entorpecer el èxito de la investigaciòn o atentar contra las buenas costumbres, la seguridad del Estado o el orden pùblico, y deberà ser publicada gratuitamente en uno o màs diarios, que el Juez determine, del lugar donde se sigue la causa o de la cabecera de la provincia o de la capital de Regiòn si allì no lo hay. La no publicación de la referida prohibiciòn dentro del plazo de cuarenta y ocho horas serà sancionada como delito de desacato con la pena de reclusión menor en su grado mìnimo.

"La resoluciòn que impone la prohibición será apelable en el solo efecto devolutivo. El recurso podrà interponerse por las partes o por cualquier periodista colegiado y el Tribunal de alzada conocerà de èl en cuenta".

El secreto de las diligencias que se llevan a cabo y que conforman el sumario criminal contemplan una serie de excepciones (artìculos 79, 80, 104, 224, 219).

En el Plenario Criminal recibe aplicaciòn el principio de la publicidad, puesto que todas las actuaciones del periodo de discusiòn, prueba y fallo revisten este caràcter de acuerdo con las normas generales, por regla general de las diligencias que se realizan no pueden tomar conocimiento tanto las partes como los terceros, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los artìculos 454, 78, inciso 2°.

La fragilidad de la memoria humana y la imposibilidad de resolver de manera definitiva en un solo acto la gran mayoría de los conflictos no permiten, normalmente, la existencia de procedimientos en que la oralidad sea total.

El principio de la escrituración es aquel que consiste en que la letra es el medio de comunicación entre las partes y el tribunal.

Este principio permite mayores facilidades para el conocimiento exacto del contenido de la causa por el tribunal superior, al ser impugnada la resolución de un inferior, por la existencia de un expediente escrito, pero impide el contacto directo entre el tribunal, las partes y algunos medios de prueba.

El principio de la protocolización es aquel en que las actuaciones se verifican en forma verbal, pero dejándose constancia escrita de ellos en el expediente, generalmente a través de actas autorizadas por un ministro de fe.

Este es el principio que tiene mayor aplicación práctica en materia probatoria, por cuanto la oralidad pura y la escrituración total no se dan por regla general en los procedimientos, y sobre todo en materia probatoria.

Sobre la aplicación de estos principios, debemos hacer presente, siguiendo lo señalado por el notable procesalista italiano Mauro Capeletti, que el prineipio de la oralidad debe ser consagrado en los procedimientos procesales, porque ella conduce a:

a) La abolición de todos los arcaicos residuos del sistema de la prueba legal. Como el juramento decisorio vinculante para el juez, el interrogatorio escrito y formal de las partes, la prohibición de testimonio de las partes y de los terceros interesados, las exclusiones, incapacidades y privilegios no justificados por razones de derecho sustancial, y correspondientemente la sustitución de tales residuos por un sistema de valoración de las pruebas dejado a la apreciación crítica del juez, y que se apoye sobre institutos probatorios simples y flexibles como la comparecencia personal de las partes antes el juez y el examen oral de los testigos en la audiencia, desarrollado de manera espontánea e informal y no vinculado a cuestiones o artículos preconstituidos por escritos;

b) La inmediación de las relaciones entre el órgano decisor (juez único o colegio) y los elementos de convicción: partes, testigos, peritos, lugares, cosas. Tal inmediación es, en efecto, la atmósfera necesaria para un sistema de libre admisión y de valoración "crítica" de las pruebas, lo que a su vez comporta;

c) La sustanciación oral de la causa en una audiencia única o en pocas audiencias próximas, al objeto de no perder, a causa de un proceso demasiado diluido en el tiempo, las ventajas de la inmediación de la relación entre el juez y los elementos de prueba. La audiencia debe entenderse, obviamente, no como pura y simple discusión oral, que versa ante todo sobre las cuestiones de derecho, o sea como oratoria forense, sino principalmente como asunción y discusión de las pruebas frente al órgano decisor. Esto no significa, sin embargo, que tal audiencia de sustanciación oral no pueda, y hasta no deba, ser cuidadosamente preparada, por ejemplo, mediante institutos como los *discovery devices* y con el intercambio de escritos, cuando no sean preferibles una o más audiencias orales de carácter preparatorio.

Como se ve, lo que podemos considerar, pues, como el valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, en torno a la idea de una discusión oral, y de una valoración crítica de los hechos de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural en un proceso estructurado en torno a una audiencia ("trial") pública y oral, y lo más concentrada posible, en la que las pruebas sean practicadas ante el órgano decisor entero. Bajo este aspecto, proceso oral, asume, por tanto, un doble significado: de proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología concreta y empírico-deductiva en la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas.[65]

En cuanto a la importancia de la oralidad para contemplar al proceso civil como un instrumento para el bienestar social, nos señala dicho autor: "En tal concepción "social" de la justicia, la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado, que sin intervenir nunca en la conducción el proceso, se limita a pronunciar la propia decisión al final del "duelo jurídico" entre las partes. El juez, por el contrario, asume en esta concepción un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente *técnica y formal* (controlando la observancia de las reglas de *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también *material.* En otras palabras, desde la fase preparatoria del procedimiento, él asume un cometido de carácter *activo* y *asistencial* respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga la razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia mayor fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del propio defensor. Se trata de un fenómeno de democratización del proceso civil, en base al cual "le tribunal est accessible aussi aux parties non instruites, voire illettrées", fenómeno particularmente importante allí donde, como, por ejemplo, Suecia o en los países socialistas y, en cuanto a ciertas causas también en muchos otros países, la asistencia de un abogado no es necesaria.

La importancia que en una semejante concepción social del proceso viene a asumir el contacto directo y personal, y por consiguiente "oral" del juez con las partes, no tiene necesidad de ilustración, así como no tienen necesidad, por otra parte, de ilustración los riesgos –de autoritarismos, de arbitrios, de abusos– conexos con una concepción semejante. Son demasiado conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez, y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La *sporting theory* (teoria deportiva) del derecho procesal, es un ejemplo moderno de lo mismo.

Lo que falta por decir es solamente que, para la realización de este aspecto "social" de oralidad procesal, lo que se requiere es ciertamente una "gran magistratura": un juez

[65] CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil.* Págs. 76 a 78. Ediciones Jurídicas Europa América. 1972.

honesto, socialmente sensible, diligente. Como siempre, el análisis de los problemas de la justicia conduce a la de los hombres que la administran. El juez austríaco, que ha asegurado el éxito del código de Klein, y el juez sueco, que ha llegado a resultados envidiables en la actuación de la reforma modernizadora del procedimiento en el mayor país escandinavo, son ciertamente alentadores.[66]

En cuanto al equilibrio que debiera existir dentro de un procedimiento en la aplicación del principio de la oralidad y escrituración, se ha señalado que la oralidad debe operar más profundamente respecto de las pruebas, dado que la escrituración respecto de la demanda y contestación de la demanda contribuye a la precisión, a la seriedad, y la puntualización de las peticiones que se formulan y a un mayor estudio y profundización de los argumentos jurídicos que la sustentan. Respecto de la aplicación de la oralidad en relación con las pruebas que conduce a la libre valoración o prueba racional, se ha señalado que ella debería regir respecto de los testimonios en un sentido amplio (declaraciones de las partes y terceros), pero no respecto de la prueba preconstituida (documental) en la que se justifica mantener respecto de ella el sistema de valoración legal, por razones de seguridad jurídica y porque mediante ellos los mismos sujetos de las relaciones sustanciales pueden prever cuál será el resultado de un eventual proceso y precaverse así contra la falta de certeza que se puede generar de la prueba rendida dentro de un proceso. "La prueba legal (preconstituida) tiene más bien el carácter de un fenómeno preprocesal (sustancial) que de un fenómeno propiamente procesal".[67]

Esta visión es compartida en nuestro país por importantes miembros del Poder Judicial, habiéndose señalado que "en los Códigos modernos, por ejemplo, en el modelo para Iberoamérica y en el nuevo Código Procesal Civil español, siempre los períodos de discusión y de los recursos procesales son escritos. Para la oralidad queda reservada la rendición de la prueba y los alegatos ante los tribunales. En el Código nuestro (CPP) algo de eso hay. La discusión es escrita al igual que los recursos. La producción de la prueba es oral, tanto en los testigos y la confesión. Lo que habría que hacer es, en vez de fijar plazos dentro del término probatorio para dichas pruebas, fijar audiencias determinadas para la producción de la prueba, comenzando por la confesional, los testigos y el acompañamiento de documentos (al igual que en materia laboral). Actualmente la cantidad de juicios no le permite al juez tomar la prueba personalmente. Si se estableciera un número de jueces suficiente podría lograrse que ello ocurra, lo que haría más transparente el procedimiento. En materia criminal así ocurre en el Nuevo Proceso Penal".[68]

---

[66] CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. Págs. 79 a 81. 1972.

[67] CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. Pág. 89. 1972.

[68] Entrevista a don Eleodoro ORTIZ. Ministro de la Excma. Corte Suprema en *La Semana Jurídica* Nº 56. Semana del 3 al 9 de diciembre de 2001. Págs. 8 y 9.

10.2. Aplicación general de estos principios en nuestro proceso penal

En el actual proceso penal prima en forma casi absoluta el principio de la oralidad.

Respecto de las audiencias que se realizan ante el juez de garantía con motivo de actuaciones relativas a la investigación y de preparación de juicio oral, rige el principio de la oralidad, debiendo dejarse constancia de lo actuado en ellas en la forma prevista en los artículos 40 y 41, respectivamente.

La regla general es que estas actuaciones realizadas ante el juez de garantía durante la investigación no tienen ningún valor probatorio y no pueden servir de base para la dictación de la sentencia definitiva que debe pronunciarse en el juicio oral conforme a lo previsto en los artículos 296 y 340 inciso 2°. Excepcionalmente, las declaraciones de prueba anticipada de testigos y peritos prestadas ante el juez de garantía pueden incorporarse por medio de su lectura al juicio oral, en los casos contemplados en el artículo 331 del CPP.

En relación con el juicio mismo, este principio es tan trascendente que incluso le otorga su denominación de "juicio oral"[69], disponiendo el artículo 291 que "la audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio.

El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes.

El acusado sordo o que no pudiere entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio.

Respecto de lo actuado en el juicio oral debe dejarse una constancia íntegra por algún medio que asegure fidelidad (artículo 41), pero ello no nos permite sostener que estemos en presencia del principio de la protocolización, en atención a que por la oralidad, inmediación y concentración que existe respecto de esa audiencia, resulta evidente que ese registro no se levanta para la solución del conflicto al término de la audiencia del juicio oral, sino que para contar con antecedentes necesarios en caso que se deduzcan recursos en contra de la sentencia que se pronuncie.

---

[69] Sobre la materia se señala en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, respecto de la aplicación de estos principios: "Oralidad y escrituración: El procedimiento acusatorio se basa en la oralidad, en tanto el inquisitivo se basa en la escrituración. La oralidad es una garantía frente al justiciable y frente a la sociedad, esto último porque la posibilidad de que todos puedan ver lo que sucede en un juicio representa uno de los controles sociales más efectivos. Lo fundamental del proceso oral es que la sentencia se base sobre los hechos demostrados en el juicio, lo que no obsta, desde luego, a que se registren las diferentes actuaciones".

Como manifestaciones del principio de la escrituración, nos encontramos con que la querella debe presentarse por escrito ante el juez de garantía cumpliendo con las menciones del artículo 113, la denuncia puede ser efectuada por escrito (artículo 174), la acusación del Fiscal que debe presentarse oportunamente antes de la audiencia de juicio oral debe ser escrita y contener las menciones del artículo 259, la acusación particular o adhesión a la acusación y la demanda civil debe ser escrita y contener las menciones de los artículos 60 y 261 y la sentencia definitiva debe ser escrita y contener las menciones del artículo 342.

Respecto de la prueba, los documentos son escritos, pero se incorporan mediante su lectura al juicio oral (artículo 331); los peritos deben emitir un informe escrito que debe contener las menciones del artículo 315, sin perjuicio que en el juicio oral ellos deben prestar declaración oralmente. Los testigos chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, rinden normalmente prueba anticipada, en forma voluntaria, por medio de informe escrito (artículo 301 inciso final). [70]

11. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN E INMEDIACIÓN

11.1. Concepto

El principio formativo de la inmediación es aquel en virtud del cual el tribunal tiene un contacto directo con las partes, el material mismo de la causa y la prueba rendida en ella, sin que intervenga agencia o intermediario alguno.

---

[70] En el sumario criminal prima el principio de la protocolización respecto de las diligencias que va realizando el tribunal, puesto que ellas se realizan en forma oral exigiéndose que de ellas se deje constancia en el expediente mediante el levantamiento de un acta. Así ocurre con la denuncia oral (artículo 90), la inspección del sitio del suceso (artículo 113), recogimiento de los instrumentos, armas u objeto que se hubieren utilizado para cometer el delito (artículo 114), las diligencias que realiza el tribunal (artículos 117, 118 y 199), el interrogatorio de los testigos (artículo 216), el interrogatorio del inculpado (artículos 324, 330 y 331), etc.

El principio de la escrituración recibe aplicación respecto de la querella criminal (artículo 94), el informe de peritos (artículo 237), los escritos que presentan las partes solicitando diligencias o interponiendo recursos, y las diversas resoluciones que debe pronunciar el tribunal.

El principio de la oralidad sólo recibe aplicación respecto de la relación y los alegatos que efectúan las partes ante los tribunales colegiados con motivo de los recursos de apelación que interpongan en la fase de sumario, fundamentalmente en contra de las resoluciones que deniegan la libertad provisional, el auto de procesamiento y la que decreta un sobreseimiento.

En el plenario, respecto de las fases de discusión y fallo prima en forma absoluta el principio de la escrituración, dado que la acusación de oficio, adhesión a la acusación o acusación particular, demanda civil, contestación a la acusación y contestación a la demanda civil, las resoluciones que dicta el tribunal a lo largo del proceso y en particular la sentencia definitiva, deben materializarse por escrito, debiendo darse cumplimiento a los requisitos específicos que en relación a cada uno de ellos establece el legislador.

Respecto de la prueba de testigos, absolución de posiciones, e inspección personal del tribunal prima el principio de la protocolización, puesto que ellas se realizan en forma oral, pero exigiéndose que de ellas se deje constancia en el expediente mediante el levantamiento de un acta. Así ocurre con la inspección del sitio del suceso (artículo 113), el interrogatorio de los testigos (artículo 216), el interrogatorio del inculpado (artículos 324, 330 y 331), etc.

El principio formativo de la mediación es aquel en virtud del cual el tribunal no tiene un contacto directo con las partes, con el material de la causa y prueba rendida en ella, sino que toma conocimiento y tiene contacto a través de un agente intermediario.

El principio de la inmediación se vincula con el principio de la oralidad, puesto que normalmente en los procedimientos verbales hay una vinculación directa del juez con las partes, el material de la causa y las pruebas aportadas por aquéllas.

En cambio, el principio de la mediación se vincula con el principio de la escrituración, tomando conocimiento el juez del material de la causa y de las pruebas sólo a través de un agente intermediario, sin contacto alguno –en la aplicación pura del principio– con las partes.

11.2. ASPECTOS GENERALES DE LA APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN NUESTROS PROCEDIMIENTOS

En el proceso penal vigente, debe regir en forma imperativa el principio de la inmediación, por cuanto se establece expresamente que la delegación de funciones en empleados subalternos para realizar actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez producirá la nulidad de las mismas (artículo 35), lo que se reitera respecto del juicio oral al indicarnos que "La audiencia del juicio oral se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces que integraren el tribunal y del fiscal" (artículo 284 inciso 1°).[71]

[71] En los procedimientos penales, la voluntad del legislador buscando la aplicación del principio de la inmediación es mucho más clara, puesto que la aplicación de la prueba se basa en el contacto directo del juez con ella (artículo 456 del Código de Procedimiento Penal). Es así como se señala en el Mensaje de este Código defendiendo el sistema del procedimiento escrito adoptado, que es preciso convenir "en que un juez honrado trabajará para no dejarse llevar por meras impresiones y en que nadie como él se halla en aptitud para formarse un juicio exacto acerca de la verdad de los hechos, ya que es él quien ha oído al ofendido, a los testigos y al reo y quien personalmente ha observado los lugares y objetos y efectos del delito. Se puede en rigor decir que substituye en cierto modo mediante su investigación personal, a los jueces que en otras partes juzgan por medio del juicio oral".

En el procedimiento penal, el legislador da aplicación al principio de la inmediación respecto de los diversos medios de prueba en los siguientes preceptos: Inspección personal (artículos 112, 474, 475, 476); Declaraciones del inculpado (artículos 318, 319, 320, 322 inciso 2°, 324 inciso 2°, 327, 328, 330 inciso 1°, 336, 489, 484, 516), prueba testimonial (artículo 217, 218, 219 inciso final, 468 inciso 1°, 470 inciso 1°, 465, 466 incisos 2° y 3°), Reconocimiento en rueda de presos (artículo 343); Careo (artículos 352, 354); Registro de libros y papeles (artículos 169, 172 inciso 2°); Apertura correspondencia (artículo 180 inciso 1°), etc.

La única manera de entender la existencia de disposiciones como los artículos 456 bis del Código de Procedimiento Penal y 428 Código de Procedimiento Civil, es concluir que el legislador quiso la aplicación del principio de la inmediación, puesto que si no ha habido contacto directo del tribunal con los medios de prueba, éste no se encontrará en posición de efectuar el análisis requerido para establecer la certeza y convicción que esos preceptos establecen respecto de los hechos.

En la práctica, dada la gran cantidad de causas que debe conocer cada tribunal no recibe aplicación el principio de la inmediación, sino que el de la mediación. Las diligencias de la prueba confesional y testimonial se realizan generalmente en el procedimiento civil ante el receptor, y en el procedimiento penal las diversas diligencias probatorias se llevan a cabo generalmente ante el actuario, salvo, en ciertas oportunidades, la primera declaración del inculpado –declaración indagatoria– o pruebas de testigos o confesión por los que algunos jueces manifiestan interés especial.

11.3. Aplicación de estos principios en matera probatoria el proceso penal

En el proceso penal, no cabe duda que respecto del juicio oral recibe plena aplicación el principio de la inmediación[72], dado que todo el debate, rendición de pruebas y resolución del conflicto debe realizarse oralmente dentro de la audiencia, en la cual se contempla como requisito de validez del juicio oral y de la sentencia que se dicte, la presencia ininterrumpida de los jueces que conforman el tribunal oral (artículo 284), lo que se ve reforzado por el principio general de nulidad que expresamente se contempla respecto de las actuaciones delegadas (artículo 35). La excepción en el juicio oral, en la que se aplica el principio de la mediación, está contemplada en el artículo 331, respecto de la lectura de declaraciones anteriores.

De acuerdo con ello, resulta evidente que todas las pruebas deben rendirse por las partes ante el tribunal de juicio oral dentro de la respectiva audiencia, y sólo esas pruebas son las que deberán ser ponderadas por el tribunal para fundamentar la convicción que fundadamente deben expresar en su sentencia (artículos 296, 340 y 342 letra c).

En cambio, respecto de las resoluciones que se dictan por el juez de garantía recibe aplicación el principio de la mediación, puesto que las diligencias que deben ser consideradas como fundamento de esas resoluciones son realizadas por el Ministerio Público, careciendo el órgano jurisdiccional de facultades para que se realicen ante él. Así, por ejemplo, los requisitos para decretar la prisión preventiva (artículo 140) u otras medidas cautelares personales (artículo 155), decretar una medida cautelar real (artículo 157), dictar una suspensión condicional del procedimiento (artículo 237), aprobar un acuerdo reparatorio (artículo 241), para pronunciar un sobreseimiento definitivo (artículo 250) o un sobreseimiento temporal (artículo 252), etc., debe pronunciarse conforme al mérito de los antecedentes de investigación que se hagan valer en las respectivas audiencias por el Fiscal y el Defensor, pero que son absolutamente desconocidos para el juez de garantía.

La excepción, en la cual se aplica plenamente el principio de la inmediación ante el juez de garantía, dice relación con la rendición de prueba anticipada, dado que ella debe regirse por las normas del juicio oral (artículos 191 y 280). La contraexcepción, en que se aplica nuevamente la mediación, dice relación con la rendición de prueba testimonial anticipada en el extranjero (artículo 192), dado que ella debe ser prestada

[72] Sobre la materia se señala en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, respecto de la aplicación de estos principios: "Inmediación y mediación: En el proceso acusatorio, es requisito de validez la presencia del tribunal durante toda la audiencia, en cambio no lo es en el proceso inquisitivo. La presencia permanente del tribunal, es esencial para la percepción de la veracidad de la prueba y adquirir el convencimiento necesario para condenar o absolver. Este principio guarda intima relación con los recursos que proceden en ambos sistemas: en el sistema inquisitivo habitualmente existe la doble instancia, en que el tribunal superior conoce el recurso por los antecedentes escritos que obran en el expediente; en cambio, el sistema acusatorio es normalmente de única instancia, habida consideración que el tribunal que conoce es colegiado y percibe directamente las actuaciones de las partes durante el juicio oral".

ante el cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que se hallare el testigo, según se determinare por razones de conveniencia por el juez de garantía.[73]

12. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA PROBIDAD O BUENA FE

12.1. Concepto

El principio de la probidad es aquel que establece que el proceso es una institución de buena fe, dentro del cual las partes deben actuar respetando la honorabilidad y lealtad que supone la labor forense, no permitiéndose que éste sea utilizado dolosamente por la o las partes, para lograr objetivos ilícitos.

12.2. Aspectos generales de la aplicación de este principio en nuestros procedimientos

El legislador se ha encargado de establecer dentro de nuestra legislación diversas disposiciones que recogen el principio de la probidad, que son comunes a toda clase de procedimientos.

A título meramente ejemplar, podemos señalar como disposiciones que dan aplicación al principio de la probidad en nuestro procedimiento, los siguientes:

a) Implicancias y recusaciones.

El legislador vela por la imparcialidad del tribunal que debe resolver un conflicto, estableciendo causales de implicancia y recusación y la forma como ellas deberán hacerse valer (artículos 194 a 205 Código Orgánico de Tribunales y 113 a 128 del Código de Procedimiento Civil).

b) Sanción al litigante temerario o doloso con la condena en costas.

El legislador quiere que el proceso sea utilizado siempre como un medio para dar solución a conflictos reales, y no se transforme en un instrumento dilatorio destinado a postergar la satisfacción de los derechos que poseen los miembros de la comunidad.

---

[73] De acuerdo con el texto del Código de Procedimiento Penal como de su propio Mensaje, se desprende claramente el propósito de que el juez tenga un contacto directo con los diversos medios de prueba, siendo uno de los elementos indispensables para que con posterioridad pueda llegar a ponderarla para adquirir la convicción necesaria para poder condenar a un sujeto, o llegar a absolverlo si no la ha llegado a adquirir con las pruebas que se han rendido en el proceso.

Este propósito señalado en el Mensaje se refleja positivamente en la regulación de los diversos medios de prueba en dicho Código, y es así como presupone este contacto directo del juez con los diversos medios de prueba (artículos 193, 240, 318, 318 bis, 319), sin perjuicio que en la práctica tal objetivo no se materializó, siendo habitual la delegación de las diligencias de interrogatorio del inculpado o de los testigos en los actuarios, lo que puede obedecer en muchas ocasiones al escaso número de tribunales del crimen existente en las ciudades de mayor población para que pudiera darse cabal cumplimiento a este principio básico de la inmediación para la apreciación adecuada de la prueba, llegándose así en el hecho a que rija prioritariamente en la práctica el principio de la mediación.

En el Plenario Criminal rige, respecto de la rendición de la prueba, lo mismo que se ha señalado respecto del Sumario Criminal, con la excepción que las partes pueden participar en las diligencias probatorias que se realizan.

Por ello, el legislador establece que aquel que pierde un juicio puede ser condenado al pago de las costas si no hubiere tenido motivo plausible para litigar (144 Código Procedimiento Civil) y debe serlo necesariamente cuando su intervención en el proceso no ha constituido más que una maniobra dilatoria o claramente infundada (artículos 147, 471, 787 Código de Procedimiento Civil y artículos 504 y 52 Código de Procedimiento Penal). Aún más, aquel litigante que goza del llamado privilegio de pobreza puede ser condenado en costas, pero solamente cuando se resuelva por el tribunal, fundadamente, en materia civil o del trabajo "que han obrado como litigantes temerarios o maliciosos" (artículo 600 Código Orgánico de Tribunales).

En el actual proceso penal, se establece que:

• Las costas serán de cargo del condenado.

• El querellante que abandonare la querella y la víctima que abandonare la acción civil soportará las costas causadas por ellas.

• Cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído definitivamente, será condenado en costas: a) el Ministerio Público, salvo que hubiere formulado la acusación en cumplimiento de la orden judicial a que se refiere el inciso segundo del artículo 462, y b) el querellante.

• El tribunal, por razones fundadas que expresará determinadamente, podrá eximir total o parcialmente del pago de las costas a quien debiere soportarlas, conforme a las letras a), b) y c) (artículos 47 y 48).

c) Impide que los incidentes se utilicen como instrumentos dilatorios en el procedimiento.

La parte que hubiere promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente consigne en la cuenta corriente la suma que el tribunal debe fijar de oficio en la resolución que deseche el segundo de los incidentes (artículo 88 Código Procedimiento Civil).

d) Posibilita la anulación de las sentencias definitivas o interlocutorias –esto es, la ley más allá de la cosa juzgada– que se hubieren obtenido con la utilización de medios fraudulentos mediante la interposición del "recurso de revisión".

El legislador establece ese recurso, que doctrinariamente es más bien una acción, con el fin de obtener de la Corte Suprema la invalidación de la sentencia definitiva o interlocutoria firme que se hubiere obtenido con la utilización de los medios fraudulentos que nuestra legislación establece en forma taxativa en los artículos 810 (Código de Procedimiento Civil), 657 (Código de Procedimiento Penal) y 473 CPP. Cabe recordar que los números 1° y 2° del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, se refieren concretamente a la prueba instrumental y a la testimonial.

12.3. Aplicación de estos principios en el proceso penal

Dentro del sistema procesal penal, sea éste el antiguo o el nuevo, se aplica el principio de la probidad, fundamentalmente, mediante la protección a las partes respecto de la debida imparcialidad del juzgador a través del mecanismo de las implicancias y

recusaciones, el que se ve reforzado en el nuevo proceso penal al impedir que integren el tribunal oral quienes hubieren intervenido con anterioridad como fiscal, defensor o como juez de garantía (artículo 195 inciso final del COT); con la exclusión de las pruebas ilícitas del proceso, el que tiene un tratamiento específico tanto en el antiguo como en el nuevo respecto de algunos medios de prueba (la tortura en la confesión, la intercepción de comunicaciones telefónicas), mediante la sanción con el delito de perjurio a los testigos que mientan dentro de un proceso penal, y con la condena en costas.

El Código Procesal Penal refuerza en mejor forma aún el principio de la probidad, por cuanto los jueces deben impedir de oficio las maniobras de carácter dilatorio dentro de las audiencias (artículo 292), deben excluirse por el juez de garantía en la audiencia preparatoria la rendición en el juicio oral de las pruebas impertinentes, dilatorias y toda prueba que hubiere sido obtenida con inobservacia de las garantías fundamentales (artículo 276) y, además, se establece como regla general la publicidad de la investigación y del juicio oral, lo que permite ejercer un mejor control respecto de todo lo que sucede en el proceso.

13. Principio formativo del procedimiento de la protección

13.1. Concepto

El principio formativo de la protección es aquel que puede sintetizarse en la máxima: "nulidad procesal sin perjuicio no opera".

Ello significa, en otras palabras, que la nulidad de un acto procesal debiera declararse por el tribunal únicamente si el vicio u omisión que la motiva produce un daño respecto de alguna de las partes.

La nulidad por la sola nulidad no interesa. Al contrario, los procedimientos inspirados en este principio contienen normas tendientes a asegurar la validez de los actos jurídicos procesales, mediante el respeto de las facultades y derechos de las partes.

13.2. Aspectos generales de la aplicación de este principio en nuestro procedimiento

En virtud del principio de la protección al legislador le interesa:

1. Velar por la validez de las actuaciones que se realizan en el curso del procedimiento; y

2. Proteger a la parte perjudicada, en el evento de no haberse cumplido los requisitos de validez de dichas actuaciones.

Las partes pueden hacer valer la nulidad procesal en el proceso, fundamentalmente, a través de las siguientes vías:

a) Incidentes de nulidad procesal

Los incisos 1° y 2° del artículo 84 del Código Procedimiento Civil, aplicables en el procedimiento penal en virtud del artículo 52 del CPP, facultan a las partes para

solicitar la nulidad procesal por vía incidental, en caso de haberse omitido el cumplimiento de requisitos de validez de las actuaciones realizadas durante el curso del procedimiento.

No se contemplaba norma expresa respecto de los incidentes a través de los cuales se haga valer la nulidad que estableciera como requisito de procedencia la existencia de un perjuicio para la parte que la alega. Sin embargo, a pesar de no existir dicha norma se entendía que el principio de la protección juzgaba respecto del incidente de nulidad procesal por ser éste un principio inminente en toda nuestra legislación. Así, por lo demás, lo habían ido reconociendo en forma paulatina nuestros tribunales superiores.

En la actualidad, de acuerdo al nuevo texto del inciso primero del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, establecido por la Ley N° 18.705, no cabe duda respecto a la consagración positiva de este principio, puesto que "la nulidad procesal podrá ser declarada de oficio o a petición de parte, en los casos en que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad".

"En doctrina, Mortara ha señalado que "la ley declara que un acto puede ser anulado en consideración a que el vicio de que adolece corrompe su substancia y le impide lograr su fin. Pero hay vicios que, debido a su escasa importancia, no alteran el ordenamiento jurídico ni perjudican a los litigantes. Tales incorrecciones no habilitan para provocar la nulidad de un acto, porque tal medida es de derecho estricto y de suyo delicada. De este modo, sólo serán valederos para obtener la nulidad de una actuación aquellos vicios u omisiones cuya importancia y gravedad impliquen el peligro de una injusticia al resolverse, en definitiva, el litigio".

De acuerdo a lo señalado por Julio E. Salas Vivaldi, corresponde a la jurisprudencia la misión de contener los frecuentes impulsos de los litigantes, siempre propensos a hallar motivo de nulidades, desechando todos aquellos que no conduzcan a errores o peligros graves en la administración de justicia y al ordenamiento jurídico. Los tribunales nacionales así lo han entendido y no han dado lugar, por ejemplo, a la petición de nulidad basada en no haberse asignado un número de orden al proceso, o debido a omisiones de algunas diligencias probatorias facultativas del tribunal, o en razón de haberse efectuado una subasta en una hora diversa a la señalada, etc.

Además, el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, constituye una clara aplicación del principio de la protección, al posibilitar al tribunal para adoptar de oficio todas las medidas que permitan asegurar la validez de las actuaciones que se realicen dentro del procedimiento.

En el nuevo proceso penal, el artículo 159 del CPP contempla expresamente este principio, al señalarnos que sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

Conforme a lo previsto en el artículo 160 del CPP, se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.

b) Recurso de casación en la forma

Es en este medio de hacer valer la nulidad procesal, aplicable tanto dentro del procedimiento civil, cuanto del penal regido por el proceso penal antiguo (artículos 768 Código de Procedimiento Civil y 535 Código Procedimiento Penal), donde el legislador contempló expresamente en forma primitiva el principio de la protección al señalar:

"No obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo (artículo 768 inciso penúltimo Código Procedimiento Civil).

Esta norma recoge plenamente el principio de protección, puesto que aun concurriendo una o más de las causales del recurso de casación en la forma hecha valer, el tribunal puede no acoger el recurso si el perjuicio no es subsanable únicamente por vía de nulidad, o si el vicio no influye en lo dispositivo del fallo.

c) Recurso de casación en el fondo

En el recurso de casación en el fondo se contempla claramente el principio de la protección, puesto que la nulidad del fallo podrá declararse cuando exista infracción de la ley y ésta haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 Código Procedimiento Civil).

Si en la sentencia se ha incurrido en infracción de ley, pero ésta no ha influido sustancialmente en lo dispositivo de éste, no procederá que se anule la sentencia a través de este medio de impugnación.

d) Recurso de revisión

En el recurso de revisión se aplica plenamente el principio de protección, puesto que las causales de procedencia que contempla la ley demuestran que ha existido por la concurrencia de ellas un claro perjuicio respecto de la parte recurrente, que hace necesaria la anulación del fallo (artículos 810 Código de Procedimiento Civil, 657 Código de Procedimiento Penal y 473 CPP).

e) Recurso de nulidad

En el recurso de nulidad, que se contempla en el actual sistema procesal penal en lugar del recurso de casación en la forma y en el fondo, se señala expresamente que no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso (artículo 375 CPP).

13.3. Aplicación de estos principios en el proceso penal

Tanto respecto del antiguo como respecto del nuevo proceso penal, nuestro legislador ha regulado la nulidad para los efectos de obtener que ella sea declarada durante el

curso del proceso respecto de todo medio de prueba que se hubiere rendido violando las normas sustanciales o procedimentales en su rendición (artículos 159 a 165 del CPP). Las vías para obtener la declaración de nulidad en el proceso penal regido por el CPP, son el incidente de nulidad, el recurso de nulidad y la acción de revisión, habiéndose eliminado los recursos de casación en la forma y en el fondo.

14. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA ECONOMÍA PROCESAL

14.1. Concepto

El principio de la economía procesal persigue obtener el máximo resultado en la aplicación de la ley para la resolución de un conflicto dentro del procedimiento, con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional.

La aplicación de este principio se traduce, entre otros, en los siguientes aspectos:

a) Adopción de procedimientos adecuados, según la naturaleza del conflicto, para alcanzar la solución de éste con la mayor rapidez y el mínimo desgaste de la jurisdicción.

Este aspecto de la economía procesal es conocido en doctrina como principio de la concentración, cuando el procedimiento elegido reserva para la sentencia definitiva la decisión de todas las cuestiones promovidas, incluso los incidentes.

b) El planteamiento de todas las cuestiones inherentes a la posición jurídica del demandante o del demandado en una sola oportunidad.

c) El cumplimiento de las resoluciones judiciales, pese a la interposición de recursos en su contra.

El establecimiento de una oportunidad determinada para la rendición de la prueba.

Debemos dejar en claro que este principio de la economía procesal no debe confundirse con el otro principio formativo del procedimiento, denominado de la economía.

El principio de la economía es aquel que señala que el proceso no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes debatidos, que son el fin. El gasto envuelto en el asunto no puede ser superior al monto de los intereses en juego.

Algunas de las aplicaciones del principio de la economía son:

i) Limitación de las pruebas onerosas.

ii) Reducción de recursos y limitación del número de instancias.

iii) Reducción de los costos.

De lo expuesto, se desprende que el criterio diferenciador entre ambos principios formativos radica en que la economía procesal mira al aspecto jurisdiccional y la economía, fundamentalmente, al problema pecuniario, aunque tenga connotaciones procesales.

14.2. Aspectos generales de la economía procesal en nuestros procedimientos

Dentro de nuestros procedimientos reciben plena aplicación los diversos aspectos del principio de la economía procesal.

a) Los Códigos de Procedimiento Civil y CPP establecen una serie de procedimientos que, en cuanto a su latitud, guardan estricta relación con la mayor o menor significación de las pretensiones que en él hacen valer las partes y la rapidez que se requiere para que la satisfacción de ellas sea eficaz.

Así, por ejemplo, para la resolución de un asunto civil, se podrá aplicar el procedimiento ordinario civil de mayor cuantía, menor cuantía o mínima cuantía, según el monto de lo disputado (artículos 253, 698 y 703 del Código de Procedimiento Civil) o el juicio sumario (artículo 680 Código de Procedimiento Civil).

En materia penal, constituyen una clara manifestación del principio de la economía procesal la existencia de los procedimientos abreviados, simplificados y monitorios. Por otra parte, son también manifestación de la economía procesal el archivo provisional (artículo 167), la facultad del fiscal de no iniciar la investigación (artículo 168 CPP), el principio de oportunidad (artículo 170), la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 y Sgtes.) y los acuerdos reparatorios (artículos 241 y Sgtes).

Finalmente, se establecen una serie de procedimientos especiales para la tramitación de diversos asuntos en atención a la naturaleza de ellos, tanto en los referidos Códigos como en la legislación especial.

b) El planteamiento de todas las cuestiones inherentes a la posición jurídica del demandante o del demandado en una sola oportunidad se contempla en casi todos nuestros procedimientos.

Así, por ejemplo, el demandado debe deducir todas sus excepciones dilatorias en el juicio ordinario civil conjuntamente en un mismo escrito y dentro del término de emplazamiento (artículo 305 Código de Procedimiento Civil); el ejecutado debe oponer todas las excepciones dilatorias y perentorias en el juicio ejecutivo en forma conjunta en un mismo escrito y dentro del término de emplazamiento especial señalado por la ley (artículo 465 Código de Procedimiento Civil); el demandado debe, en el juicio sumario, hacer valer en el comparendo los incidentes y la defensa sobre la cuestión principal (artículo 690 Código de Procedimiento Civil), etc.

En materia penal, el acusado debe formular todas las excepciones de previo y especial pronunciamiento y los argumentos de la defensa hasta el inicio de la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 263).

El cumplimiento de las resoluciones judiciales, pese a la interposición de recursos en su contra, se contempla expresamente en el recurso de apelación otorgado en el solo efecto devolutivo (artículo 192 Código de Procedimiento Civil) y, por regla general, en los recursos de casación en la forma y en el fondo (artículo 774 Código de Procedimiento Civil; y en el llamado recurso de revisión (artículo 814 Código de Procedimiento Civil).

En materia penal, ello no es posible porque la pena puede cumplirse sólo una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

14.3. Aplicación de estos principios en el proceso penal

En el nuevo procedimiento penal, recibe aplicación el principio de la economía procesal en la fase de investigación al acotarse el plazo máximo de duración de ella a 2 años (artículo 247).

Por otra parte, en la audiencia de preparación de juicio oral y en el juicio oral mismo, recibe aplicación el principio de la economía procesal, dado que todas las materias relativas a cada una de esas fases del procedimiento deben ser tratados idealmente o, a lo menos, en audiencias sucesivas (artículos 282 y 283).[74-75]

15. PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE LA ADQUISICIÓN PROCESAL

15.1. Concepto

El proceso no es más que una serie o conjunto de actos que se van realizando por las partes y el tribunal en forma progresiva, con el fin de arribar a una decisión que resuelva el conflicto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional.

Los actos que las partes van realizando durante el curso del procedimiento se han relacionando entre sí e integrándose los unos con los otros para configurar el proceso.

Los actos que realicen las partes no son actos aislados que van a producir sólo los efectos que su ejecutante desea, sino que pueden producir consecuencias jurídicas más allá de los deseados por su autor.

Lo normal es que prime la eficacia respecto del acto que realiza la parte. La eficacia significa que los actos jurídicos procesales no pueden tornarse en perjuicio de la parte que promueve el proceso, si esa parte tiene la razón al promoverlo.

Pero, dado que el proceso es un conjunto de actos procesales que se conectan y relacionan ente si, los actos se vacían al proceso, independizándose de su ejecutante, naciendo de él beneficios y perjuicios sin distinguirse en quién, en definitiva, se radican esos beneficios o perjuicios. El principio de la adquisición procesal importa que los actos jurídicos procesales no sólo van en beneficio del que los ejecuta perjudicando a la contraparte, sino que también ese adversario pueda obtener ventajas de dicho acto.

Así, por ejemplo, si al contestar la demanda pongo énfasis en mi defensa, puedo al relatar los hechos, reconocer la existencia de circunstancias fácticas que me perjudican, las que se estimarán como confesión judicial espontánea o expresa.

---

[74] Sobre la materia se señala en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, respecto de la aplicación de este principio: Concentración y dispersión: La concentración, que aplica el sistema acusatorio, se refiere a que todas las pruebas y alegaciones que conducen a la sentencia se producen en una audiencia. En cambio, la dispersión, propia del inquisitivo, implica que estas actuaciones se pueden dilatar en el tiempo, y no hay relación de continuidad necesaria entre ellas.

[75] En el antiguo proceso penal, no existe una especial preocupación por el principio de la economía procesal, fundamentalmente durante la fase de investigación, la cual puede dilatarse enormemente en su duración, dado que el énfasis de esta clase de procedimientos se encuentra en alcanzar la verdad. En el Plenario Criminal, si bien existen plazos para la presentación de los escritos del periodo de discusión y un término probatorio para rendir la prueba, claramente debemos señalar que como estructura no recibe aplicación el principio de la concentración dentro del procedimiento.

15.2. Aplicación de estos principios en el proceso penal

En el proceso penal, recibe plena aplicación el principio de la adquisición procesal, dado que el juez debe adquirir su convicción, valorando conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba rendida durante el curso del juicio oral, sin importar la parte que hubiere originado la prueba en el proceso (artículos 296, 297, 340 y 342).[76]

Los principios de la prueba legal y racional se analizarán en el apartado pertinente y separado, atendida su especial trascendencia en el proceso penal, considerando el grado de convicción que debe adquirirse para destruir la presunción de inocencia y poder privar de su libertad u otros derechos al acusado.

VI. El objeto de la prueba

1. Concepto de objeto de la prueba y de los hechos

"El tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta 'qué se prueba, qué cosas deben ser probadas'".[77]

El objeto de la prueba es aquello sobre lo cual ha de verificarse la demostración en el proceso.

La doctrina que podemos considerar clásica refería el objeto de la prueba a los hechos.

De acuerdo a lo señalado por Rosenberg, debemos entender por *hechos* los acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.[78]

De acuerdo a lo señalado por Devis Echandia, en un sentido jurídico debemos entender por hechos:

a) Las conductas humanas, dentro de la cual puede comprenderse todo acto humano individual o colectivo, esto es, no sólo los simples hechos jurídicos ejecutados sin voluntad de producir efecto jurídico que la ley les señala, sino también los actos jurídicos en que el efecto es resultado de la voluntad de producirlo, incluyéndose los llamados hechos ilícitos, y los sucesos o acontecimientos históricos en que interviene el hombre, en su inmensa variedad.[79]

---

[76] En el antiguo procedimiento penal, recibe plena aplicación el principio de la adquisición procesal, dado que el tribunal para condenar debe adquirir la convicción basado en todas las pruebas que se hayan rendido en el proceso conforme a lo previsto en el artículo 456 bis, sin importar la parte que hubiere rendido la prueba respectiva en el proceso.

[77] Couture, Eduardo. Ob. cit. Pág. 219. 12ª edición. 1981.

[78] Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Tomo II. Pág. 210. Buenos Aires. Editorial Ejea. 1955.

[79] Devis Echandia, Hernando. *Teoría General de la Prueba.* Tomo I. Pág. 160. 1988. Zavalia Editor.

b) Hechos de la naturaleza, como son los constitutivos de fuerza mayor, como un alud, una inundación, un rayo, un temblor, etc.

c) Cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material, como son las cosas u objetos materiales generados por la conducta humana o hechos de la naturaleza y las huellas o alteraciones de la realidad material provocadas por ellas.

Entre las cosas naturales incluimos los animales, las alteraciones de la realidad material puede ser igualmente obra de éstos.[80]

d) La persona humana, como ocurre en el proceso civil cuando se presenta la necesidad de probar su existencia, condiciones físicas o mentales, su educación, sus aptitudes y limitaciones, sus cualidades morales.

e) Estados o hechos psíquicos o internos del hombre, los cuales no se tratan de hechos materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva.

Otros han sostenido que el objeto de la prueba no son los hechos, sino que las afirmaciones que las partes efectúan en el proceso respecto de los hechos.

Carnelutti "fue el primero que refirió el objeto de la prueba no a los hechos, sino a las afirmaciones de las partes en relación con los hechos, observando que las afirmaciones no se conocen pero se comprueban, mientras que los hechos no se comprueban, sino que se conocen. A partir de este autor se inició una larga y prolija discusión doctrinal, que no ha tenido todavía fin, y en la que son normales posturas intermedias.

"Por nuestra parte creemos que las dos posturas son correctas si se refieren a aspectos distintos. Si por objeto de la prueba se entiende, en abstracto y sin atender a un proceso concreto, lo que puede ser probado, es decir, todo lo que puede ser establecido por una norma material como supuesto fáctico de una consecuencia, ese objeto han de ser en principio, hechos, entendidos éstos en el sentido general antes señalado. Por el contrario, cuando lo que se pregunta es ¿qué debe probarse? Y esa pregunta se refiere a un proceso concreto, esto es, cuando en realidad se atiende al tema de prueba, la respuesta tiene que ser que las afirmaciones de las partes relativas a los hechos".[81]

El objeto de la prueba en los procesos atiende a lo que en general puede probarse dentro de cualquiera de ellos y éstos son los hechos que integran una norma jurídica, debiendo además dilucidar si el derecho debe ser objeto de prueba. El tema o la necesidad de prueba se refiere a lo que respecto de un proceso concreto debe probarse, no siendo ello más que los hechos que las partes han afirmado como integrantes de la pretensión y excepción que han hecho valer en un determinado proceso.

2. EL DERECHO COMO OBJETO DE LA PRUEBA

Como regla general, podemos señalar que el derecho no es objeto de la prueba, puesto que el conocimiento de la norma jurídica se encuentra amparada por la ficción

[80] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo I. Pág. 162. 1988.

[81] MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pág. 39. Editorial Civitas. 1996.

que establece la ley (artículo 7° del Código Civil), y cuya aplicación es obligatoria para el tribunal (artículo 14 del Código Civil).

Al respecto, debemos recordar que en relación con la norma jurídica hay que partir del principio que el juzgador tiene el deber de conocerla, sin que importe realmente cómo logró obtener ese conocimiento. Al servicio del *iura novit curia* está la exigencia general del juez técnico, esto es, con conocimiento demostrado del derecho objetivo y toda la labor que puede realizarse para el perfeccionamiento de su formación jurídica. Con todo, desde el punto de vista del proceso concreto, no importa cómo logra el juez ese conocimiento.

1°. Aunque generalmente las normas procesales exigen que la demanda contenga fundamentos de derecho, los mismos no sólo no integran el objeto del proceso, sino que ni siquiera vinculan al juzgador a la hora de estimar o desestimar la pretensión. Y lo mismo cabe decir de los fundamentos de derecho de la contestación de la demanda. El juzgador podrá estimar o desestimar la pretensión con base en normas jurídicas no aducidas por las partes.

2°. El juzgador no puede dar por existente una norma aducida por las dos partes si esa norma realmente no existe, ni puede dejar de tomar en cuenta una norma existente aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no, independientemente de que las partes las aduzcan, y la conformidad entre éstas no puede crear aquéllas, lo que en proceso penal requiere especial relevancia atendido el principio de la tipicidad.

3°. El ordenamiento jurídico presupone que el juzgador conoce el derecho objetivo, pero admite que en casos excepcionales no puede imponer ese deber a todos los jueces, como ocurre, por ejemplo, con la costumbre o con el derecho extranjero, y entonces acude a la necesidad de que las partes prueben su contenido.

De conformidad con lo anterior, es posible sostener como regla general que no es necesario probar el derecho, por cuanto éste se encuentra incorporado al acervo cultural de la comunidad, en virtud de la ficción establecida por el legislador y particularmente del juez, para quien es obligatorio darle aplicación para la solución del conflicto.

3. LAS CARGAS QUE LAS PARTES DEBEN ASUMIR EN EL PROCESO EN RELACIÓN CON LOS HECHOS

Cuando las partes recurren al tribunal es para obtener la solución de un conflicto que no puede ser resuelto a través de la autotutela y respecto del cual la ley prohíbe o no se ha logrado su solución mediante la autocomposición. Cuando se recurre a la jurisdicción para la resolución de un conflicto dentro del debido proceso, sea éste civil o penal, lo que se está requiriendo del tribunal es que aplique la ley abstracta y general a un caso determinado.

Hay que partir de la base que para la resolución de los conflictos el tribunal debe examinar tanto las cuestiones de hecho como las de derecho. Lo normal es que el conflicto se produzca por la discrepancia que existe entre las partes acerca de los hechos

que lo configuran. Sin embargo, excepcionalmente, existen casos en que los conflictos se originan por discrepancia de las partes acerca del derecho que debe aplicarse a una situación fáctica en la cual las partes se encuentran de acuerdo.

Cuando nos encontremos frente a conflictos que se refieren a cuestiones de mero derecho, no será necesario rendir prueba. Nos encontraremos ante dicha situación en los siguientes casos:

1°. Cuando las partes han consentido en la forma como se han expuesto los hechos en los escritos de demanda y de contestación a la demanda. En caso de que exista una aceptación de las partes acerca de los hechos, éstos no tendrán el carácter de controvertidos y, por lo tanto, no será necesario rendir prueba en el proceso.

En materia civil ello se reconoce expresamente en el artículo 313 del CPC que se refiere al allanamiento a la demanda: "Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica" (inciso 1°).

En este caso, concluido el período de discusión, se omite el llamado a conciliación obligatorio, el término probatorio y el consiguiente período de observaciones a la prueba, debiendo citarse a las partes a oír sentencia.

Sin embargo, existen casos en los cuales, a pesar de que las partes acepten llanamente los hechos expuestos, siempre será necesario rendir prueba y éstos son todos aquellos en los cuales se repudia el proceso convencional por existir un interés público comprometido.

En el proceso penal, no obstante regirse por el sistema probatorio de la sana crítica (artículo 297 CPP), se establece expresamente una regla legal sobre la materia, al señalarse que "no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración" (artículo 340 inciso final).

Este principio no sufre alteración en el caso de procedimiento abreviado, en el cual se bien es cierto no se va a rendir una prueba, para determinar la procedencia de su aplicación deben considerarse por el tribunal los antecedentes de la investigación, no pudiendo en caso alguno consistir ellos en la sola declaración del acusado (artículo 409).

Igualmente pensamos que tratándose del procedimiento monitorio, no basta la sola declaración del imputado para su aplicación, dado que el requerimiento del Fiscal para su aplicación respecto de las faltas que se solicita sean sancionadas sólo con pena de multa, éste debe revestir el carácter de fundado, debiendo ellos consistir en la exposición de antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación (artículo 392 en relación con la letra d) del artículo 391).

2°. Aquella circunstancia en que sólo se solicita la aplicación de la ley a un caso determinado. Esta situación se ha presentado en el Derecho nacional fundamentalmente en procesos que versan sobre materia provisional.

Sin embargo, estas dos situaciones en que el proceso se integra de puntos de mero derecho son excepcionales. Lo normal es que los conflictos sean sobre cuestiones de hecho o que versen tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho.

La importancia de la prueba radica en la circunstancia de que a través de ella se van a acreditar los hechos que integran el conflicto y sobre esos hechos el tribunal deberá aplicar la ley o la norma que lo resuelva.

En consecuencia, todas las disposiciones legales relacionadas con la resolución del conflicto están integradas por hechos que van a establecer la aplicación de la ley en uno u otro sentido, o, en su defecto, provocarán la aplicación de los principios de equidad.

Los hechos en el proceso se encuentran presentes desde su inicio hasta su fin, y siempre y a lo largo de todo el proceso uno de los aspectos que integrará el conflicto serán las cuestiones de hecho que lo configuran.

Las dos cargas que deben asumir las partes en relación con los hechos en el proceso son:

i) La de la afirmación.

ii) La de la prueba para los efectos de acreditar los hechos que configuran el conflicto.

Pasemos a continuación al análisis breve de dichas cargas.

i) La primera carga que tienen las partes en relación con los hechos es la de la afirmación.

El demandante debe señalar los hechos que configuran su pretensión, y es así como el artículo 254, Nº 4 del CPC establece, como uno de los requisitos de la demanda, "la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya".

Por su parte, el demandado tiene la carga de afirmar los hechos que configuran sus excepciones, y es así como el artículo 309, Nº 3 del CPC establece que la contestación a la demanda debe contener "las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan".

La falta de la exposición clara de los hechos por parte del demandante configura un vicio que impide que el proceso siga adelante. La forma en que el demandado debe reclamar de ese vicio es mediante la oposición de la excepción dilatoria" de ineptitud del libelo" (artículo 303, Nº 4 del CPC).

Esta exposición de los hechos que se aprecia claramente en el período de discusión, también lo encontramos en la etapa de fallo, puesto que el tribunal necesariamente para la solución del conflicto lo primero que debe realizar es fijar los hechos y sólo con posterioridad le será posible determinar las normas jurídicas, y a falta de éstas, las normas de equidad que aplicará le darán una solución al conflicto.

Tanto el artículo 170 del CPC como el Auto Acordado de 1920 sobre la forma de la sentencia, establecen que las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda, que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de primera instancia, deben contener "las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia".

En el proceso penal, de carácter predominantemente acusatorio, atendido el principio de igualdad de armas y contradicción, y considerando el papel pasivo que juega el tribunal respecto de la determinación de los hechos, siempre se requiere que exista una afirmación de los hechos por parte del fiscal para los efectos de poder iniciar un proceso mediante la formalización de la investigación y la adopción de medidas cautelares ante el juez de garantía, sin perjuicio de la carga ineludible de exponerlos claramente en la acusación y acreditarlos dentro del juicio oral que se debe llevar a cabo ante el tribunal oral.

En la etapa de investigación, el imputado tiene siempre derecho a que se le informe de manera específica y clara los hechos que se le imputan (artículos 93 letra a) y 94 letra a) del CPP).

Los fiscales deben ceñirse en su investigación al principio de objetividad, esto es, deben investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que les eximan de ella, la extingan o la atenúen (artículos 3° Ley Orgánica Ministerio Público y 77 del CPP).

En los casos en que interviene un sujeto activo como querellante durante la investigación mediante la presentación de una querella ante el juez de garantía, se exige por el legislador la exposición clara de los hechos que configuran el delito y la persona que ha tenido participación en él.

El artículo 113 del CPP se encarga de establecer los requisitos de toda querella criminal, expresando en sus letras c) y d) lo siguiente en cuanto a su contenido respecto de los hechos y la participación:

"3° El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare estas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones, siempre se podrá deducir querella para que se proceda a la investigación del delito y al castigo de el o de los culpables;

"4° La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren; ...".

En otras palabras, el querellante debe consignar en su querella la individualización del inculpado o querellado y la relación precisa de los hechos que configuran el delito que motiva el ejercicio de la "acción" penal.

El artículo 173 del CPP establece que "denuncia un delito la persona que pone en conocimiento de la justicia o de sus agentes, el hecho que lo constituye y, por lo regular, el nombre del delincuente o los datos que lo identifiquen, no con el objeto de figurar como parte en el juicio, sino con el de informar al tribunal a fin de que proceda a la instrucción del respectivo proceso".

La investigación pasa a tener una existencia legal, para los efectos de interrumpir la prescripción de la acción penal, a partir de la formalización de ella por parte del fiscal ante el juez de garantía, la que requiere la comunicación de ella al imputado en presencia del juez de garantía respecto de uno o más delitos determinados (artículos 229 y 233).

Las medidas cautelares personales que el tribunal puede disponer, a solicitud del fiscal durante el curso de la investigación, parten del supuesto que se encuentren acreditados determinados hechos, aunque en un grado menor que el de certeza.

La principal medida cautelar como es la prisión preventiva, y las otras medidas cautelares que menciona el artículo 155 del CPP, que pueden solicitarse a partir de la formalización de la investigación conforme a lo previsto en el artículo 142, requieren para ser decretadas por el juez de garantía que se encuentre acreditado el "delito" que se investigare, que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor y que existan antecedentes que permitieren al tribunal considerar la prisión preventiva como indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido (artículo 140).

Agotadas las diligencias para los efectos de acreditar el delito y la participación por el Fiscal dentro del plazo máximo que fije el juez de garantía, el que no puede ser superior a dos años desde la formalización de ella, debe el fiscal declarar cerrada la investigación y adoptar una de las siguientes tres actitudes:

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación (artículo 248 CPP).

La acusación sólo puede ser dirigida por el Ministerio Público en contra de quien se hubiere formalizado la investigación y en ella debe precisar claramente los hechos sobre los cuales ha de versar el juicio oral o procedimiento abreviado posterior. Al efecto, se establece por el artículo 259 las menciones claras y precisas que ésta debe contener. Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

El querellante puede adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente, y en este último caso podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación (artículo 261 CPP).

Presentada la acusación por el Fiscal se debe realizar la audiencia de preparación del juicio oral, la que tiene por objeto que el juez de garantía resuelva acerca de las excepciones de previo y especial pronunciamiento que puede hacer valer el acusado, corrija los vicios formales del procedimiento, determine los hechos que se dieren por acreditados mediante las convenciones probatorias de las partes, excluya para la rendición del juicio oral las pruebas impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios y las que se hubieren declarado nulas o que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías legales, y admita la rendición de las demás pruebas que han de rendirse en el juicio oral que hubieren sido ofrecidas por las partes.

En el juicio oral, el presidente de la sala del tribunal oral señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de apertura del juicio oral, advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que oirá y dispondrá que los peritos y los testigos hagan abandono de la sala de la audiencia. Seguidamente, concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto (artículo 325).

Realizadas esas exposiciones, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°.

Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa.

Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos (artículo 326).

Luego, dentro del juicio oral se procede a rendir las pruebas por las partes, y concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto.

Seguidamente, se otorgará al fiscal y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes.

Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate (artículo 338).

Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones.

En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, el tribunal podrá postergar su resolución para el momento de la determinación de la pena en la sentencia, debiendo indicarlo así a las partes (artículo 343).

La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella (artículo 341).

ii) En segundo lugar, las partes en el proceso deben sobrellevar la carga de la prueba para los efectos de acreditar los hechos que configuran el conflicto.

En el proceso civil, los hechos sobre los cuales deben despegar su actividad probatoria en virtud del principio de aportación de parte, son los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que se determinan en la resolución que recibe la causa a prueba, una vez examinados por el juez las diversas afirmaciones fácticas efectuadas por las partes en los escritos del período de discusión (artículo 318 del CPC).

En el proceso penal, la investigación que dirige el fiscal en forma objetiva no tiene ningún valor probatorio dentro del juicio oral (artículos 296 y 340 inciso 2° CPP), a menos que se den las convenciones probatorias entre las partes previstas para ser celebradas en la audiencia de preparación del juicio oral o nos encontremos ante una rendición de prueba anticipada ante el juez de garantía (artículos 275 y 280).

En el juicio oral rige en plenitud el principio de presentación por las partes, puesto que la prueba se va a rendir sólo cuando las partes la hayan ofrecido oportunamente y de la cual se dejará constancia en el auto de apertura del juicio oral que pronuncia el juez de garantía (artículos 277, 281 inciso final y 325 inciso 1° CPP), salvo la excepción prevista en el artículo 336 del CPP, sin que se considere dentro del juicio la existencia de las medidas para mejor resolver.

El artículo 295 establece cuál es el objeto de la prueba dentro del juicio oral, no siendo otros que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento", debiendo considerarse impertinente, en general, toda prueba que no verse sobre los hechos contenidos en la acusación, que sean necesarios para la defensa del acusado o para ponderar la eficacia de las pruebas que se hubieren rendido dentro del juicio oral (artículo 276 CPP).[82]

[82] En el antiguo proceso penal, en el Sumario Criminal el tribunal debe, en virtud del principio de investigación judicial, acreditar los hechos que constituyen su objeto (el hecho punible, la participación,

4. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS CUALES DEBE RENDIRSE PRUEBA EN UN PROCESO. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En general, se ha señalado que "en un sentido amplio, objeto del procedimiento penal es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas. En cambio, el término técnico objeto del proceso tiene un significado más restringido. Se refiere únicamente al hecho descrito en la acusación de la(s) persona(s) acusada(s), esto es, sólo al objeto del procedimiento judicial. Esta determinación es una consecuencia del principio acusatorio: si la investigación judicial depende de la interposición de una acción, ella debe estar relacionada temáticamente con la acusación. Por el contrario, dentro de los límites del objeto procesal, el tribunal está obligado a esclarecer por completo el hecho, tanto en su aspecto fáctico como jurídico.[83]

Mientras en el procedimiento civil dominado por el principio dispositivo, sólo necesitan ser probados los hechos discutidos; en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados.

Entre los hechos que necesitan ser probados se puede diferenciar a aquellos hechos directamente importantes, a los indicios y a los hechos que ayudan a la prueba.

1. Entre *los hechos directamente importantes* se cuentan todas las circunstancias que fundamentan por sí mismas la punibilidad (el testigo Z ha observado al campesino W cazando furtivamente) o la excluyen (el testigo vio que A, que dio muerte a B, fue agredido por él).

2. *Los indicios* son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante; así, por ejemplo, el hecho de que el sospechoso del asesinato

---

Continuación nota [82]

asegurar la persona del delincuente y las responsabilidades conexas al delito), lo que debe hacer basado en el principio de la probidad o imparcialidad, al tener que investigar con igual celo no sólo los hechos que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino que también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen (artículo 109 de dicho Código).

En la etapa o fase de plenario, se vuelve al principio que rige en materia civil; aplicándose el principio de presentación por las partes y no el de la investigación del tribunal. Es decir, la prueba se va a rendir sólo cuando las partes la hayan ofrecido en sus escritos de adhesión a la acusación o acusación particular y contestación a la acusación.

Se refieren a los hechos en el Plenario criminal los artículos 451 y 465 del Código de Procedimiento Penal.

En resumen: en materia civil y en el plenario criminal la prueba se rinde para demostrar los hechos, no existiendo una actividad de investigación de ellos por parte del tribunal, salvo en el caso de las medidas para mejor resolver.

En cambio, en el sumario criminal existe una investigación judicial de los hechos y la actividad probatoria de las partes sólo coadyuva a la actividad que realiza el juez.

[83] ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Pág. 159. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25ª edición alemana. 2000.

inmediatamente después del homicidio de X lo amenazó de muerte o después del hecho quitó manchas de sangre de su pantalón).

3. *Hechos que ayudan a la prueba* son hechos que permiten extraer una conclusión de la calidad de un medio de prueba, por ejemplo, la veracidad o memoria de un testigo.[84]

En el actual proceso penal, la investigación que dirige el fiscal en forma objetiva no tiene ningún valor probatorio dentro del juicio oral, como hemos señalado reiteradamente (artículos 296 y 340 inciso 2°), a menos que se den las convenciones probatorias entre las partes previstas para ser celebradas en la audiencia de preparación del juicio oral o nos encontremos ante una rendición de prueba anticipada ante el juez de garantía (artículos 275 y 280). Debemos hacer presente que el juez de garantía no puede decretar ninguna diligencia y su papel se encuentra limitado a velar por el respeto de los derechos de los intervinientes en el proceso penal. El objetivo de las diligencias de investigación que dirige el fiscal, y que realiza fundamentalmente a través de la policía, no será otro que recopilar objetivamente los antecedentes que le permitan formalizar la investigación, solicitar medidas cautelares personales y formular la acusación si dichos elementos lo ameritaren.

En el juicio oral, rige en plenitud el principio de presentación por las partes, puesto que la prueba se va a rendir sólo cuando las partes la hayan ofrecido oportunamente y de la cual se dejará constancia en el auto de apertura del juicio oral que pronuncia el juez de garantía (artículos 277, 281 inciso final y 325 inciso 1°), salvo la excepción prevista en el artículo 336, sin que se considere dentro del juicio la existencia de las medidas para mejor resolver.

El artículo 295 establece cuál es el objeto de la prueba dentro del juicio oral, no siendo otros que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento", debiendo considerarse pertinente, en general, toda prueba que verse sobre los hechos contenidos en la acusación, que sean necesarios para la defensa del acusado o para ponderar la eficacia de las pruebas que se hubieren rendido dentro del juicio oral (artículo 276).[85]

---

[84] ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Págs. 186 y 187. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25ª edición alemana. 2000.

[85] En la etapa de Sumario del antiguo procedimiento penal prima el principio inquisitivo y de la investigación judicial, en virtud de ellos es el juez quien debe investigar todos los hechos necesarios para el cumplimiento de los objetivos del sumario.

Los hechos respecto de los cuales el tribunal deberá realizar la investigación lo determinan los objetivos que persigue el sumario y que se encuentran establecidos en el artículo 76 de dicho Código, esto es, "los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella, y las circunstancias que permitan influir en su calificación y penalidad".

En la etapa o fase de plenario, se vuelve al principio que rige en materia civil; aplicándose el principio de presentación por las partes y no el de la investigación del tribunal. Es decir, la prueba se va a rendir sólo cuando las partes la hayan ofrecido en sus escritos de adhesión a la acusación o acusación particular y contestación a la acusación.

El artículo 451 establece cuándo corresponde rendir prueba en el plenario.

5. LOS HECHOS QUE NO REQUIEREN DE PRUEBA PARA SER ESTABLECIDOS EN EL PROCESO

Sin embargo, no todos los hechos requieren ser probados en el proceso. En la legislación y la doctrina se han contemplado una serie de hechos que, por distintas razones, no necesitan ser probados en el proceso y son, fundamentalmente:

- Los hechos consentidos por las partes (la prueba no debe recaer sobre los hechos que no sean controvertidos);
- Los hechos evidentes;
- Los hechos notorios;
- Los hechos presumidos, y
- Los hechos negativos.

De acuerdo con ello, para que los hechos requieran de prueba deben ser substanciales, pertinentes y controvertidos, no encontrarse amparados por una presunción, ni revestir el carácter de evidentes o de notorios.

A. LOS HECHOS CONSENTIDOS, ADMITIDOS O NO CONTROVERTIDOS POR LAS PARTES

En el proceso penal, formalizada la investigación, es posible concebir la existencia de salidas alternativas que deben contar con la anuencia del imputado, las que pueden conducir a la suspensión del procedimiento (suspensión condicional del procedimiento) (artículos 237 y siguientes del CPP) o el término del procedimiento penal a través de los acuerdos reparatorios (artículos 241 y siguientes), los que deben ser decretados o aprobados por el juez de garantía.

Los hechos sobre los cuales debe sustentarse una sentencia condenatoria deben ser acreditados dentro de un juicio oral y público (artículos 2°, 296 y 340 inciso 2°), sin que por regla general revistan valor probatorio alguno las actuaciones que se hubieren realizado durante la investigación.

Sin perjuicio de ello, es posible arribar a la dictación de una sentencia condenatoria a través de un procedimiento distinto al juicio oral y sin que se rinda prueba en el proceso, a través del procedimiento abreviado (artículo 406 inciso 2°) y del procedimiento monitorio (artículo 392), debiendo contarse en el primer caso con la anuencia expresa del imputado, y en el segundo caso, con la anuencia tácita del imputado (artículo 392 incisos penúltimo y último).

Finalmente, es posible que durante la audiencia de preparación del juicio oral las partes den por establecidos determinados hechos a través de la celebración de las denominadas convenciones probatorias, conforme a lo establecido en el artículo 275.

Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.[86]

[86] En nuestro antiguo proceso penal, que se encuentra claramente inspirado en el principio inquisitivo, no cabe jamás aceptar el allanamiento ni la admisión expresa de los hechos como un medio de exclusión de la

B. LOS HECHOS EVIDENTES

Esta clase de hechos se vincula con el progreso de la ciencia en el momento histórico en que se produce el hecho.

El hecho evidente es aquel vinculado al progreso científico y que no requiere ser probado por estar incorporado al acervo cultural del juez.

Estos hechos aparecen como indesmentibles en atención a la existencia de los conocimientos científicos generalmente entendidos.

Así, por ejemplo, "a nadie se le exigiría probar, por ejemplo, el hecho de que hayan llegado primero ante sus sentidos los efectos de la luz que los efectos del sonido, que la luz del día favorece la visión de las cosas y la oscuridad la dificulta, etc. En esos casos, la mentalidad del juez suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del magistrado.

"En este punto, vuelve la teoría de la prueba a tomar importante contacto con la génesis lógica de la sentencia. La exención de prueba de los hechos evidentes, no constituye sino un aspecto del problema más vasto del saber privado del juez como integrante de su decisión.

"En nuestro derecho, las disposiciones relativas a las presunciones judiciales, confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado, consagran la posibilidad de que éste supla la falta de prueba de las partes, con su normal conocimiento de las cosas y su experiencia de la vida. Si de la prueba producida surge que un automóvil corría a 150 km por hora, no es necesario probar que no pudo ser detenido por su propia acción mecánica en un espacio de dos metros. La experiencia, el común conocimiento en el estado actual de información que poseemos, nos enseña que tal cosa es imposible. La evidencia, prueba prima facie hace innecesaria otra demostración.

La doctrina del saber privado del juez, de aquello que él conoce por ciencia propia, admite, al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas máximas de la experiencia. Estas son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie.

Tanto para la prueba prima facie como para las máximas de la experiencia, no rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* (Lo que no resulta de las actuaciones,

---

Continuación nota [86]

investigación respecto de los hechos relativos tanto al delito como a la participación. En efecto, la confesión no es un medio de prueba que permita acreditar el delito (artículos 110 y 481 del Código de Procedimiento Penal) y acredita la participación sólo cuando se encuentre acreditado el delito por otros medios y ella concuerde con las circunstancias y accidentes de él (artículos 111 y 481 N° 4 del mismo Código).

Sin embargo, en el Plenario Criminal que se inspira en el principio dispositivo, la rendición de prueba sólo tendrá lugar si las partes la ofrecen en sus escritos de acusación o contestación a la acusación (artículo 451 del mismo).

es como si no estuviese en el mundo) no es aplicable para esos hechos que no podrán negarse sin negar la evidencia".[87]

De acuerdo con lo anterior, la regla que ha de regir respecto de los hechos evidentes es que ellos no han de requerir de prueba, por entenderse que ellos se encuentran incorporados a la cultura del juez como miembro de la comunidad que forma parte en un momento determinado.

Sin embargo, la doctrina ha aceptado que la regla de exclusión de prueba respecto del hecho evidente no constituye una regla rígida y no debe ser tomada en términos absolutos como para impedir la rendición de prueba respecto de éste, cuando lo que se desea es la destrucción de éste mediante la rendición de una prueba en su contra.

"Los hechos tenidos como evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen.

"Una máxima de experiencia habría hecho innecesario para un juez romano del tiempo de Augusto, la prueba de que una misma persona pudo haber estado presente el mismo día en Atenas y en Roma; hoy habría que admitir una cosa distinta. La máxima de experiencia apoyada en la velocidad del automóvil, en el ejemplo más arriba propuesto, habría rechazado de que un vehículo de esa índole llegara a correr a 150 kilómetros por hora; la imposibilidad de detenerse en un espacio de dos metros admisible en el momento actual, podrá no serlo dentro de algunos años.

"Del desmoronamiento de las máximas de experiencia y de hechos evidentes está hecho el progreso científico y técnico. Una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica".[88]

En virtud de las máximas de la experiencia puede llegarse a establecer un hecho, atendida la conducta asumida por un imputado respecto de los hechos. En este sentido, se ha señalado que "la falta de prueba científica que precise el grado del alcohol en la sangre del acusado momentos después de efectuada la conducción y producida la colisión, por una causa absolutamente imputable a él mismo, cual es que se retiró del hospital donde se le tomaría la muestra para el examen de alcoholemia de rigor, en caso alguno puede obrar en su beneficio, más aún cuando dicha prueba pudiera comprobar en forma categórica la versión de los hechos que expuso, como cualquier conductor lo sabe".[89]

En el nuevo proceso penal se contempla expresamente la factibilidad para el juez de determinar el valor de la prueba no sólo utilizando estos conocimientos científicos, sino que estableciendo claramente el impedimento de que pueda contradecirlos en su fallo. Al efecto, establece el artículo 297 del CPP en su inciso primero que "*los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los princi-*

---

[87] COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Págs. 229 y 230. 3ª edición. 1985.

[88] COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Pág. 230. 3ª edición. 1985.

[89] Tribunal Oral de Antofagasta. 27.2.2005. *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 53 y Sgtes. Febrero 2005.

pios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".

C. HECHOS NOTORIOS

Se entiende por hechos notorios aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión.[90]

La afirmación de que los hechos notorios no necesitan ser probados proviene del aforismo acuñado por el Derecho Canónico de "Notoria non agent probatione" (lo notorio no requiere de prueba).

De la definición entregada por Calamandrei respecto del hecho notorio, podemos desprender que se requiere, para que nos encontremos frente a éste, la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Se trata de un hecho, de una circunstancia de facto;
2. El acontecimiento de ese hecho forma parte del acervo cultural de una comunidad o de una parte de ella, y
3. Que las características que configuran el hecho notorio deben concurrir al momento de producirse la decisión.

Conforme a sus elementos, pueden también entenderse la concurrencia de ciertas características del hecho notorio.

Calamandrei señala que hubo un tiempo en que al hecho notorio se le miraba con desconfianza, ya que en el derecho intermedio se usaba mucho condenar abusivamente a sujetos inocentes al probarse su culpabilidad: *"per famam et vocem publicam".*

Para Calamandrei los hechos notorios no deben ser probados por estar incorporados al acervo cultural de una comunidad. La definición del hecho notorio debe buscarse antes y fuera del proceso.

Dentro del proceso civil existe el principio de que según lo alegado y probado por las partes el juez debe fallar y según los conocimientos de éste ("secundum alligata et probata partinum debet judex judicare, non secundum suan consceintiam"). El juez no puede dar por acreditados hechos sobre la base de sus conocimientos, ya que en ese caso actuaría como un testigo, los cuales siempre recuerdan parceladamente los hechos y siempre tienden a ser parciales. Por tanto, el juez carecería de la suficiente imparcialidad para decidir el asunto. El juez no puede basarse en sus propios conocimientos ya que sería esa una declaración que nadie, dentro del proceso, podría calificar. "El juez agudo crítico del testimonio ajeno, no conseguiría ser el crítico eficaz del testimonio propio: sobre la exactitud de sus propias observaciones, sobre la solidez de

[90] CALAMANDREI, Piero. *La definición del hecho notorio. Estudios sobre el proceso civil.* Pág. 206. Editorial Bibliográfica Argentina. 1961.

su memoria no existiría duda; ante las divergencias con otros testimonios, terminaría siempre por darse la razón a sí mismo".[91]

Para Calamandrei, la regla o principio según el cual el juez no puede utilizar en juicio su información privada encierra prohibiciones: "La primera prohíbe al juez ampliar por su iniciativa el campo de la litis más allá de los hechos que las partes hayan deducido en el proceso, la segunda le prohíbe servirse, para establecer la certeza de los hechos alegados por las partes, de medios diversos de las pruebas recogidas en el proceso".[92]

De acuerdo con ello: 1° Existe una prohibición de ampliar las peticiones que las partes hubieran formulado en el proceso, y 2° Existe una prohibición de allegar más pruebas que las rendidas por las partes. En caso contrario, el juez pasa a ser un testigo, posición procesal que es incompatible con la posición de juzgador.

"Si la prohibición de la utilización en el proceso de la ciencia privada del juez tiene su fundamental razón de ser en la incompatibilidad psicológica entre el oficio del juez y el del testigo, la regla *'notoria non agent probatione'*, que constituye una excepción a esta prohibición, debe encontrar su justificación en lo siguiente: en que cuando el juez utiliza, sin necesidad de pruebas, su ciencia extrajudicial en torno a la notoriedad de un hecho, no incurre en los peligros de parcialidad y de escaso sentido crítico en los cuales podría incurrir al querer utilizar en juicio sus informaciones privadas sobre los hechos no notorios".[93]

Para Calamandrei, el hecho notorio debe ser definido a través de caracteres tales, de los cuales resulte que el juez lo puede utilizar sin dar lugar a la incompatibilidad antedicha.

Sin embargo, Calamandrei termina por afirmar que en el hecho notorio el juez no va a actuar como testigo, sino que como perito: "...si una de las diferencias fundamentales entre testigo y perito se sitúa en el carácter de fungibilidad, que falta al primero y en cambio es propia del segundo, quien es llamado al juicio para dar aclaraciones sobre la notoriedad de un hecho asume oficio de perito y no de testigo porque tiene, frente al conocimiento del hecho notorio, el carácter de fungibilidad, que el testigo, llamado a deponer sobre el resultado de su personal percepción, no puede tener nunca".

"La prohibición al juez de utilizar en juicio su ciencia privada se basa, como se ha visto, en la incompatibilidad psicológica entre la función de juez y la de testigo.

Pero si el referir en juicio sobre hechos notorios es función de perito y no de testigo, no hay que temer que cuando el juez utiliza la propia ciencia privada sobre estos hechos, venga con ello a acumular a su función de juez la de testigo, incompatible con ella; la utilización de la ciencia privada del juez en el campo de los hechos notorios puede llevar solamente a una acumulación entre función de juez y función de perito,

---

[91] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 194. 1961.

[92] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 192. 1961.

[93] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 195. 1961.

que es normal en la mayor parte de los juicios y que no da lugar a incompatibilidad de ninguna clase".[94]

En segundo lugar, la notoriedad es un concepto esencialmente relativo.

"No existen hechos notorios a todos los hombres sin limitación de tiempo y espacio. Se puede hablar de hechos notorios solamente en relación con un determinado círculo social: los habitantes de una ciudad, los que ejercen una profesión, los pertenecientes a una secta, y así sucesivamente. Pero el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación con el número más o menos grande de los componentes de la categoría social dentro de la cual el hecho es notorio. El paso de un cometa imperceptible a simple vista, que es conocido en Italia solamente por unas pocas decenas de astrónomos, no es menos notorio que la fecha de la cesación de la guerra ítalo-austríaca, que es conocida de millones de italianos; lo que cuenta, para determinar la notoriedad, no es la multitud de los que conozcan el hecho, sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo del que es patrimonio común".[95]

A su vez, la notoriedad de un hecho dentro de un determinado círculo social no significa conocimiento efectivo del mismo de todos los componentes de ese círculo, sino que su pertenencia al patrimonio de nociones del cual todos los componentes del círculo saben que pueden obtener cuando sea necesario, en la seguridad de encontrar registradas en él las verdades consideradas como indiscutibles.

No es el conocimiento efectivo lo que produce la notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio de hombre perteneciente a un cierto círculo social y por esto dotado de una cierta cultura.[96]

"No es posible que yo recuerde perfectamente todas las nociones que considero como verdades constatadas y como patrimonio intelectual definitivamente incorporado a mi cultura: probablemente yo no sabría decir de repente en qué año murió el pontífice Gregorio VII, ni enumerar de memoria los puertos de Nueva Guinea; pero a pesar de ello yo considero estas nociones como pertenecientes a mi cultura, esto es, como notorias al círculo social que pertenezco; y si no las recuerdo sé que están registradas, como datos indiscutibles, en los manuales de historia y geografía, a los cuales puedo acudir cuando quiera".[97]

Consecuencia de lo anterior, es intrascendente el mayor o menor número de personas que tengan conocimiento del hecho notorio, ya que este hecho se incorpora al acervo cultural de ese círculo donde se encuentra pacífica y desinteresadamente aceptado. Para su demostración ha de irse a las fuentes de la cultura donde se encuentran registrados.

---

[94] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 211. 1961.

[95] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Págs. 204 y 205. 1961.

[96] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 206. 1961.

[97] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 205. 1961.

Por otra parte, el conocimiento o la posibilidad de conocimiento del hecho notorio no deriva de una directa relación individual en que el mismo se encuentre o se haya encontrado con estos hechos en el momento en que se produjeron, sino solamente de su pertenencia al círculo en que el conocimiento de estos hechos son notorios.

Puede ocurrir que alguno de los pertenecientes al círculo social conozca el hecho por haberlo observado directamente; pero esta observación individual no añade nada a la certeza del hecho aceptado ya en el patrimonio cultural de todo el grupo: que el 4 de noviembre de 1918 cesaron las hostilidades entre Italia y Austria, es hecho de cuya verdad quienes no participaron en la guerra están tan convencidos como quienes tuvieron la ventura de asistir personalmente como combatientes a la victoria italiana. Por esto se dice que, en relación con el conocimiento de los hechos notorios, todos los partícipes del grupo son fungibles entre sí: puesto que el conocimiento de estos hechos se presume en ellos normalmente adquirido, independientemente de toda observación directa que ellos hayan hecho sobre los mismos, pueden, por la sola cualidad de pertenecientes al grupo, contribuir indistintamente a atestar aquel conocimiento.[98]

Finalmente, un hecho es notorio cuando se encuentra incorporado a la cultura de un determinado círculo social y por tanto no requiere ser probado.

"Parece necesario, todavía aclarar con relación al concepto de notoriedad, que el principio de que lo notorio no necesita pruebas no es aplicable en aquellos casos en los cuales la exige la notoriedad como elemento determinante del derecho ocurre con la posesión notoria del estado civil; la suficiencia notoria, la notoria mala conducta; la incapacidad notoria, a las leyes aluden reiteradamente. Si se fueran a aplicar irreflexivamente las ideas que se acaban de exponer, se debería llegar a la conclusión de que el hijo que disfruta de posesión notoria necesita producir prueba de ese extremo. Esta petición de principio sería absurda, porque lo notorio es, en tal caso, el propio hecho controvertido, y la condición necesaria para la existencia del derecho. Es, entonces, objeto de prueba, por cuanto lo que se discute es, justamente, su existencia o inexistencia".

De acuerdo a lo anteriormente expuesto respecto del hecho notorio, es que se ha señalado por Couture que:

i) El concepto de notorio no puede ser tomado como concepto de generalidad.

Un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos. En ese sentido, se comprende que sea notorio el hecho, por ejemplo, que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido por todos, pues no lo es de las personas que viven fuera de centros de información. Sin embargo, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que el hecho no sea notorio.

ii) El hecho notorio no equivale a un conocimiento de carácter absoluto, sino que relativo.

[98] CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. Pág. 206. 1961.

Así es notorio el nombre de los afluentes del Río de la Plata, aunque quien deba responder no se encuentre en el acto en condiciones de repetir sus nombres de memoria, pues bastará para recordarlos acudir a una sencilla información.

iii) El concepto de notorio no quiere decir conocimiento efectivo, es decir, conocimiento real.

Nadie duda de la ocupación de París por los ejércitos alemanes en 1940 y su ulterior liberación, aunque no se tenga un conocimiento real o efectivo derivado de la contemplación de ese hecho. En ese sentido, pues, notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre; una especie de estado de seguridad intelectual con el hombre que reputa adquirida una noción.

iv) Lo notorio no puede interpretarse en el sentido de abarcar el conocimiento de todos los hombres de un mismo país o de un mismo lugar.

Así, por ejemplo, dentro de un mismo país, un hecho podrá ser notorio para unos hombres y no lo será para otros. Las ferias ganaderas o agrícolas, son notorias para los hombres del campo y desconocidas para los hombres de la ciudad; ciertos actos culturales o artísticos lo son para éstos y no para aquellos.[99]

c.1) Justificación para el reconocimiento del hecho notorio

Como nos señala Couture, el concepto de notoriedad procura dos altos fines de política procesal:

a) Por una parte, un ahorro de esfuerzos al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias.

En este sentido significa un homenaje al principio de economía procesal y de economía.

b) Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho, en "ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe".

Un caso típico de infracción a estos propósitos es el famoso ejemplo del tribunal inglés que, en la ejecución de una letra de cambio datada en Hamburgo, la admitió en juicio como datada en la parroquia de Santa María de Le Bow, en Londres. "Porque dice el tribunal, si bien es exacto que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado que así sea".[100-101]

---

[99] Couture, Eduardo J. Ob. cit. Págs. 233 y 234. 3ª edición. 1985.

[100] Couture, Eduardo J. Ob. cit. Págs. 234 y 235. 3ª edición. 1985.

[101] "Por último advertimos que la exención de prueba del hecho notorio, no excluye la carga de afirmarlo. Como expresa Calamandrei, no existe al lado de la máxima *iura novit curia*, que establece el deber del juez de conocer y aplicar de oficio las normas jurídicas, una máxima paralela *notoria novit curia*, que consagre el deber (ni siquiera la facultad agregamos) del juez de conocer de oficio los hechos notorios y de tenerlos en cuenta aun sin que las partes los afirmen". La jurisprudencia (argentina) ha considerado, entre otros, los siguientes hechos como notorios: las variaciones en la política económica; la situación de iliquidez por la que atraviesan en un momento dado las entidades bancarias; la división

c.2.) El hecho notorio a la luz de nuestro proceso penal

En el actual proceso penal no tiene aplicación el concepto de notoriedad, por cuanto el tribunal de garantía jamás puede iniciar una investigación criminal, sea de oficio o a requerimiento de parte al ser una atribución exclusiva del Ministerio Público; y por otra parte, la designación de Ministro en visita en los casos de alarma pública no es aplicable a las causas regidas por el nuevo sistema procesal penal, limitándose esa posibilidad de designación sólo a las causas que son conocidas por la justicia militar.

Sin embargo, dentro del juicio oral sí recibe aplicación el concepto de hecho notorio, dado que en la audiencia de preparación del juicio oral deben excluirse como hechos objeto de prueba por el juez de garantía dentro del juicio oral a los que revisten el carácter de notorios. Al efecto dispone el inciso 1° del artículo 276 que "*el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios*".[102]

Continuación nota [101]

del tiempo en meses y días que contiene el calendario; la depreciación monetaria; la revalorización de los créditos; el aumento del costo de la vida; el tipo de cambio de las divisas extranjeras; que los garajes no tienen cerradas sus puertas durante la noche.

[102] Dentro del Código de Procedimiento Penal la notoriedad tiene dos aspectos en que este concepto tiene relación:

a) En primer lugar en relación con el inicio de la investigación conforme a lo que establece el artículo 105 del Código, ya que el tribunal se encuentra facultado para iniciar de oficio el proceso penal, "sin esperar denuncia, ni querella alguna, deberá el juez competente instruir sumario de oficio, siempre que, por conocimiento personal, por avisos confidenciales, por notoriedad o por cualquier otro medio, llegare a su noticia la perpetración de un crimen o simple delito de los que producen acción pública".

La voz "notoriedad"que aparece en el mencionado artículo 105 no se encuentra empleada en el alcance de hecho notorio que le da Calamandrei, sino que tan sólo al conocimiento público de los hechos por parte de la sociedad según algunos.

En este caso no nos encontramos ante un hecho notorio, puesto que para que un hecho sea notorio en sentido propio no basta que el mismo sea conocido por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo o lugar en que se produce la decisión. En este caso, no es posible concebir que se dé el carácter de hecho notorio al conocimiento de la comisión de un delito para comenzar a instruir un proceso, puesto que el hecho notorio implica que puede ser utilizado por el juez sin control y sin crítica, porque el control y la crítica se han llevado a cabo fuera del proceso. Por otra parte, el juez no puede ser considerado un testigo respecto de ese hecho y menos pretender que con ello está utilizando su conocimiento privado para emitir un juzgamiento por cuanto ello le está prohibido, y que por lo demás le resta toda parcialidad como se puede apreciar de las causales de implicancia y recusación contempladas en los N°s. 8 del artículo 195 y 9 y 10 del artículo 196 del Código Orgánico de Tribunales.

b) Alarma pública: La alarma pública es actualmente un concepto que sólo se considera por nuestro legislador para los efectos de la designación de un ministro en visita, conforme lo previsto en el artículo 560 N° 2 del COT.

Con anterioridad, el concepto de alarma pública era considerado para los efectos de la libertad provisional, puesto que no podía ella otorgarse al sujeto procesado por un hecho que hubiere causado alarma pública.

Dentro del proceso penal, el carácter de notorio de un hecho debería quedar determinado en cuanto a su existencia en la resolución que pronuncia el juez de garantía, excluyendo la rendición de pruebas presentadas por las partes para acreditar un hecho notorio dentro del juicio oral conforme a lo previsto en el inciso 1° del artículo 276.[103]

D. HECHOS PRESUMIDOS

Las presunciones pueden estar contempladas por la propia ley en el caso de las presunciones legales o es el propio tribunal el que deduce, en el caso de las presunciones judiciales.

En toda presunción es posible distinguir los siguientes elementos:

1. El hecho o circunstancia conocida, lo que constituye la base o premisa de la presunción. Este hecho siempre deberá encontrarse probado en el proceso, puesto que sobre él es que se construye por la ley o el juez el hecho presumido.

2. El elemento lógico o actividad racional, que se realiza a partir del hecho conocido para unirlo con el hecho desconocido.

Continuación nota [102]

La Jurisprudencia ha definido la alarma pública como "el temor o inquietud que, por la noticia de un delito, suelen concebir generalmente todos los individuos de la sociedad de sufrir el mismo peligro del que acaban de ver un ejemplo".

El concepto de alarma pública, si bien tiene semejanzas con el concepto de hecho notorio, se diferencia de él en lo siguiente:

1. El concepto de alarma pública no es considerado dentro de la prueba, cosa que sí ocurre tratándose del hecho notorio. La alarma pública es tomada en cuenta por el legislador sólo a fin de designar a un ministro en visita para facilitar la investigación de ciertos y determinados delitos.

2. El hecho notorio no es objeto de la prueba. En cambio, será necesario probar la alarma pública que un hecho cause cuando se solicite la designación de un ministro en visita si ella no aparece acreditada en los antecedentes del proceso.

Sin embargo, no sólo existen diferencias entre el hecho notorio y el concepto de alarma pública, sino que también entre ellas existen similitudes:

a) Tanto el hecho notorio como el concepto de alarma pública hacen jugar el convencimiento social de los antecedentes fácticos que configuran uno y otro concepto.

En el hecho notorio existe una aceptación de ese hecho por parte de un grupo social o de una comunidad siendo incorporado al acervo cultural de la sociedad. En la alarma pública existe un temor social frente a un determinado hecho.

b) Se asemejan en la posibilidad que tienen los tribunales para actuar de oficio.

En el hecho notorio el juez puede dar por probado un hecho porque forma parte de su acervo cultural y no reviste el carácter de controvertido. En la alarma pública se puede dar por acreditado un hecho cuando éste conste de los antecedentes que se hubieren acompañado en el proceso.

[103] En el antiguo proceso penal, dentro de la fase plenario se aplican plenamente los principios dispositivo y de presentación por las partes y, en consecuencia, es perfectamente posible sostener que en esta fase no es necesario acreditar el hecho notorio.

Dado que en la fase sumario del procedimiento penal se aplican los principios inquisitivo y de investigación judicial, se sostiene por algunos que el hecho notorio necesita ser probado o acreditado, al menos en esta etapa del procedimiento.

3. El hecho presumido, que era desconocido y que como consecuencia del juego de los elementos anteriores pasa a ser determinado.

De acuerdo al artículo 1712 del Código Civil, las presunciones se clasifican en Legales y Judiciales.

En las presunciones legales es el legislador el cual establece el hecho presumido, partiendo del hecho base o premisa; y en las presunciones judiciales es el juez quien efectúa esta labor.

El artículo 47 del Código Civil contempla las presunciones legales[104] y las subclasifica en presunciones de derecho y presunciones legales propiamente tales o simplemente legales. Esta clasificación de las presunciones legales se realiza a partir de si se puede o no rendir prueha para los efectos de destruir el hecho presumido que el legislador establece, partiendo del becho conocido o premisa.

La presunción de derecho es aquella establecida en la ley en que acreditado el hecho conocido o premisa no es posible rendir prueha, para los efectos de destruir el hecho presumido a partir de aquél.

"Proposiciones normativas acerca de la verdad de un hecho contra la cual no se admite prueba en contrario".[105]

De acuerdo con ello, en la presunción de derecho nos encontramos con que:

a) Es el legislador el que establece la determinación del hecbo presumido a partir del hecho base o premisa;

b) Para que pueda operar la presunción siempre es necesario probar el hecho conocido o premisa a partir del cual se estahlece el hecho presumido;

c) Acreditado el hecho conocido, base o premisa, se debe tener por acreditado el hecho presumido, sin que sea posible rendir prueba en contrario.

Al efecto, el inciso final del artículo 47 del C. Civil estahlece que "si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

De acuerdo con lo anterior, en la presunción de derecho, para los efectos de determinar el objeto de la prueba, dehemos tener presente que siempre es necesario rendirla para acreditar el hecho base o premisa.

Sin embargo, acreditado el hecho base o premisa de la presunción de derecho existirá una exclusión de prueba respecto del hecho presumido, puesto que éste siempre deberá ser establecido de acuerdo con el mandato legal, sin ser posihle rendir prueba alguna en contrario.

La presunciòn de derecho, o absoluta como la denomina Couture, "significa consagrar una exención de prueba de los hechos presumidos. No sólo se declara inútil la prueba contraria, sino que también se declara inútil la prueha favorable".[106]

---

[104] "Si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal".

[105] COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Pág. 226. 3ª edición. 1985.

[106] COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Pág. 237. 3ª edición. 1985.

Cuando la ley presume que el error de derecho constituye mala fe, no sólo priva de eficacia a la prueba dirigida a demostrar buena fe cuando exista error de derecho, sino que también consagra la inutilidad de la prueba dirigida a demostrar la existencia de la mala fe.

Constituyen ejemplos de presunciones de derecho en nuestro país la presunción de la concepción a partir del nacimiento (artículo 76 Código Civil) y la de mala fe a partir del error en materia de derecho (artículo 706 inciso 4° Código Civil).

En materia penal, las presunciones de derecho no pueden ser concebidas desde que no admiten prueba en contrario, puesto que ello importaría condenar al reo sin permitirle ejercitar su prueba. Este principio tiene rango constitucional en nuestro derecho, al establecer el artículo 19 N° 3 inciso 6° que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal".

Las presunciones simplemente legales son aquellas establecidas por la ley y constituyen por sí mismas una prueba completa respecto del hecho presumido, pero se admite la rendición de prueba en contrario para los efectos de destruirla.

"Proposiciones normativas de carácter legal acerca de la verdad de un hecho, contra la cual se admite, sin embargo, prueba en contrario".[107]

Al igual que en la presunción de derecho, en la presunción simplemente legal nos encontramos con que ella es establecida por el legislador y para que opere siempre es necesario probar el hecho base o premisa a partir del cual se establece el hecho presumido.

No obstante, en la presunción simplemente legal es posible rendir prueba con el fin de destruir el hecho presumido por el legislador, lo que nunca será admisible en la presunción de derecho.

Al efecto, el inciso 2° del artículo 47 del Código Civil establece que se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que se trate de presunciones de derecho.

En lo que dice relación con el objeto de la prueba respecto del hecho presumido en forma simplemente legal, debemos señalar que ella puede recaer tanto sobre el hecho base o premisa como respecto del hecho presumido, no existiendo una exclusión de prueba como acontece en la presunción de derecho respecto del hecho presumido.

En la presunción simplemente legal se ha señalado que nosotros nos encontramos en presencia de una alteración de la carga de la prueba, puesto que en ella la parte que desee valerse el hecho presumido no deberá rendir prueba para acreditar su existencia como acontece según la regla general, sino que deberá ser la parte que desee destruir su existencia la que deberá rendir la prueba para desvanecer el hecho presumido.

A título meramente ejemplar podemos citar como presunciones simplemente legales la de *pater ist est* que juega respecto a la paternidad del marido con relación al hijo que nace después de los 180 días subsiguientes al matrimonio (artículo 180 Código

[107] COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Pág. 226. 3ª edición. 1985.

Civil); el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 700 inciso 2° Código Civil); se presume la remisión o condonación de deuda cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda (artículo 1654 del Código Civil), etc.

En el proceso penal, si llegáramos a encontrarnos ante una presunción legal corresponderá al juez determinar la fuerza probatoria de las pruebas rendidas para acreditar como para desvirtuar los hechos que la configuran.

Por su parte, las presunciones judiciales son aquellos hechos desconocidos que deduce el juez de ciertos antecedentes que constan en el proceso.

"Acción y efecto de conjeturar el juez, mediante razonamientos de analogía, inducción o deducción, la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos" (Couture).

Al efecto, se ha declarado que "las presunciones judiciales son los razonamientos por los cuales los jueces del fondo establecen la verdad de un hecho desconocido por la relación entre éste y otros hechos conocidos. Para establecer una presunción judicial se requiere la existencia de un hecho real y debidamente probado que sirve de base para deducirla; un hecho desconocido cuya existencia se pretende averiguar, y una relación que es la que determina el juez mediante estos razonamientos".[108]

En el nuevo proceso penal, no se regulan por parte del legislador las presunciones judiciales.[109]

Lo anterior se justifica, en atención a que los indicios o presunciones judiciales deben ser construidos por el tribunal sin que se establezcan parámetros para ello por parte del legislador, al regir el sistema de la sana crítica como sistema probatorio de conformidad a lo previsto en el artículo 297.

Sin perjuicio de ello, el legislador reconoce la existencia de las presunciones al establecer que la prisión puede ser decretada sólo cuando se pueda presumir fundadamente la participación en la comisión de un delito (artículo 140), y al contemplar un límite a su eficacia probatoria, al disponer que la pena de muerte no podrá imponerse con el solo mérito de presunciones en el artículo 350 del CPP, norma que se encuentra actualmente derogada por haberse abolido la pena de muerte del Código Penal y Procesal Penal por el artículo 62 de la Ley N° 19.806 de 31 de mayo de 2002.[110]

---

[108] Corte Suprema. 24.6.1970. R.D.J. T. 67. Sec. 1ª. Pág. 219.

[109] El artículo 486 del Código de Procedimiento Penal establece que las presunciones pueden ser legales o judiciales.

Las primeras (simplemente legales) son las establecidas por la ley, y constituyen por sí mismas una prueba completa, pero susceptible de ser desvanecida mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley.

Respecto a la fuerza probatoria de las presunciones legales y al modo de desvanecerlas, se estará a lo dispuesto por la ley en los respectivos casos conforme a lo establecido en el artículo 487 del CPP.

[110] El artículo 485 del Código de Procedimiento Penal señala que la presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto

E. HECHOS NEGATIVOS

Se ha sostenido como principio general que los hechos negativos no son objeto de prueba.

Sin embargo, para verificar la exactitud de esta afirmaciòn con un carácter tan general es necesario distinguir, a lo menos, dos situaciones que se pueden presentar respecto del hecho negativo:

a) La primera, se refiere a la simple negativa o negativa general del demandado respecto de los fundamentos de hecho de la pretensiòn deducida, y

---

Continuaciòn nota [110]

a la perpetraciòn de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de èl, ya en cuanto a su imputabilidad a determinadas personas.

El Còdigo Civil en el inciso final del artìculo 1712 nos dice que para constituir plena prueba las presunciones judiciales deben ser graves, precisas y concordantes, es decir, deben ser dos o más, por emplear términos en plural.

En cambio, el Còdigo de Procedimiento Civil en el artìculo 426 inciso 2°, modifica el artìculo 1772 del Código Civil, por cuanto permite que una sola presunciòn judicial pueda constituir plena prueba, cuando a juicio del Tribunal tenga caracteres de gravedad y precisiòn para formar su convencimiento.

El Còdigo de Procedimiento Penal, en el artículo 486 vuelve a exigir la pluralidad de presunciones por el bien jurìdico envuelto.

El àmbito de aplicaciòn de las presunciones judiciales es muy amplio, puesto que existe la sola limitaciòn de que no podrá probarse por medio de presunciones judiciales los actos o contratos que no puedan acreditarse por los hechos o circunstancias que sirven de base a la presunciòn. Por ejemplo, no puede probarse la compraventa de Bienes Raices por medio de presunciones judiciales fundadas en declaraciones de testigos. La amplitud de las presunciones judiciales està limitada por los actos o contratos solemnes que deben probarse por la solemnidad.

En materia penal, es menester tener presente que la pena de muerte no puede ser aplicada con el solo mèrito de las presunciones de acuerdo a lo establecido en el artìculo 502 inciso 2° del CPP; y que en caso que la culpabilidad del reo se hubiere comprobado únicamente con presunciones, la sentencia debe exponerlas una a una conforme a lo previsto en el inciso 1° de ese precepto.

Las presunciones judiciales no entran dentro de las normas del objeto de la prueba, porque la fuente de la presunciòn la constituye el tribunal, basàndose fundamentalmente en pruebas incompletas que se han hecho valer durante la tramitaciòn del juicio.

Estas presunciones no nacen durante el proceso en forma independiente como medio de prueba, sino que es el propio tribunal el que, sobre la base de pruebas incompletas que las partes presentan, las construye y dado que esta construcciòn se realiza fundamentalmente en la sentencia, es lógico que no se pueda rendir prueba acerca de ellas en el proceso.

Asì lo establece el artìculo 488 N° 1 del Còdigo de Procedimiento Penal: "para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba de un hecho, se requiere:

1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales...".

En este Código se establece que todas las pruebas incompletas sirven de base para la construcciòn de una presunciòn judicial.

Ejemplo de prueba incompleta dentro del CPC es la confesiòn extrajudicial. El artículo 398, inciso 2° prescribe que: "la confesiòn extrajudicial que se haya prestado a presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicciòn, se estimarà siempre como presunciòn grave para acreditar los hechos confesados. La misma regla se aplicarà a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si èste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrà dàrsele el mèrito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así".

b) La segunda, se refiere a la negación de uno o más hechos aislados respecto de la pretensión deducida.

a) La simple negativa del demandado respecto de los hechos que configuran la pretensión.

Frente a una demanda el demandado puede adoptar la actitud de asumir una defensa negativa, esto es, desconocer los hechos y el derecho en que se fundamenta la pretensión hecha valer en su contra. Debemos recordar, además, que la situación de rebeldía del demandado se asimila, en virtud de la concepción de una contestación ficta de la demanda, a la posición que asume el demandado que comparece al proceso asumiendo una defensa que se limita a los hechos afirmados por el actor en su demanda.

Si el demandado se limita a negar la totalidad de los hechos, cuando existe esta negación general, la carga de la prueba se radica enteramente en el sujeto activo. El demandado no puede rendir prueba para acreditar una situación general y abstracta como lo constituye la negación general de los hechos.

Al efecto, se ha señalado que en el caso que el demandado niega los hechos afirmados por el actor en la demanda, esa negación no exige de prueba, porque al demandante le corresponde la carga de probar que son ciertos, a menos que se trate de hechos indefinidos, presumidos o notorios. Ni siquiera cuando el demandado opone al hecho afirmado por el actor otro hecho incompatible con áquel está obligado a demostrarlo en un principio, porque en el fondo está negando indirectamente el primero, y sólo recaerá sobre aquél la carga de la prueba en el caso que el demandante pruebe el afirmado por él, pues en la hipótesis contraria le bastará la falta de prueba del hecho aducido como fundamento de la demanda, para que ésta sea desestimada.[111]

b) Negación de hechos aislados.

No es tan claro que cuando nos encontramos una negativa de hechos aislados ella nunca deba ser acreditada, puesto que es posible que en la mayoría de los casos bajo el velo de una negativa se oculta una afirmación decisiva o determinante.

De acuerdo con ello, se ha señalado que para determinar qué hechos negativos se encuentran excluidos de prueba es menester efectuar una diferenciación respecto de ellos. De estas negaciones sólo se encontrarían excluidas de prueba las siguientes:

Las negaciones indefinidas de carácter absoluto o sustancial, que son aquellas en que negándose un hecho, no se encierra ninguna afirmación contraria. Por ejemplo, en mi predio no existe petróleo; nunca he tenido propiedad alguna; Pedro no me ha entregado diez mil pesos; nunca he visitado el museo de mi ciudad.

Negaciones formales ilimitadas en el espacio y en el tiempo son las que contienen una afirmación ilimitada en aspectos de tiempo y espacio. Por ejemplo, nunca ha existido un hombre de estatura superior a tres metros, pues si bien significa afirmar que todos los hombres han sido de estatura menor, tal hecho es ilimitado en el tiempo y en el espacio.

---

[111] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo I. Pág. 206. 1988.

Negaciones formales que, a pesar de ser ellas limitadas en tiempo y espacio, contienen una afirmación implícita no susceptible de probarse. Por ejemplo, durante mi vida o en los últimos diez años no he visitado Bogotá, pues no obstante que indirectamente se afirma que durante ese tiempo he estado siempre en otros lugares, esta circunstancia es indefinida y solamente podrá probarse si he vivido recluido forzosamente en un lugar o en el lecho de enfermo o en otro lugar similar.

De esta manera, el carácter indefinido de la negación o afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio, o una de éstas, sean absolutamente ilimitadas; por el contrario, para estos efectos es igual que implique no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre, o que se refiera a todos los instantes de un lapso de tiempo más o menos largo (como la vida de una persona) o relativamente corto (por un año) si envuelve una situación o actividad u omisión permanente que en la práctica no es generalmente susceptible de prueba por ningún medio.

Las negaciones formales o aparentes, son las que en realidad importan afirmaciones negativas, porque en el fondo contienen una afirmación contraria. Todas estas negaciones no se encuentran excluidas de prueba, por cuanto ellas pueden ser acreditadas por el hecho positivo contrario.

Estas negaciones formales o aparentes se subdividen en:

Negaciones formales de derecho, son las que refieren a la titularidad de un derecho, a las condiciones requeridas por la ley para su existencia o validez de un acto jurídico o a la calificación jurídica del acto, y equivalen a afirmar una situación o una condición jurídica opuesta o una distinta naturaleza jurídica del acto.

Por ejemplo, este contrato no es de mutuo, vale decir, es jurídicamente de otra especie; para este contrato no hubo consentimiento válido, lo cual significa que estuvo viciado por fuerza, dolo error o incapacidad.

Negaciones formales de hecho, son las que equivalen a afirmar el hecho contrario.

Por ejemplo, Pedro no ha muerto, es decir, está vivo; este metal no es oro, lo cual significa que es de otra especie.

Negaciones formales de cualidad, son aquellas que importan negar a alguien o algo una determinada cualidad, y entonces en realidad se está afirmando la opuesta, porque no puede haber sustancia sin cualidad.

Por ejemplo: Juan no es legalmente capaz, lo cual significa afirmar que es incapaz por demencia, menor de edad, sordomudez, interdicción u otra causa; Pedro no es blanco, es decir, es negro o amarillo o de otra raza; esta mercancía no es de buena clase, con lo cual afirmo que es de mala clase.

Todas estas negaciones no se encuentran excluidas de prueba, puesto que ellas se prueban acreditando el hecho positivo contrario, bien sea directamente o mediante indicios o mediante inferencia de otros hechos, y por este motivo, tanto el demandante, cuando base en ellas sus pretensiones, como el demandado cuando las alegue para sus excepciones, están sujetos a la carga de probarlas.[112]

---

[112] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo I. Págs. 206 a 214. 1988.

En el proceso penal, rige en la materia el principio de presunción de inocencia, según el cual ninguna persona puede ser considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. Conforme a ese principio se entiende que corresponde al Ministerio Público rendir las pruebas dentro del proceso para acreditar la culpabilidad.

Por otra parte, se entiende que el sujeto pasivo en el proceso penal ni siquiera tiene la carga de negar los hechos que se le imputan, puesto que a éste se le reconoce el derecho de permanecer en silencio respecto de las imputaciones que se le efectúan. Al efecto dispone expresamente el artículo 93 letra g) que el imputado *"en especial tendrá derecho a: g) Guardar silencio, o en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento"*.

Este principio se ve corroborado en el artículo 305 del CPP al disponer que: "Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito".

El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero.

VII. LIMITACIONES A LA PRUEBA

1. DEFINICIÓN

Son todos aquellos casos que dentro de un sistema probatorio significan un impedimento para la utilización de un medio de prueba destinado a acreditar una circunstancia dentro de un proceso.

La doctrina ha distinguido como factores que conducen a una limitación en la rendición de la prueba dentro del proceso dos aspectos: a) la legalidad de la actividad probatoria y b) la admisibilidad de la realización de la actividad probatoria dentro del proceso.

2. LA LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Si la actividad procesal está sujeta al principio de legalidad, no puede haber dudas de que una parte de esa actividad, la probatoria, tiene que obedecer al mismo principio.

El cumplimiento de la legalidad tiene perspectivas muy diferentes, aunque todas ellas se complementen. Estas perspectivas se refieren a que:

a) Los únicos medios de prueba son los enumerados taxativamente por la ley, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria no prevista en la ley.[113]

Nos encontramos en presencia de una limitación absoluta respecto de la prueba en los casos en que el legislador haya enumerado los medios de prueba y las partes

[113] MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Pág. 89. 1996.

pretendan rendir en el proceso para acreditar un hecho utilizando un medio de prueba no contemplado en ésta.

En materia penal el problema de la admisibilidad de la prueba no se presenta por problemas de legalidad.

En el proceso penal, no nos encontramos con un problema respecto de la materia por cuanto el artículo 295, titulado "Libertad de prueba", prescribe que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley".

Complementando dicho sistema de libertad de prueba, prescribe el artículo 323 del CPP, que "podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo".[114]

b) No puede utilizarse un determinado medio de prueba establecido en la ley en los casos en que el legislador, excepcionalmente para ciertos y determinados procesos o para acreditar determinados hechos dentro de un proceso, haya excluido su utilización.

En principio, todos los medios de prueba establecidos en la ley son admisibles en todos los procesos, pero no siempre ello es así. En ocasiones la ley limita los medios de prueba que pueden practicarse en una clase de juicios y entonces la legalidad impone la no admisión de los medios de prueba no previstos. No estamos, entonces, ante un problema de pertinencia de la prueba, sino ante una cuestión de legalidad.[115]

Nuestro legislador ha contemplado limitaciones relativas respecto de los medios de prueba que establece la ley, las que consisten en privar de valor probatorio a un medio de prueba para acreditar una circunstancia o en exigir que una circunstancia se acredite sólo a través de un medio de prueba. Como ejemplos de exclusión de un medio de prueba, en materia civil, podemos señalar los casos relativos a la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias mensuales, que no puede acreditarse por testigos (artículos 1708 y 1709 del Código Civil). Como hechos o circunstancias que deben acreditarse única y exclusivamente por un determinado medio de prueba, puede citarse el caso del contrato solemne, el cual sólo puede ser probado por respectiva solemnidad. Así por ejemplo, el contrato de promesa que tiene que constar por escrito, debe necesariamente ser probado por medio de la prueba

[114] En el antiguo sistema procesal penal no nos encontramos con un problema por no haberse contemplado un medio de prueba dentro de los enumerados por el legislador, puesto que de conformidad a lo previsto en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal, "podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y el sonido, versiones taquigráficas, y en general, cualquier medio apto para producir fe. Estos medios podrán servir de base a presunciones o indicios".

[115] MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Pág. 90. 1996.

instrumental, sea ésta un instrumento público o privado (artículos 1682 y 1701 del Código Civil).

En el proceso penal, sólo cabe la limitación de prueba en cuanto a la determinación del delito, al no poderse determinar éste con el solo mérito de la confesión (artículo 340 inciso 3°).

c) Cada uno de los medios de prueba tiene que proponerse y practicarse precisamente en la forma establecida en la ley y no de cualquier otra.

Esto puede parecer muy elemental, pero ocurre que no siempre recibe el merecido respeto, dado que muchas veces, con el argumento de que lo que importa es la justicia de la sentencia sobre el fondo, se vulnera la norma procesal relativa a como debe proponerse y practicarse el medio de prueba.[116]

La legalidad de la actividad probatoria significa que lo que importa en el proceso es, sí, que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley. Esto es, importa el resultado, pero también importa el camino como se llega al mismo, y ello porque, por decirlo con frase tópica, el fin no justifica los medios. Los medios en el proceso son la actividad y lo que se está diciendo es que el resultado que a la ley le importa no es cualquiera, sino aquél al que se llega necesariamente por el cumplimiento de la norma que regula la actividad.[117]

3. La admisibilidad de la actividad probatoria

El solo cumplimiento del principio de la legalidad respecto de un determinado medio de prueba no conduce a la rendición de la prueba, puesto que puede ser excluida la posibilidad de su rendición en atención a razones de pertinencia y utilidad.

De acuerdo con ello, un tribunal puede no admitir que se rinda prueba mediante la utilización de un determinado medio de prueba establecido en la ley, si ella no es pertinente o útil para acreditar un determinado hecho en el proceso.

A. La pertinencia

La pertinencia viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso. La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan.[118]

En el proceso penal, el juez de garantía se encuentra facultado para excluir la rendición de pruebas ofrecidas por las partes durante el juicio oral si ellas fueren im-

---

[116] Montero Aroca, Juan. Ob. cit. Pág. 90. 1996.

[117] Montero Aroca, Juan. Ob. cit. Pág. 91. 1996.

[118] Montero Aroca, Juan. Ob. cit. Pág. 92. 1996.

pertinentes. Al efecto, establece el inciso 1° del artículo 276 que "*el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios*".

El reconocimiento a utilizar los medios de prueba pertinentes no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiéndose por tales aquellas pruebas que tengan relación con el *thema decidendi*.[119]

Debe considerarse como impertinente la prueba que se proponga sobre hechos que no hayan sido previamente introducidos al proceso por las afirmaciones de las partes, o cuya incorporación no se haya producido en el momento procesal oportuno o bien no guarden directa ni indirectamente relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso.

Deberían comprenderse también los casos de la prueba que se refiera a hechos no controvertidos, en tanto los hechos si no existe controversia se encuentran ya fijados en el proceso y no es por ello necesaria su rendición al no referirse a hechos sobre los cuales se requiera la rendición de prueba.[120]

En todo caso, en esta materia debe regir la máxima *in dubio pro probatione,* según el cual es preferible incurrir en un posible exceso en la admisión de la prueba que en su denegación.

Sin embargo, la existencia de duda resultará descartada en los supuestos de manifiesta admisibilidad o inadmisibilidad, debiendo denegarse la prueba en los casos en que la procedencia de la inadmisión es notoria, como, por ejemplo, el reconocimiento judicial cuando se requieran conocimientos especializados técnicos. Asimismo, la concurrencia del dubio requerirá que la prueba haya sido propuesta en tiempo y forma, observando todos los requisitos legales.

Se trata, por consiguiente, de no convertir la máxima *in dubio pro probatione* en un cajón de sastre que pudiera justificar la pereza o inaptitud en el juicio de admisión de pruebas, propiciando la admisión de todas las pruebas propuestas (especialmente, cuando el juez detecta que las propuestas no son excesivas, en aplicación de un criterio meramente cuantitativo).[121]

---

[119] ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan. *Aspectos pràcticos de la prueba. El juicio sobre admisión de los medios de prueba.* David Velàsquez Vioque. Juez del Juzgado Primera instancia N° 2 de Mollet de Vallès. Pàg. 115. Bosch Procesal. 2006. Barcelona.

[120] ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. cit. Pàg. 116. 2006. Barcelona.

[121] ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. cit. Pág. 119. 2006. Barcelona.

B. LA UTILIDAD

Si la utilidad se refiere principalmente al hecho que se pretende probar con un medio concreto de prueba, la utilidad atiende fundamentalmente al medio en sí mismo considerado, aunque no pueda faltar en ocasiones referencia a la relación entre medio y hecho. La jurisprudencia emplea en muchas ocasiones las palabras pertinencia y utilidad como sinónimas, pero entre una y otra existen claras diferencias.

La confusión jurisprudencial es manifiesta cuando dice, por ejemplo, que un medio de prueba es inútil porque se refiere a hechos reconocidos por la parte contraria, o que el medio de prueba no es de influencia respecto de la solución a la que se tenga que llegar en el fallo de la sentencia. En estos casos, y en otros similares, parece claro que el cuestionamiento de la admisibilidad del medio de prueba no se produce por el medio de prueba en sí, sino con referencia al hecho que con él se pretende probar.

La inutilidad de un medio de prueba en sentido estricto puede atender a dos tipos de razones:

i) Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue.

Esto sucede si se propone el medio de reconocimiento judicial para probar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra, pues entonces se precisa de conocimientos científicos especializados para llegar a una conclusión; o si se propone la prueba testifical para que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento, o cuando se propone la prueba pericial para que un jurista informe al juez sobre la correcta interpretación de una norma jurídica.

ii) Cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin, bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes.

Nos parece peligrosa la jurisprudencia cuando entiende que el juez puede no admitir un medio de prueba cuando dispone ya de los elementos de prueba suficiente para forjar su convicción, pues aparte que es difícil imaginar cómo un juez puede tener formada su convicción en el trámite de admisión de los medios de prueba, esa posibilidad equivale a decir que el juez a priori puede decidir con qué medios de prueba se forma su convicción.[122]

En el actual proceso penal, se contempla expresamente facultades para que el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral vele por la utilidad de la prueba, eliminando aquellas que pudieren ser reiterativas y pudieren generar sólo una mayor dilación e impida la concentración que debe revestir la audiencia del juicio oral en que se velará por la solución del conflicto.

[122] MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit.. Págs. 96 y 97. 1996.

Prescribe al efecto el inciso 2º del artículo 276, que "Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal".

En relación con la prueba pericial, dispone el artículo 316 en su inciso 1º que "El tribunal admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el tribunal podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio".

4. La licitud de la actividad probatoria

4.1. Concepto

El derecho a la prueba que se inserta en las garantías del "debido proceso", no es absoluto, encontrando límites puestos por la observancia de otros derechos de naturaleza constitucional.

La cuestión de la prueba ilícita se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisible en el procedimiento probatorio, y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.

La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida.

El principio de verdad no autoriza al juez ni a las partes a violar los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana.

Se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a los principios constitucionales.

La prueba ilícita puede definirse, desde un punto de vista genérico y extrajurídico, como aquella que ofende la dignidad humana. Esta formulación fue, en su esencia, la postulada por los profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas en el Proyecto de corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado en 1974, en cuyo artículo 549 se indicaba: "El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad humana".

En nuestro país, se ha definido la prueba ilícita: "todo aquel medio probatorio aportado por las partes o por funcionario público, que en sí mismo o en su obtención

importe la violación de alguno de los derechos o garantías constitucionales, sin necesidad de existir al respecto sanción procesal expresa".[123]

4.2. Conceptos afines a la prueba ilícita

Tratando de cubrir el gran abanico de conceptos afines a la prueba ilícita que la doctrina ha dado, Picó I Junoy analiza algunos de los que a su juicio son más relevantes, con el fin de deslindarlos conceptualmente. Entre éstos reconoce a los autores que se refieren a las prohibiciones probatorias, a las pruebas ilegales, a las pruebas ilegítimas, pruebas viciadas o pruebas clandestinas.

a) Prohibiciones probatorias:

Ha sido la doctrina alemana la que a través de Beling[124] nos ha heredado este concepto, conocido originalmente como *Beweisverbote.* Con él se hace referencia a distintos supuestos en los que la prueba es ilícita, y que afectan tanto a la toma (Erhebung) como al uso (Verwertund) de dicha prueba[125], i.e. la adquisición de las fuentes de investigación, y los medios a través de los cuales dichas fuentes se introducen en el proceso. Este concepto ha sido fuertemente criticado, debido a que, en opinión de muchos, carecería de un significado unívoco que permita delimitar con precisión su contenido. Ni siquiera los autores alemanes habrían llegado a determinar claramente el concepto, a pesar de haber sido acuñado por ellos hace ya casi un siglo.

Algunos justifican su aparición por la época en que se tuvo su origen. La búsqueda de la verdad como fin, legitimaba a las autoridades para adoptar todas las medidas que de una u otra forma colaboraran a cumplir dicho objetivo, salvo que, como ocurría de modo excepcional, una norma prohibitiva restringiese sus facultades de actuación. Pero en el derecho procesal actual no observamos apenas disposiciones de prohibición, sino más bien prescripciones o mandatos de cómo debe procederse, por lo que la expresión "prohibiciones probatorias" resulta inadecuada, ya que las posibilidades de divergir de tales mandatos son ilimitadas.[126]

A pesar de las críticas efectuadas creemos, siguiendo a Picó I Junoy, que es un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar los efectos prohibitivos que la prueba ilícita acarrea, en cuanto a la inadmisbilidad de dichos medios, tanto como su imposibilidad de valorarlas. Así nos encontramos, entonces, con un concepto que es dable de utilizar en conjunto con el de prueba ilícita, ya que representan o inciden en aspectos distintos. El primero se refiere a los elementos de prueba (prueba ilícita), mientras el otro lo hace en cuanto a las consecuencias de la calificación de dicha prueba como ilícita (prohibición probatoria).

---

[123] ZÚÑIGA, Rodrigo. "La prueba ilícita penal". Memoria de prueba. U. de Chile. 2000.

[124] BELING, citado por PICÓ I JUNOY. Ob. cit. Pág. 289.

[125] SCHONE, W. "Líneas generales del proceso penal alemán", 1989, citado por PICO I JUNOY. Ob. cit. Pág. 289.

[126] SYDOW. "Kritik der Lehre von den Brweieverboten", citado por PICÓ I JUNOY. Ob. cit. Pág. 290.

b) Prueba ilegal o irregular:

Por aquélla debemos entender todo aquel elemento probatorio que en su obtención o en su práctica haya existido vulneración de preceptos legales que no gocen del carácter de garantía constitucional. Dentro de éstos podemos incluir todas las fuentes de pruebas practicadas irregularmente sin observar el procedimiento legal establecido, o incluso en todos aquellos casos en que se haya violado derechos de carácter sustancial, siempre que, en ambos casos, no se haya violado una garantía constitucional.

Será la naturaleza de la norma infringida, entonces, la que marcará el límite entre prueba ilegal o irregular y aquella considerada ilícita.

c) Prueba ilegítima:

Aquí también se encuentra la distinción en la naturaleza de la norma violada por el medio de prueba que se pretende incorporar al proceso, pero no atiende al *status* constitucional o legal que se detente, sino más bien al carácter de sustancial o adjetiva que la norma en cuestión tenga. Nos enfrentaremos a una prueba ilegítima sólo cuando la norma violada tenga carácter procesal, quedando fuera, por tanto, de esta calificación todas aquellas que gocen del carácter de sustancial.

d) Prueba viciada:

Siguiendo a una gran cantidad de autores, diremos que por prueba viciada deberemos entender "toda aquella en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración para nada la forma como se ha obtenido"[127]. No se señala entonces ninguna distinción en cuanto a la legalidad o ilegalidad de la prueba incorporada, ni en cuanto al *status* de la norma violada, sino que se atiende simplemente al hecho de la falta de veracidad o certeza que se aporta con su ingreso al proceso.

Existen ciertos medios probatorios que, debido a determinadas circunstancias, pueden verse afectados en cuanto a su veracidad. Debido a lo cual los ordenamientos jurídicos han creado determinados mecanismos a través de los cuales se pretende controlar la veracidad de éstos. Es el caso de las tachas de testigos, impugnación de documentos, recusación de peritos, entre otros.

La falta de dichos controles o el irrespeto de ellos será la razón de la existencia de pruebas que serán consideradas viciadas.

e) Prueba clandestina:

Siguiendo a Bernal Cuellar[128], y considerando que clandestino implica un comportamiento oculto o en términos generales opuesto a lo realizado públicamente, será considerada prueba clandestina toda aquella realizada de un modo oculto, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas. El punto de distinción en este caso atiende al derecho en específico que violenta; la intimidad personal o la privacidad.

---

[127] MONTÓN REDONDO, A., citado por PICÓ I JUNOY. Ob. cit. Pág. 309.

[128] BERNAL CUÉLLAR, citado por PICÓ I JUNOY. Ob. cit. Pág. 310.

La verdad es que este concepto más que crear una nueva clasificación de las pruebas, sólo subdistingue dentro de lo que se conoce como prueba ilícita. Debido al hecho que los bienes jurídicos protegidos, i.e. privacidad e intimidad, detentan reconocimiento constitucional, hace que esta distinción, al menos aplicada a nuestro ordenamiento, no aporte siquiera mínimamente, toda vez que no considera trato distinto alguno con respecto a las restantes garantías constitucionales.

La prueba es ilegal o prohibida cuando se falta en su origen y desarrollo a un derecho fundamental; por ejemplo, una entrada sin mandamiento judicial o una intervención de correspondencia postal, telegráfica o telefónica sin cumplimentar esta exigencia fundamental de la autorización del Juez, son pruebas radicalmente nulas. También lo es un interrogatorio que en sus inicios nada tiene de patológico, pero en cuyo desarrollo se utiliza la tortura física y psíquica. En estos casos, de la prueba así practicada nada puede obtenerse en contra del reo, sería un absurdo y en definitiva de nada valdrían las garantías de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, si practicadas estas diligencias con violación de estos principios fundamentales, los resultados adversos al inculpado pudieran ser objeto de apreciación por el Tribunal. Todo el sistema se viene abajo.[129]

La cuestión de las pruebas ilícitas se ubica en el modo de su incorporación, se relaciona con su admisibilidad en el proceso. Otras son las cuestiones relativas a la valoración de la prueba. La prueba ilícita es inadmisible en el proceso, aunque se trate de prueba relevante y pertinente. Por eso, no puede ser valorada judicialmente. La consecuencia del ingreso en el proceso de pruebas obtenidas por medios ilícitos es su ineficacia, debiendo ser excluidas. Será nula la sentencia fundada en ellas.[130-131]

4.3. Admisibilidad de la prueba ilícita

El tema acerca de si las pruebas ilícitas deben ser admitidas y apreciadas en el proceso ha sido objeto de discusiones en la doctrina.[132]

---

[129] RUIZ VADILLO, Enrique. *Curso Centro de Estudios Judiciales. La Prueba en el Proceso Penal. La actividad probatoria en el proceso penal español.* Pág. 131. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1993.

[130] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Pruebas ilicitas. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal.* Págs. 315 y 316. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997.

[131] En nuestro antiguo proceso penal, el N° 2 del artículo 481 del CPP prevé como requisito para que tenga valor la confesión que ella sea prestada libre y conscientemente, el artículo 323 del CPP contempla respecto de la declaración indagatoria, que es absolutamente prohibido no sólo el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el inculpado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa o sugestiva, como seria la que tienda a suponer reconocido un hecho que el inculpado no hubiere verdaderamente reconocido, el inciso final del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal establece que "no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la intercepción de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes".

[132] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida.* Pág. 88. Akal Iure. 1989. Madrid. España.

A. POSTURA ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO

Para algunos, que en todo caso constituyen hoy un sector minoritario de la doctrina, la prueba ilícitamente obtenida debe ser admitida en el proceso y ser eficaz, pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba.

Dicha tesis se fundamenta en que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso y resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso.[133]

La postura acerca de la admisibilidad de la prueba ilícita en el proceso, a pesar de ser una posición minoritaria, se ha consolidado con un mayor apoyo en el último tiempo, sobre todo gracias a la aparición en el derecho alemán de las teorías de la proporcionalidad y de la prueba ilícita pro reo, señalándosenos como argumentos sustentatorios de ella los siguientes:

i) Autonomía del Derecho Procesal:

Uno de los argumentos que se ha dado como sustento, es el que se basa en el principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales. Para esta tendencia es imprescindible reconocer la separación existente entre los ordenamientos procesal y sustantivo. Esto nos da como consecuencia lógica que las infracciones en el campo material no conllevan una vulneración en el procesal. Así la incorporación de la prueba al proceso es independiente de que su forma de obtención haya sido legal o ilegal en el campo material, siendo sólo posible inadmitirla cuando ésta infraccione el campo procesal.

Los autores que apoyan esta doctrina afirman que dichas infracciones en el campo material, serían procesalmente neutras, esto es, no tendrían relevancia alguna para la formación del juicio jurisdiccional, ya que actuarían en planos absolutamente distintos. Por tanto, siendo incorporadas al proceso en forma legal, estas pruebas deben ser admitidas, aunque hayan sido adquiridas con infracción o violación de normas sustantivas.

El jurista italiano Cordero, representante máximo de esta corriente, expresa que la prueba encarada como fenómeno judicial encuentra su disciplina en lo interno del

[133] La primera es la tradicionalista que se remonta a un conocido juez Cardoso, según el cual la prueba obtenida mediante medios abusivos debería considerarse válida y eficaz, pero los que la habían obtenido ilegítimamente (policía o particulares) deberían ser castigados por su acto abusivo. La otra, en cambio, es la tesis, revolucionaria respecto a las reglas tradicionales del *common law*, y que se remonta a otro gran juez, Holmes, según el cual la única sanción verdadera, eficaz y realística el único arredrante adecuado contra esos abusos, consiste en disponer la no admisibilidad en juicio de la prueba inconstitucionalmente obtenida. Solamente de esa manera la policía y otros sujetos serán definitivamente desalentados de cometer abusos; puesto que sabrían que aun cuando, con interferencias abusivas, llegaran a obtener la prueba de hechos, aunque fueran delitos, esa prueba no tendría eficacia alguna en juicio. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad. Espionaje Telefónico*. Pág. 510. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1974.

proceso por lo que si un aporte reconoce su origen en un ilícito sustancial, no deberá existir reacción procesal, sino cuando exista una prohibición adjetiva probatoria más o menos explícita.

El diagnóstico de inadmisibilidad procesal, por tanto, debe basarse en forma exclusiva en las reglas del proceso, las que a su vez deben ser creadas basándose en criterios de valoración propios y diversos del derecho sustancial, consecuentemente, toda fuente extraña al proceso debe ser desvirtuada.

Para la autora Minvielle, en esta doctrina, basada en la concepción del derecho procesal como rama autónoma, con sus propios criterios de valoración diversos del derecho sustancial, se puede advertir, además, la influencia de la doctrina alemana de Goldschmith, sobre la "situación jurídica" y su posterior desarrollo llevado a cabo por Niese y Schmidt, en cuanto a la existencia de actos bifuncionales. Si existen actos que producen efectos en diversos ámbitos (sustancial y procesal), la valoración que se realice de cada uno de ellos debe ser efectuada de acuerdo a las normas que rigen a cada uno, sin que la valoración positiva o negativa de uno repercuta en el otro.

ii) Finalidad del proceso:

El principio de la búsqueda de la "verdad procesal" y la justicia como fin de todo proceso, ha sido otro de los principales argumentos utilizados para sostener la validez de la prueba ilícita. Para esta doctrina la sola circunstancia de que una prueba haya sido obtenida por medios ilícitos, i.e., con infracción o violación a derechos fundamentales no sería argumento suficiente para prescindir de dichos datos probatorios. El desconocimiento de dichos elementos de juicio, relevantes para llegar a conocer la verdad, traería como consecuencia la imposibilidad de que el proceso alcanzara su fin último, la justicia.

La confrontación de intereses que conlleva la prueba ilícita, entre el interés por esclarecer los hechos y el interés por la protección de los derechos fundamentales, se resuelve por esta doctrina, otorgando a cada uno de dichos intereses protección en distintas esferas o estancos. Se garantizaría el interés por esclarecer los hechos admitiendo la prueba ilícita y la protección de los derechos fundamentales a través de la aplicación de sanciones, tanto civiles como penales, a quienes hayan actuado antijurídicamente en la obtención o práctica de una prueba.

SCHÖNKE,[134] por su parte, grafica el asunto partiendo del siguiente caso: "...unos policías realizan un registro sin presentar previamente el necesario mandamiento judicial. Encuentran durante dicho registro moneda extranjera cuya posesión está severamente castigada. ¿Puede ser utilizado como prueba en un proceso penal ese dinero confiscado en ese registro?". Reconoce en este caso el conflicto de intereses ya mencionado y nos dice (existe) "...por una parte, el interés del demandado y de la colectividad, en que deben ser utilizadas únicamente aquellas pruebas que hayan

[134] SCHÖNKE, "Los límites de la prueba en el derecho procesal". R.D.P. N° 3. 1955. Pág. 375. Citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. 1989. Pág. 86.

sido conseguidas con arreglo a las formalidades legales establecidas. Por otra parte, el interés del demandado y de la colectividad en que no se deje sin efectividad una acción penal por causa de una formalidad antijurídica en el procedimiento". Schönke resuelve desde otro punto de vista el problema, pudiendo considerarse una variable dentro de esta misma doctrina. Sin referirse al hecho de la correspondiente sanción en cada uno de los estancos, se inclina por reconocer el conflicto, prevaleciendo uno de ellos. En el caso propuesto se inclina por considerar más importante el hecho de no dejar sin efectividad una acción penal por causa de ilicitud, admitiendo la utilización de pruebas conseguidas con defectos formales. Sin embargo, junto con dicha opción advierte una gran e importante excepción en relación a una norma del año 1950, en relación a la declaración del acusado, prohibiendo los malos tratos, cansancio, agresiones corporales, drogas, tormentos, engaños o hipnotismo.

Una posición similar, en cuanto a distinguir las sanciones, dependiendo del campo en que debe desplegar su eficacia, mantiene Guasp[135] diciendo que "quien utiliza en juicio un documento que detenta, mas del que no dispone en derecho, puede cometer un acto ilícito al que vayan ligadas sanciones civiles, penales o disciplinarias, pero que para el problema de la prueba procesal estas eventuales consecuencias son irrelevantes: el documento figurará unido a los autos y desplegará su fuerza probatoria".

En general, la inadmisibilidad de una prueba ilícita importaría para esta doctrina una denegación de justicia, toda vez que inadmitida una prueba, ésta fuera la única disponible para acreditar los hechos.

iii) Carácter metajurídico de la prueba:

Para otros autores la admisibilidad de la prueba ilícita estaría dada por el carácter marcadamente metajurídico que la prueba detenta.

La función de la prueba es simplemente la reconstrucción o el descubrimiento de determinados hechos, para trasladarlos a la presencia judicial, dejando sin sentido que sus resultados sean medidos en términos de moralidad, sino que deben medirse en cuanto a su verosimilitud. El modo de obtención de la prueba es irrelavente.

El profesor español Muñoz Sabate[136] grafica esta posición diciendo que "el carácter expoliativo de las innumerables obras de arte egipcio guardadas en los museos de Londres o París, no altera para nada las conclusiones históricas que de ellas obtuvieran un Schliemann, un Champollion o un Howard Carter". Trasladado al campo jurídico, el reconocimiento de la ilicitud de la prueba no significa que no pueda aprovecharse de sus resultados. Serra Domínguez[137] en la misma línea contesta "que dichas investigaciones habrían podido realizarse, y posiblemente en forma superior, de no haberse

[135] GUASP, "Comentarios de la Ley de enjuiciamiento Civil". Madrid. 1947. Pág. 584.

[136] MUÑOZ SABATE, *Técnica Probatoria (estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*. 4ª edición. Editorial Praxis, 1993. Pág. 80.

[137] SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Ed. Rev. Derecho Privado. Madrid. 1991. Pág. 89.

producido el expolio", López Barja de Quiroga[138] agrega a esa apreciación "que un pensamiento como tal, conduce a legitimar, por ejemplo, el robo porque el ladrón dará mejor destino al botín que su víctima".

iv) Objetivo del juicio de admisibilidad probatoria:

Otros autores agregan, además, que inutilizar la prueba obtenida de modo ilícito transformaría el juicio de admisibilidad en un mecanismo de defensa de intereses ajenos al proceso, lo que se aleja notoriamente de la función propia de esa institución. Al respecto autores como Fleming[139] opinan que bajo las reglas de supresión o inadmisibilidad recibe prioridad el castigo a la policía por su mal comportamiento por sobre el proceso criminal por su crimen, y agrega gráficamente: *"We have set fire to the house of criminal law in our attempt to roast the police pig"*[140], haciendo alusión a lo que él considera una "Catedral constitucional" construida alrededor del proceso debido y las reglas de exclusión de la prueba. En el mismo sentido se pronuncia Wigmore[141], en cuya opinión se estaría considerando al oficial de la ley demasiado celoso, como un peligro mayor para la comunidad que el asesino sin castigo.

v) Disponibilidad del medio probatorio:

En adición a los ya dados, existe un principio en apoyo a la admisibilidad de la prueba ilícita, basado en el aforismo jurídico de *male captum bene retemtum*, según el cual el problema de la prueba debe centrarse simplemente en la disponibilidad física del elemento probatorio y no en el origen o modo de su adquisición. Es por esta razón que se afirma que siendo lo trascendental la posesión del elemento probatorio, éste debe ser admitido en el proceso a pesar de su ilicitud.

Específicamente y en relación con la actividad de búsqueda de prueba como acto bifuncional, el jurista Cordero sostiene: "el legislador no dice expresamente, ni deja entrever que una búsqueda ilícita se resuelva en la invalidez del secuestro y finalmente la inadmisibilidad del elemento probatorio, ya que dichos actos no presentan una dependencia jurídica, sino más bien constituyen una secuencia histórica, por lo que la ilicitud de la primera no debe determinar la invalidez de las siguientes, encontrándose el punto de equilibrio entre los intereses privados y las exigencias del proceso, no en la reacción procesal sino más bien en la reacción penal, civil o disciplinaria que se producirá en contra del autor del ilícito". En este punto se deja entrever una estrecha relación con el argumento de las independencias de los campos del derecho, en especial del sustantivo, con el procesal.

El punto de equilibrio, entonces, entre los intereses privados y las exigencias del proceso, se encontraría en la reacción penal, civil o disciplinaria para el autor del

[138] BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit. Pág. 87.

[139] FLEMING. *Of crimes and rights*, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 87.

[140] "Hemos encendido fuego a la casa de la ley penal en nuestro intento de asar al policía cerdo".

[141] WIGMORE. *Evidence*, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en "Las escuchas...". Pág. 88.

ilícito, manteniéndose la prueba dentro del proceso a falta de norma expresa que lo impida.

Una posición intermedia mantiene Sabatini[142], para quien la sanción a la prueba ilícita debe ser la inexistencia, sin perjuicio de poder utilizar todos aquellos medios probatorios hallados en su mérito.

Es menester hacer notar que no obstante los argumentos expuestos a favor de la prueba ilícita, estos autores reconocen la necesidad de sancionar a quienes hayan cometido la infracción, pero indican, como ya se ha dicho, que esto debe hacerse en el ámbito civil, penal o disciplinario y no en el plano procesal.

vi) Non Bis in Idem:

El sancionar simultáneamente en los distintos campos, produciría a su vez la violación a uno de los principios generales del derecho penal, esto es la doble sanción por un mismo acto o *non bis in idem*. Dicha situación supondría una indebida acumulación de sanciones sobre la prueba ilicita, ya que por un lado se sancionaría al autor de la infracción, con sanciones del derecho material y, por el otro lado, se sancionaría procesalmente con la inadmisibilidad del medio.

Se reconoce entonces, por parte de esta doctrina, que la eficacia probatoria de tales medios no supone una complacencia con su forma de obtención o producción, pero que si bien puede ser atacada la forma de obtención del material probatorio, no se debe ligar dicha situación a que se sancione doblemente el ilícito.

B. POSTURA ACERCA DE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO

Para otros, la prueba ilícitamente obtenida no debe ser admitida en el proceso y es ineficaz, no pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que además se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba.

Siguiendo lo señalado en la tesis de Rodrigo Zuñiga[143], se puede constatar que claramente opuesta es la postura que la mayor parte de la doctrina ha sostenido en torno a la admisión de la prueba ilícita. El modo en que la prueba llega al proceso ha adquirido gran importancia, entendiéndose que deben ser examinadas todas las variantes que puedan presentarse antes de llegar a ser admitidas en el proceso. La inadmisibilidad y consecuente inapreciabilidad han prevalecido dentro de la doctrina y la jurisprudencia, basándose en los siguientes argumentos:

i) Concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico:

El proceso ha sido concebido como el medio ideal de resolución de los conflictos de relevancia jurídica. Éste ha sido creado y regulado juridicamente en base a un conjunto de normas y principios que deben ser respetados en su desarrollo, por lo que sólo los actos realizados conforme a esas normas y principios deben ser aceptados:

---

[142] SABATINI, Prova. *Diritto Processuale...*, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 89.

[143] Ob. cit.

Los actos probatorios se encuentran dentro del proceso y, por tanto, deben ser desarrollados en base a las mismas normas y principios de las que el proceso ha surgido, debiendo concluirse, por tanto, que sólo los elementos probatorios obtenidos de tal forma podrán producir el efecto querido por quien lo presenta, i.e., ser admitidos y posteriormente valorados como prueba.

La prueba que el juez debe considerar para ser objeto de valoración, debe ser sólo aquella que se obtiene en el respeto a la ley, debiendo ser excluida toda aquella que de haber sido debidamente respetado el ordenamiento jurídico nunca se hubiese incorporado al proceso. Se añade a esta postura el hecho que el concepto mismo de derecho a un debido proceso excluye toda prueba ilegal y, con más razón aún, toda aquella que adolece de carácter ilícito, debido a los bienes jurídicos de reconocimiento constitucional comprometidos.

ii) La admisión de la prueba ilícita desconocería el principio de probidad o lealtad procesal:

El principio de probidad procesal, como principio base tanto del procedimiento, como de las reglas generales de la prueba judicial, se vería seriamente dañado por la mala fe de los litigantes, al admitirse pruebas que adolezcan de ilicitud en cualquier forma. Asoma así la necesidad de sancionar los actos probatorios, obtenidos violando garantías constitucionales, con la nulidad, logrando de esta forma la imposibilidad que dicho elemento de prueba concurra a la convicción del juez.[144]

Si bien es cierto que el proceso busca la certeza de ciertos hechos, dicha labor no puede ser realizada a cualquier costo, ni de cualquier modo. El fin no justifica los medios en el proceso, por lo que toda la labor jurisdiccional, tanto como la labor coadyuvante de las partes y de terceros en la aportación de pruebas, debe desarrollarse teniendo como norte el respeto a los principios que informan el proceso y, obviamente, el respeto a las garantías con reconocimiento constitucional.

iii) Nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest:

Según este principio los actos ilícitos no pueden jamás aprovechar a su autor. Con su carácter de principio general del derecho, y aplicándolo a la prueba en concreto, se traduce en la imposibilidad de que la parte que haya aportado una prueba ilícitamente obtenida, logre, en virtud de ella, un beneficio dentro del proceso.

Manresa[145], en alusión a aquel documento que estando en manos del litigante ha sido obtenido de manera ilegal, afirmaba: "Que no podrá utilizar el documento; y si

[144] Fundadas en este argumento encontramos instituciones, en nuestro ordenamiento procesal penal, que tienen por objeto la nulidad de los procedimientos basados en la falta de probidad en el desarrollo de la etapa probatoria. Ejemplo de ello lo constituye el artículo 657 del CPP que regula la revisión de sentencias firmes y que en su numeral tercero prevé esta situación. Otro ejemplo lo constituye la regulación existente en torno al recurso de nulidad, contenido en el Nuevo Código Procesal Penal, institución que en capítulos posteriores tendremos ocasión de analizar.

[145] MANRESA Y NAVARRO. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Vol. 3. 1887. Pág. 273. Citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob cit. Pág. 88.

lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, dolo o abuso de confianza que haya cometido para adquirirlo, el juez no deberá darle mérito legal a favor del que lo haya presentado con tal abuso, por la regla de derecho de que los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor".

Para Carnelutti el hecho que el elemento probatorio obtenido no pueda aprovechar posteriormente su autor "tiene su raíz en un profundo sentido de justicia, sin el cual no se puede concebir el derecho"[146]. En similares términos se expresa Serra Domínguez[147], al declarar que su postura "es radicalmente contraria a la eficacia de la prueba obtenida ilícitamente", basándola "no sólo en el análisis de las relaciones y en la aplicación del principio jurídico de que el dolo no puede aprovechar a la persona que lo utiliza, sino esencialmente en el grave riesgo que podría suponer para las relaciones jurídicas en general, la utilización fraudulenta de datos improvisados sin la menor reflexión ni garantía por las partes".

iv) Efecto disuasorio:

Al sancionar con la inadmisión procesal a la prueba ilegalmente obtenida se estarían logrando disuadir a potenciales infractores en cuanto advertir a que sin perjuicio de tener materialmente determinadas pruebas, éstas no sean valoradas si no han sido obtenidas bajo el respeto de las garantías constitucionales. Sólo mediante el rechazo absoluto de los resultados de una acción ilícita se logra desalentar a posibles infractores. Por el contrario, si se reconociera valor, por el más mínimo que fuese, el Estado estaría colaborando a que dichas infracciones se cometan. Rechazándolas se está enviando un claro mensaje de desaprobación de tales conductas y de preocupación por el respeto de las garantías constitucionalmente reconocidas. López Barja de Quiroga afirma que el rechazo de la prueba obtenida antijurídicamente "desalentará a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importante paso para la consecución de un Estado de Derecho".

v) Quod nullum est, nullum producit effectum[148]:

La declaración de nulidad del acto probatorio, no limita sus efectos al ámbito inmediato, sino que lo prolonga a los actos posteriores derivados de éste, como consecuencia de la característica de unidad del ordenamiento jurídico. La prueba irregularmente obtenida no sólo afectará al ámbito material, a través de sanciones a los infractores, sino que deberá tener consecuencias procesales, las que se traducen en la nulidad o ineficacia probatoria. Allorio[149] sostiene la siguiente ecuación: *prova irritualmente ámese = prova processualmente inefficace,* haciendo patente que la resolución judicial que admite una prueba lograda antijurídicamente puede reconducirse, dentro de la teoría general del derecho, a la categoría del acto jurídico con objeto no consentido

---

[146] CARNELUTTI, Francesco. "Ancora Sulla Inefficacia Dei Documenti Dolosamente Sottratti". *Rivista Diritto Processuale.* 1957. Pág. 337.

[147] SERRA DOMÍNGUEZ, en "Comentarios...". Pág. 89.

[148] "La nulidad del acto material de obtención del elemento probatorio comporta la nulidad posterior de toda su eventual eficacia".

[149] ALLORIO, Enrico. "Eficacia giuridica...", citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 108.

(equivalente al objeto ilicito, en nuestro ordenamiento), categoría que en el orden civil comporta su invalidez o nulidad.[150]

vi) Prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho:

Siendo la autoridad jurisdiccional la llamada a cumplir con la función de resolver los conflictos, y considerando la expresa prohibición penal del ejercicio arbitrario del propio derecho, se argumenta por este sector de la doctrina que la utilización de las pruebas ilegalmente obtenidas, mediante su admisión y posterior valoración dentro del proceso importaría la aceptación por parte de la autoridad que los particulares lograran imponer arbitrariamente sus propias razones, ya que la parte lograría obtener por medio de la utilización de los resultados de un acto ilícito, un pronunciamiento jurisdiccional.

vii) El fraude de ley debe ser sancionado:

La admisión de una prueba obtenida ilícitamente, importaría para este sector de la doctrina, permitir ingresar al proceso actos con fraude a la ley, sin sanción alguna. Al respecto Vives[151] ha dicho que "sólo la verdad obtenida con respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser– los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos jurídicos válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrá, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su verdad resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración".

viii) La búsqueda de la verdad dentro del proceso no es un valor absoluto:

La investigación de la verdad, no es en el proceso penal un valor absoluto, ya que se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado. En ese sentido Peters[152] considera que en el proceso penal no rige en forma absoluta el principio de la verdad, así como Walter[153] sostiene que "cuando la pugna es entre el individuo y la comunidad (como ocurre en el proceso penal), cabría argumentar que la verdad no hay que determinarla a cualquier precio, sino que para tutelar otros bienes y valores importantes habría que renunciar también alguna vez a castigar a alguien que posiblemente sea culpable". La meta de la fase de investigación del proceso penal no es la averiguación de la verdad, siguiendo a Hassemer[154], lo que el juez descubre

[150] En nuestro ordenamiento se reconoce este argumento en la regulación de la acción de revisión, contenida en el artículo 657 del Código de Procedimiento Penal. En virtud de dicha acción se puede lograr la nulidad de todo el procedimiento, a pesar de existir sentencia firme, debido a irregularidades en la etapa probatoria (numeral tercero de dicho artículo).

[151] VIVES, Antón. "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 89.

[152] PETERS. *Strafprozess*. 1981, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Pág. 90.

[153] WALTER, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Pág. 91.

[154] HASSEMER, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Pág. 91.

no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense". Añade que "sólo un derecho procesal penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que la producción del caso penal signifique también la vulneración de la ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituye el *ethos* propio de la fase de producción del caso".

Roxín[155], por su parte, afirma que una clarificación exhaustiva, ilimitada, de los hechos penales podría suponer el peligro de lesión de muchos valores sociales y personales. El "deber de clarificación" *(aufklärungspflicht)* no puede ser ilimitado, sino que por el contrario la investigación de la verdad material se encuentra restringida por limitaciones, exclusiones y prohibiciones en orden a la prueba, su práctica y su apreciación o aprovechamiento.[156]

"A nuestro juicio, no es preciso hacer distinción alguna entre el momento de admisión o de incorporación al proceso de una prueba ilícitamente obtenida y el momento de su apreciación, pues no vemos diferencia ninguna. Ciertamente no debe admitirse la prueba ilícita, pero si esa ilicitud es descubierta más tarde, el hecho de que ya se encuentre incorporada al proceso no afecta para nada en orden a la negación de su eficacia probatoria. En ambos casos, pues, no va a ser utilizable, aprovechable o apreciable.

"Entendemos que no puede considerarse el juicio como un teatro cuya existencia en sociedad se precisa únicamente porque el resto de los países del entorno lo tienen. Tal postura hipócrita, mantenedora del juicio como una cuestión de imagen, revela una ausencia absoluta de creencia en los principios que informan un Estado de Derecho; desde ese punto de vista, es lógico que cualquier medio utilizado para conseguir la prueba sea válido. Por el contrario, defendemos una conceptualización más profunda del juicio y su significado, así como defendemos los principios en los que se basa, que enmarcan los límites por lo que todo ha de discurrir. Opinamos que la prueba ilícitamente obtenida ha de ser radicalmente rechazada, y ello con independencia de que el infractor sea un particular o un funcionario del Estado, y tanto en relación con un procedimiento civil como en relación con un procedimiento criminal. Los principios que deben presidir toda esta materia no constituyen un conjunto de reglas sin valor alguno ni trascendencia política en el contexto social. Por el contrario, entendemos que sólo así, defendiendo la inadmisibilidad de la prueba ilícita, puede conformarse un Estado social y democrático de derecho, ya que el amparo judicial a tales ilegalidades –que en muchas ocasiones no son más que consecuencia de la ineptitud de la persona que realiza el acto abusivo en aras de una eficacia mal entendida– repercute necesariamente en las demás estructuras del Estado. La Justicia, entendida como

---

[155] ROXIN. *Strafverfarensrecht*. 1983. Citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Pág. 90.

[156] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. "Las escuchas telefónicas...". Pág. 111.

valor constitucionalmente protegido se salva, ampara y consigue, si se preservan los principios básicos de un Estado de Derecho, pues sólo de esa manera puede llegarse a dicha meta de la Justicia. El caso concreto en el que se pretende aportación de prueba ilegalmente obtenida es insignificante frente a la defensa del entramado que sostiene un Estado de Derecho, en el que lógicamente no deben existir tales supuestos, o al menos cada vez en menor medida.

"Por otra parte, no creemos que la verdad sea un valor absoluto, ni que la investigación a ultranza y en todo caso de la verdad sea un valor absoluto, ni por supuesto que en todos los hechos delictivos se descubra la verdad (piénsese sin ir más lejos, en el importante número de asuntos que se sobreseen por desconocimiento del autor del hecho), por ello el mantenimiento de los principios del Estado de Derecho han de prevalecer.

"Por último, no como sanción, pero sí como consecuencia, el rechazo de la prueba ilicitamente obtenida desalentará a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho. Y no debe olvidarse que la policía está sometida a directrices y presiones gubernamentales dirigidas a la consecución de una mejor estadística de casos resueltos. Además, la admisibilidad de la prueba ilicitamente obtenida produce una falta de control sobre la policía, y ello, a nuestro modo de ver, no redunda en beneficios sociales.

"Así, pues, para nosotros, la teoría de la prueba ilícita no agota su eficacia en el efecto negativo. Tiene un doble efecto: positivo uno y negativo el otro. El efecto negativo es el que da lugar a la falta de efectos de la prueba ilícitamente obtenida, a su imposibilidad de apreciación e incluso de aportación al proceso.

"El efecto positivo se concreta en la obligación que a todos produce respetar la normativa procesal garantista. Esta teoría conduce a que se cumplan las prescripciones legales, obligando a que el proceso se someta al derecho, cumpliéndose entonces uno de los pilares del Estado de Derecho".[157-158]

Finalmente, existen algunos que sostienen una tesis intermedia, estableciendo que debe determinarse si la prueba ilícita puede hacerse valer o no de acuerdo al mayor o menor valor del bien jurídico que fue violado para su obtención, las que pueden ser consultadas en la Memoria sobre la prueba ilícita penal de don Rodrigo Zúñiga.

C. POSTURAS INTERMEDIAS ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO

Siguiendo lo señalado por Rodrigo Zúñiga en su tesis ya mencionada, luego de haber analizado las dos teorías extremas en torno a la admisibilidad de los medios de

[157] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit. Págs. 99 y 100. 1989. Madrid. España.

[158] El agente encubierto de carabineros sólo se contempla respecto de la Ley de Narcotráfico y no puede entenderse sorprendido en delito flagrante alguno de los recurrentes por el solo hecho de que un policía haya ocultado su condición para provocar la conducta que luego denuncia. Corte Suprema. Recurso de amparo. 8.4.1999. *Gaceta Jurídica* N° 226. Abril 1999. Pág. 121.

prueba obtenidos en forma ilícita, se nos hace preciso avocarnos al análisis de aquellas teorías que podríamos considerar intermedias. La característica principal de ellas es el hecho de llegar a sus conclusiones por medio de la conjugación de diversos factores aplicados al caso concreto, llegando a un resultado en cuanto a admitir o inadmitir la prueba ilícita o en cuanto al valor que se le debe otorgar a ésta, teniendo siempre en cuenta la conjugación referida. Las posturas antes indicadas se pueden agrupar en las siguientes:

i) Teoría de la conjugación de intereses en conflicto:

"El interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable"[159].

Por su parte, Sainz de Robles y Albacar[160]sostiene que se debe "atender a la proporcionalidad de los intereses afectados por la prueba ilícita, propugnando, en cada caso, la ponderada valoración de los derechos e intereses conculcados así como la de los que, con su admisión, resultarían beneficiados". Por esta razón, para este autor, todas aquellas consideraciones hechas en torno al rango constitucional del derecho a la prueba, permiten en principio pronunciarse a favor de la admisibilidad de las pruebas ilícitas, cuando los derechos y normas violadas no alcancen aquel carácter. Así, "sólo en el caso que los derechos afectados por la ilegitimidad detenten carácter constitucional, se producirá una colisión de derechos de idéntico rango, que habrá de ser resuelta atendiendo a diversos criterios, entre los que figuran la categoría del derecho fundamental afectado y las circunstancias que concurren en la violación".

Esta teoría ha ganado, en los últimos años, bastante aceptación, a pesar de que tiene fuertes detractores. Entre éstos se encuentra el autor español López Barja de Quiroga, quien sostiene que esta teoría parte de un error al examinar el problema desde el punto de vista de la ponderación de intereses en conflicto, sopesando derechos con una concepción cuasi absoluta del derecho a la prueba, que si bien se encuentra protegido constitucionalmente, no lo está, al igual que el resto de las garantías, protegido en forma absoluta. Además, lo que se encuentra protegido es un derecho a la prueba legal, es decir, a la obtenida y practicada conforme a las normas de garantía legalmente establecidas, y no a cualquier tipo de prueba.

"En esencia, esta teoría sostiene que por una parte existe el derecho a la prueba y a la averiguación de la verdad y por otra parte existe el derecho violado (propiedad, intimidad, etc.) y el derecho del acusado al debido procedimiento. Sin embargo, a

[159] BORGOÑÓN, Pastor. "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas". R. Just. Pág. 337.

[160] SAINZ DE ROBLES y ALBACAR. "El derecho a la prueba", en Primeras Jornadas de Derecho Judicial. 1983. Págs. 593 y Sgtes.

nuestro modo de ver, esto no es así, pues el derecho a la prueba y a la averiguación de la verdad constitucionalmente establecido no es un derecho absoluto, sino que puede esgrimirse tal derecho sólo cuando se plantee dentro de los márgenes legales. No existe el derecho constitucional a la obtención de la verdad a cualquier precio. Por ello, no parece existir conflicto alguno, sino únicamente el derecho del acusado a que se respete el derecho al debido procedimiento, y éste es un derecho de carácter absoluto e inquebrantable si se pretende conformar un Estado social y democrático de Derecho. Este derecho es, sin duda, un derecho subjetivo del acusado, pero al mismo tiempo su respeto, el respeto a la legalidad del procedimiento, es un pilar básico de cualquier Estado de Derecho, y en la defensa de éste se encuentra comprometida la sociedad en su conjunto, de manera que al defenderlo se defienden siempre intereses públicos".[161]

ii) Teoría del ámbito jurídico (*Rechtskreistheorie*)

El punto central de esta teoría consiste en determinar si la lesión producida por la utilización de una prueba ilícita, ya sea admitiéndola al proceso y/o valorándola en la sentencia, afecta esencialmente al ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación.

A pesar de ser una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), tiene fuertes detractores entre los que podemos encontrar autores como E. Schmidt, Rudolphi y Philips.

Las más importantes críticas que se le formulan se basan en el hecho de considerar como derecho del acusado sólo el que se le respeten determinados y concretos preceptos, cuando en realidad debería considerarse que tiene derecho a la formalidad jurídica del proceso por entero, i.e,. tiene derecho a un proceso en el cual se respeten todas las garantías que deben existir en un proceso debido, por lo que cualquier vulneración que se produzca afectará su ámbito jurídico. Así, toda utilización de medios de prueba obtenidos en forma ilícita deberán ser descartados.

Los que critican esta teoría concluyen que pierde su norte al resolver, finalmente, el tema de una manera muy distinta a como pretendía hacerlo, ya que nos lleva a una prohibición absoluta y no a una selectiva como eran sus iniciales intenciones.

A pesar de las objeciones que pudieran formulársele debemos reconocer como mérito el hecho que obliga a un examen pormenorizado del caso concreto, considerando la formulación general indicada, y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en las diversas situaciones contempladas, pudiendo incluso agruparse según sea el bien jurídico lesionado con la utilización de la prueba ilicita, v. gr. la integridad física, la intimidad, la honra, etc.

iii) Posición del derecho inglés

La posición general del derecho inglés con respecto a este tema ha sido mantenerse indiferente o considerando irrelevante la ilegalidad del medio, como criterio de su

[161] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "Las escuchas telefónicas...". Pág. 111.

admisibilidad en juicio, exceptuando eso sí, todo cuanto se refiera a la confesión, medio para el cual este derecho ha asignado un tratamiento bastante más riguroso.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia inglesa ha sufrido una creciente evolución en este campo. Durante mucho tiempo los Tribunales ingleses consideraron como admisibles todo tipo de pruebas, independiente de cómo éstas hubiesen sido obtenidas. No obstante que el juez detentaba la facultad de rechazar la prueba, dicha discrecionalidad sólo existía en teoría, ya que en la práctica muy pocas veces fue ejercida.

Fue sólo hasta 1984, año en que se dictó la sección 78 de la *Police and Criminal Evidence Act,* cuando tal discrecionalidad del juez para excluir la prueba considerada ilícitamente obtenida, adquiere rango de ley. Desde ese momento la facultad otorgada al juez de rechazar y declarar una prueba como inadmisible por haber sido obtenida por medios considerados ilícitos, comienza a ser utilizada por los magistrados ingleses, dando paso a las consecuentes discusiones, sobre todo por el carácter amplio que dicha ley dio a la discrecionalidad, en la que el centro del juicio de admisibilidad se basa no en determinar la ilicitud del medio, sino que más bien en decidir si la aportación de tal medio ilícito afecta o no al juicio, convirtiéndolo en un juicio parcial *("unfair").*

En tal sentido se ha expresado Carter[162] señalando que en general el juez penal tiene discrecionalidad para negarse a admitir una prueba, si en su opinión sus probables efectos perjudiciales superan de tal modo su fuerza probatoria que su admisión sería injusta para el acusado. Otros como Emmins[163] integran al tema incluso la reacción que el jurado puede tener sobre la prueba, dejando como punto de consideración por parte del juez el impacto e influencia que sobre el jurado una prueba ilícitamente obtenida pudiese causar, aunque en sí no demuestre la responsabilidad del acusado.

En cuanto al medio de prueba confesión, el derecho inglés ha sido especialmente riguroso en su tratamiento, estableciendo en la sección 76 de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984, la forma en que una confesión extrajudicial, realizada ante funcionarios de policía, podrá ser admitida. Será preciso, según dicha ley, que la declaración haya sido realizada en forma voluntaria, i.e., que no haya sido obtenida mediante torturas, amenazas, promesa de ventaja alguna (tales como obtención rápida de libertad o establecimiento de fianzas) y que el acusador así lo demuestre. Pasa así la carga de la prueba de la voluntariedad de la declaración al acusador, estableciendo que el acusador debe demostrar al juez más allá de toda duda razonable que la confesión fue "voluntaria" (Sección 76,2,b). Incluso se establece que "en el caso que la defensa anuncie en el juicio su intención de rechazar la confesión hecha ante la policía, cuando el funcionario vaya a relatar la forma en que se produjo la confesión, el jurado abandone la Sala, y se debate en concreto y exclusivamente tal cuestión,

[162] Carter, citado por López Barja de Quiroga. Pág. 114.

[163] Emmins, citado por López Barja de Quiroga. Pág. 114.

interrogándose en su caso (mediante "*cross examination*") a los testigos pertinentes e incluso al acusado, y seguidamente el juez decide si admite o no la confesión como válida, llamándose a continuación al jurado, que entonces vuelve a la Sala".[164]

En relación a la declaración de testigos y de peritos, May[165] cita el caso Payne en el cual, en una comisaría de policía se le comunica al acusado que el médico que va a examinarle no testificará sobre su capacidad para conducir. Sin embargo, posteriormente, cuando el acusado está siendo juzgado por delitos que incluyen la conducción alcohólica, el médico fue llamado para que diera su opinión sobre si efectivamente el acusado estaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Según el Tribunal de Apelación, el juez debió haber rechazado la prueba en el ejercicio de su discrecionalidad, porque si el acusado hubiera pensado que el doctor iba a testificar sobre su aptitud para conducir, podría haberse negado a someterse al examen médico.

iv) Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Antes de analizar cuál ha sido la posición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado en torno a este tema, y con el objetivo de lograr una mejor comprensión, hemos creído necesario referirnos brevemente a la creación y organización de tal organismo, así como a la importancia y trascendencia que tienen sus fallos en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos de esa región.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, fue firmado el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigencia el 3 de septiembre de 1953, luego de ser depositados diez instrumentos de ratificación. Mediante este instrumento comenzó a darse una respuesta a la necesidad advertida durante la Segunda Guerra Mundial, de crear una real protección a los derechos fundamentales, idea predominante entre los aliados luego de advertir que tal protección había dejado de ser una cuestión doméstica de cada Estado, convirtiéndose en un problema internacional.

Se comienza también a dejar de lado el viejo concepto del derecho internacional que delimitaba su campo sólo a los conflictos entre Estados, para abrir paso a las reclamaciones de los particulares, reconociéndoseles la correspondiente legitimación.

Al respecto Pérez Luño[166] ha dicho que "sólo cuando se concibe la posibilidad de que la comunidad internacional y sus órganos puedan entender de cuestiones que afectan, no tanto a los derechos de los Estados en cuanto tales, sino a los de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos fundamentales. De otro modo, si se mantuviese como absoluto el principio de la

---

[164] Extraído de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 113.

[165] MAY, citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 114.

[166] PÉREZ LUÑO. *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema.* Ed. Madrid. 1979. Pág. 254.

soberanía estatal, las posibles violaciones de los derechos humanos cometidos por el Estado contra sus ciudadanos o una parte de ellos (minorías étnicas, lingüísticas o religiosas...), o contra las personas que residen en su territorio (piénsese, por ejemplo, en los apátridas, o las comunidades de trabajadores extranjeros), carecerían de relevancia jurídica internacional".

Con el objeto de llevar adelante su gestión, el Convenio establece a nivel institucional varios órganos, a saber:

1. La Comisión Europea de Derechos Humanos: órgano que sirve de filtro, de conciliador y de instructor del caso.

2. El Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano del Consejo de Europa): es un órgano político, aunque tiene competencias en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal europeo y, además, en determinados casos se pronuncia sobre si ha habido o no violación del Convenio.

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: es un órgano judicial.

4. El Secretario General del Consejo de Europa (también es un órgano del Consejo de Europa): tiene funciones auxiliares y de intermediación, pero con una importante facultad, escasamente utilizada, de control sobre la legislación interna de los Estados Parte.

A pesar de que se pudiera pensar que dicho tratado tiene el mismo efecto en cada uno de los Estados miembros, la realidad dista mucho de ser así, ya que la determinación de los efectos de los fallos del tribunal dependerá, finalmente, de las reglas internas que cada Estado tenga en relación a los tratados internacionales en general, y en especial en relación al Convenio.

Al respecto Cappelletti[167] sostiene que "cada Estado miembro aplica sus propias reglas relativas a los efectos de los tratados en su sistema jurídico nacional", pudiendo oscilar los efectos entre "un máximo alcanzado en países como Austria u Holanda, donde los tratados tienen idéntica fuerza, sino mayor, a la del derecho constitucional del país, hasta un mínimo en los países como el Reino Unido y los Estados escandinavos, donde no se le reconoce a la convención ningún efecto directo y no se puede por tanto invocarla como derecho vinculante para las jurisdicciones nacionales. Otros países aparecen en una situación intermedia: tal es el caso de Bélgica y de Francia, en donde a los tratados, y por tanto a la misma Convención, se les atribuye una fuerza superior a las leyes nacionales ordinarias, pero no a un nivel constitucional o supraconstitucional. Aparentemente, también Alemania e Italia se encuentran en un nivel intermedio: la Convención es directamente aplicable, pero tiene el mismo valor que las leyes ordinarias y, por lo tanto, puede ser suplantada por una ley nacional posterior o por una norma constitucional cualquiera". En cuanto a la situación de España, se puede hablar de una aplicación directa del Convenio o *self-executing,* como los llaman los anglosajones, formando parte el Convenio, del ordenamiento interno.

[167] CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimación de la justicia constitucional.* Madrid, 1983, Pág. 616.

El gran avance del Convenio radica en establecer un procedimiento que permite a las víctimas de violaciones de los principios que él establece, accionar incluso contra su propio gobierno. Es la llamada "cláusula facultativa"[168] del artículo 25 del Convenio[169], que prevé el acceso de los particulares ante la comisión, pero no directamente ante el Tribunal, ya que esta facultad está reservada sólo a los Estados Parte y a la propia Comisión[170], correspondiendo, en definitiva, a la comisión la función trascendental de decidir si un determinado caso será visto por el Tribunal o por el Comité de Ministros.[171]

En relación a la ejecución de las sentencias dictadas por TEDH, podemos decir que no obstante no son ejecutorias, en el sentido que no puede dársele cumplimiento a través de un tribunal de justicia interno, sí son lo que se ha denominado de "obligado cumplimiento" para los Estados a que se refieren, ya que si bien se limitan a declarar si existió o no violación al Convenio, existe a su vez el compromiso de los Estados parte a conformarse con las decisiones del Tribunal[172], correspondiendo a cada Estado, finalmente, el medio a utilizar para hacer cumplir lo fallado.

Si bien es cierto que lo fallado por el Tribunal no tiene como efecto directo ni imperativo la derogación de leyes, ni la nulidad de actos administrativos y tampoco de revocaciones de sentencias, en numerosas ocasiones han, efectivamente, producido tal efecto, lo que demuestra la trascendencia que dichos fallos detentan.

---

[168] El artículo 25 (números 1 y 2) del Convenio establece:

"1. La Comisión podrá conocer de cualquiera demanda dirigida al Secretario general del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente convenio. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio de este derecho".

"2. Estas declaraciones podrán hacerse por un periodo determinado".

[169] Recibe dicha denominación debido a que cabe la ratificación del Convenio sin que ello implique su aceptación.

[170] Los artículos 44, 45 y 48 del Convenio establecen la facultad de recurrir al Tribunal sólo a los Estados parte y a la Comisión, Sin embargo, a partir del 1 de enero de 1983 se permite, una vez que quien tiene legitimación para actuar lo haya hecho, y se encuentre, por tanto, iniciado un procedimiento, puede el particular acceder al procedimiento ocupando en éste "una posición procesal propia, distinta y separada de la Comisión".

[171] La verdad sea dicha, el destino de cada caso será absolutamente diverso dependiendo de qué órgano intervenga. Si se decide radicar el asunto en el Tribunal, existirá la posibilidad para el particular de participar en el procedimiento contradictorio, pudiendo obtener una satisfacción equitativa. Si por el contrario, se decide enviar el caso al Comité de Ministros, no podrán participar del procedimiento, ni la comisión ni mucho menos el particular, quedando la decisión en un órgano político, en donde la parte lesionada difícilmente logrará reparación de los daños producidos, ya que hasta la fecha no se conoce indemnización alguna otorgada por dicho Comité.

[172] El artículo 53 del Convenio establece: "las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse con las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean partes".

Luego de las nociones precedentemente entregadas en relación al Convenio, creemos prudente pasar a analizar lo que ha sido la postura adoptada por el TEDH en relación a la admisibilidad de los medios de prueba ilícitamente obtenido.

Pasaremos entonces a analizar uno de los fallos dictados por el TEDH, que tiene como materia central la admisibilidad en juicio de los medios de prueba obtenidos de manera ilícita. Si bien es cierto, que este fallo fue dictado hace ya varios años, aún nos sirve para graficar cuál ha sido la postura del TEDH en relación a este tema. La gran importancia de este fallo es que analiza a la luz de tres distintos artículos del convenio, el criterio seguido por el TEDH con respecto a la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida.

El caso es conocido como el caso Schenk y ocurrió en Suiza, cuando una persona, identificada como M. Pierre Schenk, fue acusado de tentativa de inducción al asesinato, basándose finalmente su condena en los medios de pruebas que habían sido aportados durante el proceso, dentro de los cuales se encontraba una escucha telefónica ilícita, en la que incluso había intervenido un agente provocador, quien era precisamente la persona contratada por éste para asesinar a su esposa, Josette Schenk. Debemos acotar que en el derecho suizo (al igual que en nuestro derecho, en los mínimos casos en que se encuentran permitidas las escuchas telefónicas) se requiere de la autorización judicial previa para que legalmente sea admisible la interceptación telefónica, situación que en este procedimiento no había ocurrido, lo que fue dado a conocer durante el juicio y que fue conocido por todos los tribunales que en algún momento tuvieron a la vista los antecedentes.

Al recurrir al TEDH se alegó por la parte del Sr. Schenk, que durante el procedimiento habían sido infringidas diversas garantías reconocidas por el Convenio, dentro de las que se encontraban las de los artículos 6-1, 6-2 y 8 del mencionado cuerpo legal. A continuación veremos el análisis seguido por el TEDH a través de cada una de las garantías aludidas:

Artículo 6-1 del Convenio:

En primer lugar habría sido violada la garantía del artículo 6-1 que prescribe: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".

El Sr. Schenk afirma que el empleo de un elemento de prueba ilegalmente obtenido es suficiente para hacer inequitativo el proceso y que su condena se apoyó esencialmente en dicho medio de prueba (escucha telefónica). Si bien acepta que una ponderación de los intereses en conflicto –el interés público a establecer la verdad respecto de un delito y el interés privado a preservar el secreto de una conversación telefónica– parece necesaria, dichas consideraciones, a su criterio, debieron tener lugar antes de la escucha y no después, y siempre dentro de la legalidad.

El gobierno, por su parte, no cuestiona que las grabaciones presentadas como medio de prueba hayan sido obtenidas en forma ilícita. De hecho, las mismas autoridades

judiciales suizas, en todas sus instancias lo habían reconocido.[173] Sin embargo, las tres jurisdicciones correspondientes aceptaron dicho medio como prueba, la que según los antecedentes que se tuvieron fue parte fundamental de la sentencia dictada.

El Tribunal Criminal de Rolle, argumentando la aceptación de la prueba, sostuvo que "de todas formas el contenido de la grabación habría podido figurar en el expediente, bien sea porque el Juez de instrucción hubiese puesto bajo vigilancia el aparato de Pauty, bien sea simplemente porque hastaría oír a Pauty como testigo", y que "entrar en los puntos de vista del acusado comportaría suprimir una buena parte de las pruebas de los expedientes penales". Por su parte, el tribunal de casación penal del tribunal cantonal de Vaudois sostuvo que "en sí misma la grabación impugnada no incidía en la interdicción de la prueba", que "si se quería recurrir a la balanza de los intereses y derechos en presencia (...), la violación de la esfera privada no debía prevalecer sobre el interés general en el descubrimiento del culpable. Finalmente, el Tribunal Federal ha estimado que "el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en el que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del Sr. Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a su esfera íntima".[174]

"Limitado por los términos del artículo 19 de Convenio[175], al Tribunal no le compete conocer, especialmente, de los errores de hecho o de derecho que se hayan cometido en un determinado proceso, a no ser que con ellos se haya producido un daño u ofensa a los derechos y libertades comprendidas en el Convenio.

Debido a esto, si bien el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, no reglamenta la admisibilidad probatoria, por lo que no puede excluirse por principio e *in abstracto* un determinado medio de prueba por muy ilícito que éste pudiese ser".

Artículo 6-2 del Convenio:

El Sr. Schenk, sostiene que al aceptarse un medio ilícito de prueba, la culpabilidad que se habría establecido en relación a su persona no se habría hecho en forma legal, por lo que se estaría violando la garantía contenida en el artículo 6-2 del Convenio que consagra la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

"Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada".

---

[173] El Tribunal Criminal de Rolle constató que la grabación no había sido autorizada ni ordenada por autoridad alguna. El Tribunal de casación penal del Tribunal cantonal de Vaudois, sostuvo "que se podía acudir al recurso de que incluso en ausencia de toda queja, la grabación privada del teléfono de Pauty al solicitante revestía en si el carácter de una infracción". El Tribunal federal determinó que "se podía admitir que los elementos constitutivos de la infracción prevista en el artículo 179 CP habían concurrido".

[174] Argumentos extraídos de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en "Las escuchas telefónicas...". Ob. cit. Págs. 103 y Sgtes.

[175] En virtud de este artículo el Tribunal tiene por misión asegurar el respeto de los compromisos resultantes del Convenio por los Estados contratantes.

Artículo 8 del convenio:

El señor Schenk estima haber sido víctima de una violación a su derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia, incluyéndose en éste el derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas, todo lo cual se encuentra protegido por el artículo 8 del Convenio, que señala:

"1-Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

La comisión, según el señor Schenk, no ha declarado admisible la queja relativa a la confección de la grabación litigiosa, dejando de examinar el caso bajo lo previsto por el artículo 8 del Convenio. De lo contrario, debería haber declarado que el uso de dicho elemento probatorio violaba el artículo 8 del Convenio.

Fallo del TFDH

Con fecha 12 de julio de 1988, en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, y con un resultado final de trece votos contra cuatro, falla que no ha existido violación a lo preceptuado por el artículo 6-1 del Convenio. Por unanimidad falla que no ha existido violación alguna al artículo 6-2, y por quince votos contra dos, que no ha lugar a examinar también el asunto desde el ángulo del artículo 8.

La votación anterior contó con los votos particulares disidentes de los jueces señores Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo, los que debido a la importancia de sus contenidos, pasaremos a revisar:

Voto particular disidente, común a los jueces señores Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo:

La gran parte de los jueces fallaron sosteniendo la tesis que el artículo 6 del Convenio no regula "la admisibilidad de las pruebas en cuanto tales, materia que desde entonces remite al Tribunal superior de derecho interno", se estima, además, por el voto de mayoría que no correspondía "excluir por principio e *in abstracto* la admisibilidad de una prueba obtenida de una manera ilegal, del género de la que se trata" y por tanto sólo debía "examinar si el proceso había presentado en su conjunto un carácter equitativo".

El voto de minoría sostiene que "el tribunal ha relativizado el alcance de su decisión ligándola al caso concreto, pero no podía, a nuestro juicio, eludir el problema de la ilegalidad de la prueba". Discrepan de la opinión de la mayoría, ya que aseguran que el respeto de la legalidad en la admisibilidad de las pruebas no es una exigencia abstracta o formulista, sino muy por el contrario, de una importancia capital para el carácter equitativo de un proceso penal.

Agregan que ninguna jurisdicción puede, sin hacer desmerecer una buena administración de justicia, tener en cuenta una prueba que haya sido obtenida, no simplemente por medios desleales, sino sobre todo de una manera ilegal. Si lo hace, el proceso no puede ser equitativo en el sentido del Convenio, ya que en el caso nunca se cuestionó por ninguno de los involucrados el que la "grabación litigiosa haya sido obtenida ilegalmente". A pesar del apoyo en otros medios probatorios de parte de los tribunales en cuestión, como los constatan las correspondientes resoluciones, igualmente se ha apoyado en "elementos distintos de la grabación, pero corroborando las razones extraídas de ésta, al declarar la culpabilidad" del interesado, por lo que de la misma forma se ha "aceptado la grabación como medio de prueba", fundándose "en parte" en la grabación ilícita.

Voto particular disidente de los jueces señores Pettiti y De Meyer:

Estos jueces sostienen que el Tribunal debió considerar los hechos tanto bajo el ángulo del artículo 8 del Convenio como del artículo 6, lo que sin duda hubiese conducido a constatar una violación de cada uno de estos artículos.

Voto particular disidente del juez señor De Meyer:

Por su parte, el juez De Meyer agrega a las posiciones anteriores que "los hechos constatados en la sentencia revelaban, tanto en lo que concierne a la confección de la grabación litigiosa como en lo que concierne a su utilización por la justicia, tanto una violación del derecho del solicitante al secreto de sus comunicaciones telefónicas como una violación de su derecho a que en su causa fuera oída equitativamente".

Sostiene que "Es verdad que la queja había sido declarada inadmisible por la Comisión en la medida en que ella se refería a la confección de la grabación, pero nosotros éramos los competentes para conocer del asunto, y por ello, de todas las cuestiones de hecho y de derecho" que se suscitaban en el curso de su examen. La confección y la utilización de la grabación litigiosa se encontraba en relación directa, la una con la otra: constituían un conjunto difícilmente disociable, tanto en el derecho como en el hecho. La confección de la grabación era la condición preliminar y necesaria de su utilización, como ésta era al mismo tiempo el objetivo y la prolongación de aquélla. Una y otra daban lugar a quejas que eran no sólo manifiestamente conexas y estrechamente ligadas, sino también esencialmente idénticas.

"Nada debía a partir de ahí, impedirnos examinar el proceso litigioso en su conjunto. Todo indicaba que en cada una de sus fases se había violado dos derechos fundamentales de que se trataba".

Conclusión:

Del análisis del fallo de TEDH, es posible concluir que éste sigue una posición de las que denominamos intermedia, en el sentido que no admite ni inadmite *a priori* la utilización de medios de prueba ilícitos. Muy por el contrario, basa su decisión en el estudio del caso concreto tomando en cuenta todos los aspectos involucrados en éste. Consecuentemente existen, como lo pudimos observar, distintas posiciones dentro del mismo Tribunal, situación que se hace patente a través de los votos particulares disidentes que tuvimos oportunidad de revisar.

Comienza el fallo afirmando radicalmente la imposibilidad para el TEDH de excluir en principio y en abstracto la admisibilidad de una prueba obtenida de manera ilícita, al menos del género que se trataba en el caso concreto, i.e, ilícitas en su obtenciòn (quizás distinto hubiese sido la decisión si se hubiese tratado de aquellas pruebas ilicitas en sí, como lo es la tortura). Luego de tal afirmación se comienza con un estudio de los intereses en conflicto presentes en el caso, teniendo como centro del análisis la determinación si en el caso concreto y analizado el proceso en su conjunto, éste resulta o no de carácter justo.

4.4. La prueba ilícita y sus efectos reflejos (teoría del fruto del árbol envenenado) ("fruit of the poisonous tree doctrine")

Uno de los problemas que mayor discusión ha generado la teoría de la prueba ilícita ha sido el relacionado con el de la prueba lícita que se obtiene a partir de una prueba ilícita, como ocurre, por ejemplo, en el caso que gracias a una escucha ilegal se conoce la hora y el lugar de la cita para la entrega de la droga, siendo por ello en tal momento esperados y detenidos in fraganti los autores e incluso grabado en video la entrega de la droga a cambio de dinero. Obviamente este problema se planteará para quienes sostienen que no es admisible y eficaz la prueba ilícitamente obtenida, puesto que para los partidarios de su licitud, no sólo aceptarán ésta sino que con mayor razón la que se obtiene lícitamente a partir de ella.[176]

Desarrollando esta teoría en su tesis sobre la prueba ilícita penal, nos señala Rodrigo Zúñiga, que los orígenes de esta teoría suelen atribuirse al caso "Silverthorne Lumber Co. *versus* United States" (1920), a pesar que fue sólo en el caso "Nardone *versus* United States" (1939), cuando se utiliza por primera vez la denominación *"Fruit of the poisonous tree doctrine"*, caso en el cual gracias a unas escuchas telefónicas realizadas sin la orden judicial correspondiente, se habían conseguidos determinadas pruebas.

Conforme a esta teoria la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas.

La doctrina, como era de prever, se encuentra dividida en cuanto a la aceptación de esta teoría.

Consecuentes con su posición en cuanto a la admisibilidad de la prueba ilícita, quienes así opinan, determinan que bajo los mismos fundamentos debe ser admitida en juicio la prueba que siendo lícita en sí deriva de una ilicita. Así, Cordero sostiene que "es un error postular que entre las singulares iniciativas probatorias exista una relación de dependencia jurídica sobre la cual se base la noción de procedimiento, ya que entre los varios fragmentos del contexto psicológico existe un simple nexo

[176] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit. Pàg. 115. 1989. Madrid. España.

de conexión (la luz que ha guiado al juez en los ulteriores desarrollos de la labor de investigación)"[177]. Sin embargo, dentro de esta radical oposición a admitir que la inadmisibilidad de una prueba se extienda a las sucesivas que traen causa de la primera, Cordero realiza una gran excepción, constituida por la inadmisibilidad *bonam parte*, ya que concluye, la declaración de inocencia de un inculpado es demasiado importante para ser sacrificada, según sus palabras, a los "idolos del proceso".

Entre quienes se inclinan por declarar inadmisible la prueba ilícita, podemos decir que generalmente también se inclinan por la inadmisibilidad de la prueba derivada. Sin embargo, la opinión no es unánime existiendo al menos dos grandes corrientes, marcándose la diferencia en el concepto que se debe tener por prueba derivada.

La primera se constituye por aquellos que consideran que por prueba derivada se debe entender un concepto amplio en donde se incluya toda aquellas pruebas que derivan directa o indirectamente de la ilicita. La segunda sostiene que en el concepto de prueba derivada, y por tanto aplicable a él la teoría del fruto del árbol envenenado, deben estar incluida sólo aquellas pruebas cuya derivación de la ilícita se produce directamente.

En el primer grupo es dable nombrar a Carrió, como también a una parte de la jurisprudencia norteamericana (la primera época o estadio), que sustenta la teoría de la fuente independiente, para la cual, "la prueba de la culpabilidad descubierta luego que la policia ha efectuado un registro ilegítimo, sólo podia ser presentada en el proceso, si el acusador demostraba, fuera de toda duda razonable, que su individualización había tenido lugar independientemente de la actividad de búsqueda ilícita, es decir, que fuera absolutamente ajena a esta última".[178]

Por su parte, quienes sostienen que por prueba derivada debe entenderse exclusivamente aquella obtenida mediante explotación de la ilícita, y sólo gracias a ella, existiendo una dependencia mediata con la violación constitucional, o en otras palabras, existiendo una dependencia inmediata con la prueba ilícita, descartan la aplicación de la teoría a todas aquellas pruebas cuya obtención lo sea por medios suficientemente diferenciables, i.e., la prueba indirecta y toda aquella que igualmente se hubiera podido obtener mediante otras actividades de orientación diversa.

Dentro de esta posición podemos encontrar a autores como Gosso, Vigoriti, De la Rúa y también a la jurisprudencia norteamericana de los últimos años, dentro de la cual, si bien sólo ha sido excepcionalmente, se han admitido pruebas legalmente obtenidas procedentes de la ilegalmente obtenida, debido a que dichas pruebas hubieran sido de todos modos descubiertas de otra manera, o la conexión entre unas y otras pruebas (ilegales y legales) resulta muy atenuada o, dada la conexión, altamente indirecta entre ellas. Las excepciones antes mencionadas han dado lugar a lo que se

[177] Citado por MINVIELLE, Bernardette. Ob cit. Pág. 45.

[178] Siverthorne Lumber Co. versus United States, citado por MINVIELLE, Bernardette. Ob. cit.

denomina en el derecho norteamericano como *Independent source*[179], incluyendo una derivación de ésta denominada *Inevitable Discovery*[180] o la *Hipothetical independent source rule*[181].Cada una de estas derivaciones posee sus consiguientes reglas, que se encuentran establecidas para los diferentes casos y que deben ser consideradas en la aplicación del caso concreto.

En otro orden de consideraciones, De Marino[182] estima "que es necesario encontrar una solución que respetando los valores garantizados por las prohibiciones probatorias no limite excesivamente el derecho a la prueba". En esa línea, Pastor Borgoñón, entiende que la solución "puede hallarse distinguiendo el fundamento de las normas violadas. Si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la ineficacia de la misma, serán válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso, serán ineficaces. Incluso podría reducirse la ineficacia, en estos casos, a los supuestos, en que tales elementos de prueba no hubieran podido obtenerse por un procedimiento lícito. Restringiendo o ampliando la validez, según se presumiera o no la obtenibilidad legítima".[183]

Agrega que "no está nada de claro que se deriven también efectos respecto a actos que, jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros; no admitir un medio de prueba al proceso porque el acto de recogida de la fuente es nulo es una cosa, pero no admitirlo por el hecho de que, siendo totalmente válida la conducta de recogida de la fuente probatoria, la información que pudo haberla motivado se haya obtenido como consecuencia de una actuación atentatoria contra un derecho fundamental es otra distinta.

Los procesos mentales o las fuentes de información del investigador no pueden ser rastreadas indefinidamente hacia atrás hasta comprobar su absoluta "pureza", o dicho de otra forma, el efecto anulatorio derivado del carácter inviolable de los derechos fundamentales no puede mantenerse indefinidamente, sin que importen los actos interpuestos"[184].

Por su parte, y en una posición contraria a las expresadas, se manifiesta López Barja de Quiroga[185]. Para este autor el problema se encuentra en primer lugar en determinar el carácter de "consecuencia" del segundo acto o prueba lícitamente obtenida, en relación con el primer acto, que fue ilegal[186]. Es preciso que entre un acto y el otro exista

---

[179] Podemos entenderlo como "fuentes independientes".

[180] "Descubrimiento inevitable".

[181] "Regla de la fuente independiente hipotética".

[182] Citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 116.
PASTOR BORGOÑÓN. Ob. cit. Pág. 361.

[183] PASTOR BORGOÑÓN. Ob. cit. Pág. 362.

[184] PASTOR BORGOÑÓN. Ob. cit. Pág. 362.

[185] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit. Pág. 117.

[186] En concordancia con nuestra posición debemos interpretarlo como ilícito.

una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es "consecuencia" del primero. En tal caso, es indiferente que existan actos intermedios, pues lo único que ahora, como primer paso, interesa es establecer ese carácter de consecuencia que une ambos actos, y con bases más o menos sólidas la existencia de una correlación entre un acto y un resultado".

Agrega que una vez que se ha establecido este primer extremo, entonces que la ineficacia de la prueba lícitamente obtenida (2° acto; acto consecuencia) es lógica y se llega a esa tesis simplemente aplicando la regla general que proclama la inadmisibilidad e inaprovechabilidad de la prueba ilegalmente obtenida.

Así, en el ejemplo con que iniciamos este tema, si en el interrogatorio bajo tortura el detenido confiesa y revela además el escondite del arma y del botín, que luego la policía, contando con la orden judicial, recogerá, no parece lógico que la confesión quede excluida, por haberse obtenido ilícitamente, pero tanto el arma como el botín sea admitido, por haber sido obtenido de manera lícita (orden judicial). La solución, como lo expresa López Barja, exige establecer el carácter de "consecuencia", y una vez verificado y afirmado dicho carácter, la respuesta es única. En ambos casos la prueba debe ser excluida.

Por otra parte, se ha sostenido que debe ser admitida la prueba ilícita derivada en caso que nos encontremos ante un descubrimiento inevitable. Se suele citar como caso paradigmático el proceso norteamericano "Nix v. Williams" de 1984: La policía obtiene, del principal sospechoso, la declaración de existencia del cuerpo de la víctima, a partir de un interrogatorio sin la presencia de abogado, en abierta violación a la sexta enmienda. A pesar de ello, la Corte aceptó la prueba así lograda, en base que tarde o temprano, dado el amplio despliegue policial en la zona, se habría dado con el cuerpo.[187]

En el derecho extranjero se han analizado casos de prueba ilícita respecto de pruebas personales como confesión, testigos, reconocimiento de imputado, intervenciones corporales, prueba pericial, prueba daetiloscópica, prueba caligráfica, alcoholemia, detención, *cacheo,* careo, inspección ocular, como respecto de pruebas reales como entrada y registro domiciliario, registro de automóviles y objetos cerrados, intervenciones telefónicas, prueba de vídeos, grabaciones magnetofónicas, soportes informáticos, apertura de paquetes e intervención de correspondencia documentos.[188]

---

[187] LEIGHTON G., Guillermo. "Revisión de jurisprudencia comparada sobre prueba ilícita por violación de garantías procesales". *Revista Procesal Penal* N° 30. Págs. 31 y Sgtes. Febrero 2005.

[188] Véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal, Estudios jurisprudencial.* Aranzadi. 2ª edición. Navarra. 2000. En nuestro país, ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita.* Capítulo Tercero. "Tratamiento Jurisprudencial en algunas experiencias comparadas". Págs. 101 y Sgtes. LexisNexis. 2004. MINI MASSONI, Mario. *La prueba ilícita en el proceso penal.* 2005. Editorial Metropolitana.

4.5. La prueba ilícita en el CPP

El actual sistema procesal penal, contempla expresamente y como principio general la exclusión de la prueba ilícita de aquella que puede ser rendida en el juicio oral, lo que debe verificarse por el juez de garantía dentro de la audiencia de preparación del juicio oral.

Al efecto dispone el inciso 3° del artículo 276, que "del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".

Siguiendo lo señalado por Francisca Zapata podemos señalar que el efecto propio es excluir la prueba ilicita, esto es, descartar la prueba ofrecida y, en lo inmediato, dejarla fuera del auto de apertura de juicio oral, lo que conlleva la imposibilidad de que la prueba cuestionada sea rendida en juicio oral. Lo que se excluye es el medio de prueba, que se obtuvo sin dar cumplimiento o respetar en forma exacta y cabal las garantías fundamentales, que no son otros que los asegurados por la Constitución y los tratados internacionales.[189]

Se ha justificado esta decisión en cuanto a la oportunidad en que debe verificarse la exclusión, al señalarse que es la única solución realista para evitar toda contaminación del órgano judicial, al permitir apartar al juez o a los miembros del jurado que han tenido contacto con la prueba ilicita. No es suficiente con la eliminación o exclusión física del material de las pruebas ilicitas o con denegarles legalmente toda eficacia. Al objeto de asegurar su total inefectividad el juez que hubiere tenido contacto con la prueba ilícita debe abstenerse[190] y se encuentra inhabilitado para conocer el juicio con posterioridad. En este mismo sentido se señala que la conveniencia de tratar la cuestión en forma previa es indiscutible. Como nos señala el autor argentino Alejandro Carrio, si como suele ocurrir entre nosotros, planteos acerca de la validez de esa prueba son recién analizados por los jueces en la oportunidad de dictar sentencia, es razonable pensar que influirá negativamente sobre ellos el hecho de que hacer lugar a la exclusión, significa perder prueba decisiva para la determinación de la culpabilidad o inocencia que *esos mismos jueces* deben llevar a cabo en *ese mismo momento*. Es también razonable suponer que tales planteos tenderán naturalmente a ser minimizados por los magistrados, quienes verán en ellos tan sólo tecnicismos o construcciones rebuscadas, emanadas de quien aparece como claramente culpable del delito por el que se lo ha acusado.[191]

---

[189] Francisca ZAPATA, María. *La prueba ilicita.* Capitulo Tercero. "Tratamiento Jurisprudencial en algunas experiencias comparadas". Págs. 35 y Sgtes. LexisNexis. 2004.

[190] MIRANDA ESRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilicita y su tratamiento en el proceso penal.* Pág. 105. J.M. Bosch. 1999. Barcelona.

[191] CARRIO, Alejandro. *Garantias constitucionales en el proceso penal.* Pág. 266. Hammurabi. 4ª edicion actualizada y ampliada. Buenos Aires. 2003.

Debemos recordar en esta materia, que el Ministerio Público se encuentra limitado en la etapa de investigación en la recopilación de pruebas, dado que toda actuación del procedimiento que importe una privación, restricción o perturbación de los derechos fundamentales debe ser realizada previa autorización del juez de garantía (artículo 9°) y que su infracción conduce a la declaración de nulidad del acto realizado sin dicha autorización conforme a lo previsto en el 160.

Sin perjuicio de dicho principio general, se han previsto específicamente en el CPP ineficacias de determinados medios de prueba por la violación de derechos fundamentales (véanse artículos 195, 225, etc.).

Otras limitaciones que se han señalado para los efectos de obtención de las pruebas consisten en el secreto profesional:

Podemos señalar que el secreto profesional es considerado por el legislador como una excusa legítima para que una persona se niegue a prestar prueba de testigos o confesional (artículos 201 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, 303 CPP y 360 N° 1 del CPC).

Los hechos para que exista secreto profesional pueden haber llegado a la parte de dos maneras:

a) Dicho hecho se le ha comunicado al profesional exigiéndole que guarde secreto al respecto, o

b) Que el profesional conozca de los hechos y discrecionalmente establezca que esos hechos merecen quedar en secreto en virtud de la obligación que tiene de ello por su profesión.

El secreto profesional no sólo existe respecto de los abogados, sino que también respecto de los médicos, de los sacerdotes y, últimamente, de los periodistas.

En efecto, se ha fallado que "el periodista que ha recibido declaraciones de un entrevistado, no está obligado a entregar a un tribunal la cinta magnetofónica que contiene su texto si se trata de un secreto que tiene el deber de guardar".

La facultad para negarse a deponer en virtud de implicancia propia o de un familiar de una de las partes, la que contempla respecto del inculpado en el artículo 305 inciso 1° CPP[192]; y la de los familiares en los artículos 305 inciso 2° CPP y 360 N° 2 del CPC.

VIII. LA CARGA DE LA PRUEBA

1. CONCEPTO DE CARGA

La teoría de la situación jurídica fue creada por el autor alemán James Goldschmidt en su obra "El proceso como situación jurídica", como una reacción frente a la teoría de la relación jurídica.

El proceso no es una relación jurídica, porque el juez no está obligado para con las partes y porque entre los litigantes no existe ninguna obligación.

[192] Artículos 484 inciso 2° y 201 N° 1 del Código de Procedimiento Penal

La obligación del juez de dictar una sentencia no es una obligación procesal, sino una obligación *ex officio* que, como funcionario público corresponde al juez frente al Estado.[193] El juez no dicta sentencia porque esté obligado para con las partes, sino porque como funcionario público tiene ese deber (artículos 76 CPR, 1°, 2°, y 545 del COT; 162 y 170 CPC; 500 del Código de Procedimiento Penal y 343 y 344 del CPP).

Las partes tampoco tienen verdaderos deberes ni derechos; sólo sumisión como ciudadanos al cumplimiento de deberes o, en su caso, ejercicio de derechos públicos al margen del proceso. En el proceso no hay, pues, una relación jurídica, sino una mera situación, la cual se define por oposición a la correlación de deber y derecho que caracteriza a la relación jurídica, como un complejo de meras posibilidades de obrar, expectativas y cargas.[194] No existen obligaciones entre las partes entre sí, sino que sólo un estado o posición de cada una de las partes frente a una sentencia que se espera obtener dentro del proceso.

Fundado en la realidad de la guerra en que los derechos se desvanecen surgiendo expectativas, aspiraciones, perspectivas, proyectos de resultados favorables, Goldschmid, traslada esa experiencia al proceso. En éste se observa para las partes un estado de incertidumbre. Se visualiza, se proyecta subjetivamente la sentencia como una circunstancia dependiente de acciones u omisiones; acciones que aumentan posibilidades de éxito, omisiones que hacen disminuir dichas posibilidades. En síntesis, de la actividad o inactividad de las partes depende en buena medida el resultado de la situación individual del actor y del demandado. El proceso es un equivalente de la guerra en el cual no existe derecho, sino que sólo posibilidades, expectativas, cargas y liberaciones de cargas, dependiendo de su cumplimiento o incumplimiento que mejore o se deteriore la posición que las partes ocupan en el proceso para los efectos de obtener una sentencia favorable.

El proceso como situación jurídica procesal representa el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas de cada una de las partes y que significa el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Se entiende por expectativas la esperanza de obtener ventajas procesales futuras de obtener una sentencia favorable, sin tener la necesidad de realizar un acto propio. Por ejemplo, el demandado rebelde tiene la expectativa que se rechace la demanda por no estar debidamente fundada, que el actor se desista de la demanda, etc.

Normalmente la omisión por parte del otro contendiente en la realización de un acto que le corresponde, le acarreará un aumento de las expectativas de obtener una sentencia favorable; aunque no siempre ello será así, toda vez que ella dependerá de lo fundada que se encuentre la pretensión.

---

[193] GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil.* Pág. 35. Civitas. 4ª edición. 1998.

[194] GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil.* Pág. 35. Civitas. 4ª edición. 1998.

Se entiende por posibilidades el mejoramiento de la posición para obtener una sentencia favorable, en cuanto mediante un acto propio que la parte realiza en el proceso puede proporcionarse una ventaja procesal. Por ejemplo, el actor que fundamenta adecuadamente su demanda aumenta las posibilidades de obtener una sentencia favorable.

Se entiende por carga procesal el ejercicio de un derecho para el logro del propio interés.

El concepto de carga procesal es el principal aporte de la teoría de la situación jurídica procesal, el que se diferencia claramente de la obligación, de acuerdo a lo siguiente:

a) La carga es una facultad que conlleva un riesgo para su titular, siendo voluntario el sobrellevarla. En la obligación la realización de la conducta es necesaria, puesto que en caso de incumplimiento puede ser forzado a cumplirla.

b) En la carga, el interés que se tutela cuando ella es sobrellevada es el interés propio. En la obligación, cuando el obligado realiza la conducta el interés que se tutela es el ajeno.

c) En la carga, el incumplimiento no genera un derecho para la otra parte. La contraparte, en caso que una parte no sobrelleve su carga, no tiene derecho para exigirle compulsivamente que realice el acto procesal en beneficio de su propio interés. Así, por ejemplo, cuando el demandado no contesta la demanda, el demandante no puede solicitar al tribunal que compulsivamente lo obligue a cumplir con ese deber; o cuando el demandante no rinde prueba para acreditar su pretensión no puede el demandado pedirle al tribunal que compulsivamente obligue a ello a la contraparte. En la obligación, en caso de incumplimiento, se genera el derecho para la otra parte de exigir el cumplimiento compulsivo de la prestación.

Con el concepto de carga se puede explicar fundadamente la situación de la rebeldía del demandado en la contestación de la demanda. En efecto, el demandado no tiene la obligación o el deber de contestar la demanda, ya que no existe la posibilidad para el actor de obligarlo compulsivamente a ello. La defensa se encuentra exclusivamente radicada en el demandado y a éste le corresponderá sobrellevar voluntariamente la carga que se le ha impuesto. La máxima contribución de esta teoría es la introducción al Derecho Procesal de la categoría o concepto de "Carga Procesal", que logra explicar adecuadamente la acción facultativa del demandado en el proceso separándola del concepto de obligación que presupone siempre una sanción específica, como multa, arresto, costas. Se trata de explicar que la contestación de la demanda no es obligación, sino ambas cargas procesales que no generan sanciones específicas, sino perjuicios procesales en función de una sentencia favorable.

Las principales cargas que podemos apreciar en el proceso es la carga de la afirmación que pesa sobre el demandante; la carga de la defensa que recae en el demandado; y la carga de la prueba, que es donde mayor aplicación se ha dado a este concepto.

Liberación de carga se verifica cuando una parte es libre de no cumplir con cierto acto, sin que de esta omisión se le pueda generar un perjuicio procesal. Así, por ejemplo, si el demandado opone una excepción, el actor queda liberado de la carga

de probar los hechos en que fundamenta su pretensión, puesto que en tal caso ella se traslada al demandado.

Según Goldschmidt, la teoría de la relación jurídica procesal está basada en una formulación estática del Derecho; y en cambio, la situación jurídica parte de una formulación dinámica del derecho, puesto que la posición de las partes en el proceso en relación a la obtención de una sentencia favorable se va transformando y variando continuamente y en cada instante de acuerdo a la forma en la cual cada una de ellas asuma las posibilidades, expectativas, cargas y liberaciones de cargas.

La crítica mayor formulada a esta tesis es la de haber considerado una visión empírica y sociológica, muchas veces defectuosa o apartada de lo que debe ser el proceso. Según sus críticos es preciso buscar la naturaleza jurídica del proceso no en su realidad práctica, sino en su estructura jurídica de carácter teleológico o finalista. La situación jurídica nos indica cómo puede tener lugar el proceso en la vida del foro, pero no nos indica cómo debe ser el proceso.

Además, se señala que ella no es aplicable al derecho procesal penal, en el cual sí es posible apreciar la existencia de derechos y obligaciones, con lo cual se rompe con el concepto de la unidad del proceso. Es por ello, se señala, que esta teoría sólo persigue destruir la teoría de la relación jurídica procesal, pero no establece una visión unitaria respecto del proceso.

No se justifica la exclusión del juez como parte del proceso y sometido, en cuanto a sus deberes sólo a las normas constitucionales y administrativas, puesto que las partes poseen los medios para exigir dentro del proceso el cumplimiento de los deberes por parte del juez.

2. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

Para los efectos de precisar el concepto de la carga de la prueba es menester tener presente que en el proceso civil rige el principio de aportación de parte, según el cual:

1°. Corresponde a la esencia del proceso civil el que sobre las partes recaiga la carga de aportar los hechos al proceso; esto es, la realización de las afirmaciones de los supuestos fácticos de las normas cuyas consecuencias se piden sólo puede ser obra de las partes. Si el juez pudiera hacer esas afirmaciones, se estaría alterando toda la concepción de lo que es el proceso civil.

2°. Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que corresponde también a la esencia del proceso civil el que sobre las partes recaiga la carga de probar los hechos afirmados por ellas.[195]

Además, debemos tener presente que en el proceso civil rige el principio de adquisición procesal, conforme al cual las actividades procesales le pertenecen al proceso, independientemente de la parte que las haya realizado. Aunque el principio

[195] MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Págs. 59 y 60. 1996.

tiene contenido general (si una parte interpone un recurso de apelación, éste se tramitará para las dos) es en la prueba donde adquiere mayor sentido, significando que si un hecho ha sido probado el juzgador tiene que partir de él en la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado. Dicho de otra manera, todas las pruebas se incorporan al proceso, "son del proceso" en que producirán certeza y tienen como destinatario al juez.[196]

Se ha definido la carga de la prueba como:

• La carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.[197]

• La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.[198]

• Dícese de aquella cuyo reconocimiento consiste en poner a cargo de un litigante la demostración de verdad de sus proposiciones de hecho; cuya facultad consiste en la posibilidad de no hacerlo, sin que de ello se derive responsabilidad ni se incurra en sanción; y cuyo gravamen consiste en que, no habiéndose producido la prueba respectiva, las proposiciones de hecho no serán admitidas como exactas.[199]

Al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el juez puede considerar que los hechos para él se encuentran en alguna de estas tres posibilidades:

1°. El hecho alegado por alguna de las partes existió: Debe extraer la consecuencia jurídica prevista en la norma (se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar).

2°. El hecho alegado no existió: No habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse (se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictar sentencia absolutoria).

3°. El hecho no ha llegado a ser probado, colocando al juez en la situación de duda: Esta situación de incertidumbre no le permite dictar una sentencia de *non liquet*, es decir, no puede dejar de resolver.

La doctrina de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde este punto de vista al final del proceso. No trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos. La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina del *onus probandi*

---

[196] MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Págs. 61 y 62. 1996.

[197] ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Pág. 15. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1956.

[198] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo I. Pág. 426. 1988.

[199] COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Pág. 133. Ediciones Depalma. Buenos Aires.

tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de prueba. Pero incluso desde esta perspectiva, la pregunta que debe hacerse al juez, partiendo de que un hecho no ha sido probado, es a quien perjudicará esta circunstancia y, consiguientemente, quién debió probarlo.

Por este camino, indirecto para nosotros en este momento, la carga de la prueba se resuelve en quien debió probar. Resulta así, pues, que la doctrina de la carga de la prueba produce efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos:

1°. Con relación al juez sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba. En principio, la sentencia será desfavorable a aquella parte que pidió un efecto jurídico establecido en la norma cuyo supuesto de hecho no probó. Siempre con relación al juez, esta doctrina no sirve para que éste diga a las partes cuál de ellas debe probar; a lo largo del proceso el juez no asume lo que podríamos llamar una función distribuidora de la carga de la prueba; como hemos dicho, si un hecho está probado al juez no debe importarle quién realizó la prueba, pues él cuestiona la carga sólo cuando falta la prueba de un hecho y en el momento de la sentencia.

2°. Respecto de las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del juicio, para que sepan quién debe probar un hecho determinado si no quieren que entre en juego el efecto anterior (aunque se produce después en el tiempo).[200]

De acuerdo con ello se ha distinguido respecto de la carga de la prueba un aspecto subjetivo y concreto, y, por otra parte, un aspecto objetivo y abstracto.

La carga de la prueba es subjetiva porque contiene una norma de conducta para las partes y porque les señala cuáles hechos les conviene que sean probados en cada proceso, a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, no obstante dejarlas en libertad de hacerlo; en este sentido, se habla precisamente de distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado. Es concreta, pues si se la mira desde el aspecto subjetivo o en relación con las partes, determina los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte conforme al asunto sustancial debatido y a la situación sustancial de cada una, entre los numerosos hechos que generalmente pueden ser objeto de la prueba judicial y los varios que constituyen el tema de la prueba en cada proceso. Desde este punto de vista subjetivo suele hablarse de "a quién corresponde probar" o "quién debe llevar la prueba"; pero nosotros consideramos que es preferible hablar de a quién interesa que se produzca cierta prueba y, por lo tanto, a quien afecta en la sentencia la falta de tal prueba, porque como varias veces lo hemos explicado, no es necesario que la prueba del hecho favorable a una parte la aduzca ésta, ya que producirá los mismos efectos procesales si la suministra el adversario o el juez oficiosamente, como consecuencia del principio de la unidad de la prueba.

---

[200] MONTERO AROCA, Juan-ORTELLS RAMOS, Manuel-GÓMEZ COLOMER, Juan Luis-MONTÓN REDONDO, Alberto. Ob. cit. Tomo II. Págs. 191 y 192. 7ª edición. 1998.

La carga de la prueba es objetiva, por cuanto implica una regla general de juicio, conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio, o la petición de jurisdicción voluntaria, el juez debe proferir sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla y, por lo tanto, le prohíbe el *non liquet* o fallo inhibitorio. Es abstracta considerada como regla de juicio, porque no se refiere a casos particulares si no asume un valor general de norma de derecho para todos los casos. El aspecto objetivo es reconocido también por los autores modernos; de ahí que se hable de "regla de juicio" para el juez, cuya función es impedirle y prohibirle el *non liquet*, y permitirle decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos en que debe basar su sentencia e inclusive muchas providencias interlocutorias; es decir, regula la decisión sobre el hecho incierto y desconocido, por lo cual se considera como sucedánea de la prueba en general, y como cuestión de derecho (no de hecho) para distribuir la falta de certeza o convencimiento del juez respecto del material de hecho. De ahí que el desconocimiento de la regla por el tribunal dé lugar en casación al cargo de violación directa de la ley, y no al error en la apreciación de la prueba.[201]

Finalmente, respecto de la carga de la prueba, Rosenberg ha sostenido que ella no recae sobre los hechos del pleito, sino que sobre las afirmaciones que respecto de esos hechos realizan las partes. Toda norma legal se establece sobre la base de determinados hechos que constituyen el presupuesto de su aplicación. En el proceso, las partes no hacen otra cosa que afirmar la existencia de dichos hechos para permitir la aplicación de la norma legal a la resolución del conflicto. Luego, según Rosenberg, la primera actividad que las partes deben efectuar en el proceso es, precisamente, la afirmación de la existencia de los hechos que permitan la aplicación de la norma legal que resolverá el conflicto.

La afirmación de los hechos es un requisito contemplado en los artículos 254, Nº 4 (demanda) y 309, Nº 3 (contestación de la demanda) del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 1698 del CC establece en quién en definitiva recae en nuestro derecho la carga de la prueba: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Entonces, según Rosenberg, la carga de la prueba no recae sobre los hechos que configuran el conflicto, sino que sobre las afirmaciones que respecto de esos hechos hacen las partes. En los procedimientos en que influye e informa el principio dispositivo es irrelevante para el tribunal la forma real en que ocurrieron los hechos, importándole el material de prueba que las partes le hubieren hecho llegar.

En los procedimientos en que se aplica el principio inquisitivo no se puede sostener que la carga de la prueba recaiga sobre las afirmaciones efectuadas por las partes,

[201] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo I. Págs. 427 a 429. 1988.

las cuales no obligan al tribunal, puesto que éste debe investigar los hechos y no las afirmaciones de aquéllas.[202]

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

En los procedimientos inspirados en los principios inquisitivo y de la investigación judicial el impulso procesal radica en el juez, pasando a tener las partes un papel coadyuvante de éste en la determinación de los hechos. De acuerdo con ello, se ha señalado por algunos que en estos procedimientos no se puede hablar de carga de la prueba, por cuanto el tribunal cumple, en el desarrollo de sus funciones, con un mandato público y no podemos sostener que la actividad que realiza el tribunal se efectúe para el logro de su propio interés.[203]

Por razones fáciles de comprender, el tema de la carga de la prueba se modifica en el proceso inquisitorio. En éste, frente a pruebas ordenadas de oficio por el tribunal, no puede propiamente hablarse de carga de la prueba. Esta es, como se verá inmediatamente, un riesgo o quebranto para la parte, derivado de la falta de prueba, y en los casos de iniciativa judicial, no se concibe crear ese riesgo, ya que, en definitiva, gravitaría sobre la justicia misma.

En el proceso inquisitorio, es menester seguir las conclusiones de la doctrina del derecho procesal penal, que ha preferido "radiar los vocablos carga de la prueba" del léxico de la ciencia[204]. En cambio, en el proceso acusatorio no se trata sólo de reglas para el juez, sino también de reglas o de normas para que las partes produzcan pruebas de los hechos, al impulso de su interés en demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones.[205]

En términos más generales, y sea que estemos en presencia de un proceso penal inquisitivo o acusatorio, se ha señalado que en el proceso penal el imputado no tiene

---

[202] Como se desprende de los artículos 76, 108 y 109 del Código de Procedimiento Penal.

[203] En sentido contrario, se ha señalado que con base en la carga objetiva de la prueba no sólo debe decidirse en procedimientos que están sometidos al principio de deliberación, sino igualmente en procedimientos en los que impera el impulso procesal de oficio; ya que también con vigencia del principio de investigación de oficio no es imposible que hechos relevantes para la decisión no sean probados. Ya que el juez igualmente debe decidir, aquí también se requiere una decisión sobre la carga de la prueba. LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Pág. 255. Konrad Adenauer Stiftung. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. Colombia. 1998.

[204] En el antiguo proceso penal la aplicación de los antedichos principios pueden apreciarse, fundamentalmente, en el sumario criminal. Aquí, en el juez radica la obligación de realizar todas las diligencias que permitan establecer los hechos que configuran o constituyen los objetivos del sumario, debiendo las partes someter su actividad probatoria al control previo del tribunal. El artículo 104 de dicho Código expresa en su primer inciso que "el Ministerio Público, el querellante y el actor civil podrán pedir, durante el sumario, que se practiquen todas aquellas diligencias que creyeren necesarias para el esclarecimiento de los hechos; y el juez ordenará que se lleven a efecto las que estimare conducentes". Como se puede leer, quien siempre ordenará la realización de las diligencias será el tribunal.

[205] COUTURE, Eduardo. Ob. cit. Pág. 241. 12ª edición. 1981.

que probar su inocencia. Muchas veces se ha pretendido hacer jugar en el proceso penal la idea de "carga de la prueba", mucho más propia del proceso civil. Según ella, cada una de las partes asume una carga –una determinada posición jurídica– respecto a sus afirmaciones, de modo que si no logra probar aquello que funda su pretensión o defensa, el juez no acepta sus afirmaciones. Si bien aún en el propio proceso civil este principio se halla limitado, lo cierto es que no es aplicable al proceso penal.

Por el contrario, lo que existe en él es un órgano del Estado (órgano de persecución) cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse, lo más posible, a la verdad histórica (si luego lo logra o no, o si simplemente, sólo puede construir la verdad forense, es otro asunto). En este contexto, la idea de la carga de la prueba no juega un papel muy importante –y prácticamente puede ser desechada–, aunque sí puede jugar un papel limitado en la relación de otros sujetos procesales del proceso penal distintos del imputado.

Lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que en todo momento les corresponde a los órganos de persecución penal. Se debe insistir en esta idea, aunque parezca obvia, porque es una garantía de trascendental importancia política: ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse la sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo.[206]

Rosenberg discrepa de esta opinión y sostiene que el concepto de la carga de la prueba rige tanto en los procesos regidos por el principio dispositivo como inquisitivo. Al efecto, señala que "en el proceso civil ordinario, bajo el dominio de la máxima dispositiva, se aplican las mismas reglas relativas a la carga de la prueba que en el proceso penal, en lo que a la existencia de un "acto punible" se refiere; de ello se deduce, que la clase de procedimiento, esto es, la cuestión de saber si rige la máxima dispositiva o la máxima inquisitiva, no influye en el problema de la carga de la prueba. El acusador y el demandante por restitución soportan la misma carga de la certeza, en cuanto a todos los presupuestos positivos y negativos del "acto punible", teniendo en cuenta que el concepto de carga de la prueba no exige la naturaleza jurídica de éste.

"Con esto se ha demostrado ya que, en nuestra opinión, el acusador en el proceso penal soporta la carga objetiva de la prueba en cuanto al conjunto de características definidoras del hecho punible que es objeto de la acusación. Esto es también la opinión de numerosos tratadistas del proceso criminal. No habla en contra de ella, el que el acusador "no tenga interés en la prueba y no está gravado por la absolución"; pues como se ha expuesto más arriba, no es un criterio de la carga de la prueba el que exista un interés personal en evitar el resultado desfavorable del proceso. El fiscal también soporta la carga (objetiva) de la prueba respecto al fundamento de la demanda de nulidad del matrimonio que entabla y a los presupuestos de incapacidad por demencia o debilidad mental que persigue. En uno como en otro caso lleva la carga de la prueba porque de ser incierta la situación de hecho acerca del acto pu-

[206] BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal.* Pág. 124. Ad-Hoc. 1993. Buenos Aires.

nible, debe rechazarse la acusación pública formulada mediante la interposición de la acusatoria. No es contrario a ello el hecho de que no existe, en el proceso penal, una distribución de la carga de la prueba. Pues, primeramente, debe aclararse que el concepto de carga de la prueba no exige ni presupone una distribución de las pruebas; la carga de la prueba, como es sabido, existe también con respecto a los hechos que deben examinarse de oficio aunque en cuanto a ellos, por regla general, la carga recae sobre una sola parte. Lo mismo hablamos de la carga de la prueba, v. gr., cuando sólo se discute el fundamento de la demanda y únicamente el demandante corre el peligro de ser vencido al frustrarse la prueba. En segundo lugar, también en el proceso penal tiene lugar una distribución de la carga (objetiva) de la prueba. Es cierto que ella no se realiza de modo que el acusador lleva esta carga, en cuanto a las circunstancias de hecho definidoras del delito y la falta de circunstancias que excluyen la culpa o la pena y, por otro lado, el acusado la soporta respecto de aquellos hechos que alejan la penalidad o impiden la persecución de la causa, como, por ejemplo, la prescripción, el desistimiento de la tentativa, el arrepentimiento efectivo, el cumplimiento de condena en el extranjero, etc. A pesar de que renombrados tratadistas del proceso criminal han defendido este modo de distribución de la carga de la prueba, mi opinión es que la duda acerca de alguno de estos últimos hechos también debe tener por consecuencia la absolución del reo; por lo tanto, el acusador soporta la carga de la prueba en cuanto a la ausencia de tales hechos".[207]

En el mismo sentido, se ha señalado que "la inocencia se presume"; y por esto en el proceso penal la obligación de probar le corresponde a la acusación. La presunción de inocencia, en cuanto determina la carga de la prueba en el proceso penal, no constituye sino una deducción del principio ontológico que indicamos como principio supremo en cuanto a la carga de la prueba.

Y ese principio por tener ese carácter de supremo, tiene también valor en materia civil, para fijar la carga de la prueba. Una vez iniciado un juicio civil, el demandante no puede desde un punto de vista muy general, proponerse sino la impugnación de un derecho de que goza el demandado o la afirmación de que éste tiene una obligación. Ahora bien, la experiencia nos dice que son más los derechos que legalmente se ejercen que los que se gozan en forma ilegítima; en otros términos, que *en el mayor número de casos* los derechos de que goza una persona son legítimos; en consecuencia, lo *ordinario* es que se goce un derecho por quien le corresponde, y lo *extraordinario* es que alguien ejerza un derecho que no le corresponde. Aún más, nos dice la experiencia que es mayor el número de obligaciones reconocidas y cumplidas extrajudicialmente que el de las reconocidas y cumplidas mediante juicio; en otras palabras, que *en el mayor número de casos* las obligaciones son reconocidas y cumplidas sin necesidad de recurrir a la justicia; y por esto, el reconocimiento de las obligaciones sin debate

[207] ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Págs. 31 a 33. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1956. En mismo sentido, VALLEJO, Manuel Jaen. "La presuncipón de inocencia". *Revista Procesal Penal* N° 28. Págs. 39 y Sgtes. Diciembre 2004.

judicial es lo *ordinario*, y el no reconocimiento, lo *extraordinario*. De lo cual se deduce que el demandante que ataca un derecho de que goza el demandado, o que pide judicialmente el reconocimiento o cumplimiento de una obligación, no hace más que afirmar un estado de cosas contrario a lo que está en el curso ordinario de los acontecimientos, es decir, un estado de cosas *extraordinario*, y consiguientemente le corresponde probarlo, ya que la presunción racional asiste al demandado. Este punto de vista me parece claro y determinado para entender y admitir el principio romano que se expresa diciendo: *onus probandi incumbit actori* (el deber de probar le incumbe al actor).

Pero la máxima *probatio incumbit actori* es un precepto que considera las dos afirmaciones contrarias antes de toda prueba, y establece a cuál de las dos le incumbe la obligación de probar. Cuando el actor ha presentado sus pruebas en apoyo de la afirmación que ha hecho, si el demandado le opone una afirmación contraria, no hace más que contraponer una *afirmación no probada* a una *afirmación probada*; y como ésta tiene derecho a ser tenida por verdadera, de preferencia a aquélla, por estar la presunción de verdad en este segundo momento a favor del demandante, la obligación de la prueba queda a cargo del demandado, en virtud de otro brocárdico que se expresa diciendo: *reuis in excipiendo fit actor* (el demandado que ejerce una excepción se convierte en actor).

Pero este segundo aforismo tiene distinto valor en materia civil y en materia penal, y así, el demandado que opone una excepción a la acción que se instauró en su contra, tiene la obligación de presentar una prueba completa de su excepción, o, por lo menos, dar una prueba superior a la de la acción a la cual quiere sustraerse. En cambio, el procesado que presenta una justificación o una excusa, no tiene la obligación de dar una prueba completa, pues tan sólo le basta haber hecho creíble su afirmación; aun cuando la prueba de la defensa sea menos atendible que la de la acusación, basta solamente que logre hacer creíble la pretendida justificación, para que por ese solo hecho triunfe. Luego, para evitar confusiones, es mejor no hablar de excepciones en materia penal".[208]

En otro sentido, se ha señalado para justificar la aplicación de la carga de la prueba en el proceso penal, que "en su aspecto objetivo, la carga de la prueba enuncia la regla del juicio que el juez, principal destinatario de la misma, debe utilizar para resolver los supuestos de incertidumbre fáctica, es decir, la falta o insuficiencia de prueba, indicándole la forma en que debe dictar sentencia y permitiéndole pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. El momento en que se plantea el problema de la carga de la prueba es cuando el juez va a dictar sentencia.

Las soluciones concretas a las situaciones de ausencia de prueba o incertidumbre fáctica son diferentes según se trate del proceso civil o del proceso penal, pero estas diferencias no afectan a la naturaleza o esencia de la prueba. El fenómeno de la carga

[208] FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol. 1. Págs. 170 y Sgtes. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1988.

de la prueba se produce en todo tipo de procesos cualquiera sea los principios inspiradores, aunque las concretas reglas de juicio y, por tanto, el contenido de las mismas que utilice el juez para resolverlo sean distintas. La existencia de reglas distintas no es más que una consecuencia de los distintos principios que inspiran al proceso civil y el proceso penal, pero no inciden sobre el concepto de prueba que haya de construirse en ambos procesos. Este concepto será siempre el mismo, cualquiera sea el contenido de las reglas que el tribunal tenga que utilizar para superar la incertidumbre.

Por su parte, dichas reglas del juicio sólo son de aplicación en los supuestos de ausencia de prueba, de ahí que algunos autores la consideren como un sucedáneo de prueba o, como nos dice Ramos Méndez, un mecanismo sustitutivo de la falta de prueba. La regla de la carga objetiva de la prueba va destinada no a las partes procesales sino al Juez, indicándole cómo debe actuar en los supuestos en que no haya obtenido la convicción acerca de los hechos relevantes del proceso, excluyendo el *non liquet* y fijando directamente el contenido de la decisión.

En el proceso civil la solución viene dada por las propias reglas de distribución de la carga de la prueba entre las partes procesales. Cada una de las partes deberá soportar las consecuencias desfavorables de la ausencia de prueba de los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que le es desfavorable y cuya aplicación pretende.

En el proceso penal no tiene lugar una distribución de la carga de la prueba.

Sobre el imputado no recae ninguna carga de probar su inocencia sino que, por el contrario, ella recae exclusivamente sobre la acusación. Por consiguiente, si no se produce la prueba de los cargos, se mantiene la presunción de inocencia y se ha de proceder a la absolución del acusado.

Evidentemente que resulta muy difícil concebir la operatoria en nuestro todavía vigente procedimiento penal inquisitivo de este aspecto de la garantía de la presunción de inocencia, si tenemos en cuenta que las funciones de acusar y juzgar están radicadas en una sola persona. No obstante, la obligación de probar los cargos, como lo quiere la ley procesal vigente, por parte del juez inquisidor es enteramente reclamable y, a lo menos, controlable por la vía del recurso por los tribunales superiores. Es decir, la inexistencia de un órgano de acusación no obsta a la exigencia de que para que una persona pueda ser condenada, su responsabilidad deba ser debidamente acreditada, siendo suficiente para que el acusado pueda obtener su absolución, que mantenga la más completa pasividad. Es lo que trata el actual artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

La verdad es que la misma regla existente anteriormente, es reproducida en el Código, en cuanto a que "nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley" (artículo 340 inciso 1° CPP).

Es importante hacer presente que la garantía de presunción de inocencia no puede ser identificada con los tradicionales principios del proceso penal, con los que suele ser confundida, tales como el "favor rei" y el "in dubio pro reo".

El "favor rei" es un principio general informador de la legislación y, por ende, de ámbito más extenso que la presunción de inocencia, que en realidad constituye sólo una manifestación del primero.

Por su parte, el principio "in dubio pro reo" es difícil de convertir en derecho reclamable y sólo entra a operar como norma de interpretación de la prueba ya rendida y en caso que su resultado no aparezca claro en la apreciación del juzgador, a diferencia de la presunción de inocencia que es un derecho fundamental que exige producción de prueba que la desvirtúe. Para comprobar cómo operan estas diferencias quizás lo más conveniente sea transcribir la sentencia del tribunal supremo español de 31 de marzo de 1983 en la que se afirma que "tal principio *(in dubio pro reo)* no resulta confundible con el artículo 24.2 de nuestra Constitución (española de 1978), que crea a favor de los ciudadanos el derecho a ser considerados inocentes mientras no se preste prueba bastante para destruir dicha presunción; mientras que el *in dubio pro reo* se dirige al juzgador como norma de interpretación para establecer que, en aquellos casos en que se ha realizado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el animo del juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberia por unanimidad y justicia absolvérsele, con lo cual el primero se refiere a la existencia o no de una prueba que la desvirtúe; el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma".[209]

Tradicionalmente la solución a las situaciones de falta de prueba viene determinada por la aplicación del principio *in dubio pro reo.* Así, se considera que entre la alternativa de absolver a un culpable o de condenar a un inocente la conciencia colectiva sufre menos cuando opta por lo primero que no cuando se condena a una persona inocente. El principio *in dubio pro reo* puede formularse también en los siguientes términos: quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad debe absolverse al acusado.[210]

En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado respecto del artículo 4° del CPP, se dejó expresa constancia que: "Entre los principales efectos que habrá de producir la aplicación del principio de inocencia, cabe destacar:

---

[209] CAROCCA A., Álex. *Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. Nuevo Proceso Penal.* CAROCCA A., Àlex-DUCE L., Mauricio-RIEGO R., Cristiàn-BAYTELMAN A., Andrés-VARGAS V., Juan Enrique. Pàgs. 90 y 91. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Octubre 2000.

[210] En este mismo sentido se afirma que "la carga de la prueba incumbe siempre y en todo caso a la parte acusadora. Esto significa que sobre el acusado no recae la carga procesal de probar su inocencia, ésta ha de presumirse en tanto que la parte acusadora no pruebe lo contrario. LÓPEZ BARJA, Jacobo. *Instituciones de derecho procesal.* Pàg. 255. Ediciones Akal S.A. 1999. Madrid. España.

– La eliminación de todas las formas de prejuzgamiento judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto de la persona del imputado;

– La aplicación de cualquier medida cautelar personal es excepcional y la normativa que la consagra tiene que ser interpretada en forma restrictiva;

– La imposición de medidas cautelares debe ser dispuesta siempre por decisión judicial, y procederán bajo determinadas circunstancias que nunca dejarán al juez impedido de decretarlas, si la penalidad del hecho las justifica;

– *La carga de la prueba en el proceso recae en el fiscal, por lo cual la persona no debe probar su inocencia;*

– La supresión del arraigo de pleno derecho, como sucede hoy en día por el hecho de dictarse auto de procesamiento".[211]

En este sentido, se señaló por el H. Senador Fernández que: "especial mención merece el reconocimiento del principio de inocencia, recogido igualmente, de modo implícito, en diversas instituciones. Mediante esa seguridad, el imputado o sometido a proceso se hallará en la situación jurídica de no tener que construir la prueba de su inocencia. Corresponderá al acusador destruirla, como es lógico y justo".[212]

De lo expuesto con anterioridad podemos concluir que el principio de carga de la prueba no conlleva, por tanto, diferencias sustanciales entre la prueba civil y la prueba penal, no sólo porque su fundamento es el mismo en ambos tipos de proceso, consistente en la prohibición de *non liquet;* sino también, porque en ambos casos la carga de la prueba actúa como regla de juicio dirigida al juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba. Por último, además, la regla de juicio actúa una vez finalizada la actividad de verificación en que consiste la prueba procesal. La naturaleza o esencia de esta última permanece, por consiguiente, inalterada.[213]

En cuanto al ámbito de aplicación del principio *in dubio pro reo,* se nos ha señalado que:

a) En primer lugar, este principio rige para las cuestiones de culpabilidad y de la punibilidad.

Ciertamente el principio *in dubio pro reo* no obliga a considerar como irrefutable toda aserción de descargo del acusado, para cuya verdad o falsedad no existe ninguna prueba específica. La convicción del juez sobre la verdad o falsedad de la afirmación del acusado se puede formar a partir del resultado total de la recepción de la prueba, bajo la aplicación del principio de la libre apreciación de la prueba.

b) Es objeto de controversia si –o hasta qué punto– el principio rige también para los presupuestos procesales.

---

[211] 1er Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia, párrafo "Principio de inocencia".

[212] Intervención en Sala; Aprobación en general; Sesión 23ª en miércoles 19 de agosto de 1998.

[213] MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. Ob. cit. Págs. 80 a 83. 1997.

En la práctica se trata de los casos principales, en lo que no se puede determinar claramente si un hecho está prescrito o amnistiado, si sobre él ya ha recaído una vez una decisión definitiva o si la instancia de persecución penal ha sido ejercida eficazmente. Si a raíz del desarrollo histórico se concibe al principio *in dubio pro reo* exclusivamente como el reverso del principio de culpabilidad, en esos casos se debe condenar; pues la culpa del acusado no es incierta, sino sólo su perseguibilidad. Distinto es cuando del principio del Estado de Derecho se deriva el axioma de mayor alcance de que nadie puede ser penado si no es seguro que su hecho (todavía) está sujeto al poder penal estatal. En ese caso, ante la duda, el procedimiento debe ser sobreseído.

c) En forma distinta que para los presupuestos procesales, según la opinión dominante, el principio *in dubio pro reo* no debe regir para la prueba de vicios del procedimiento.

Si un acusado funda su recurso de casación en que una declaración le ha sido arrancada por la fuerza a través de apremios, la jurisprudencia decide *contra reum* cuando la violación de la ley no pudo ser comprobada. Si esto siempre es correcto, parece dudoso al tratarse de las reglas del Estado de derecho; en vista de la importancia que de *lege data* tiene la libre voluntad de decisión del imputado que presta declaración se debe apoyar la aplicación para violaciones del & 136 a. También en otros casos, ante serias dudas, es más justo partir de la existencia de una infracción de las reglas del proceso, a favor del acusado. Cuando, por ejemplo, no queda claro si se ha realizado la advertencia necesaria que prevé el & 136 (el acta de interrogatorio no registra nada sobre una advertencia, aun cuando el funcionario afirma –posiblemente en forma falsa– haber advertido correctamente) se debería partir, a favor del acusado, de la existencia de una violación de las reglas del procedimiento que deriva en una prohibición de valoración; pues cuando hay buenos motivos para afirmar la invalorabilidad no es justo fundar la condena en un medio de prueba tan dudoso.

d) El principio *in dubio pro reo* tampoco rige para el esclarecimiento de cuestiones jurídicas dudosa. Sólo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable en el ámbito de la interpretación de la ley. Por consiguiente, ante la existencia de cuestiones jurídicas controvertidas, el tribunal debe adherirse a la opinión que es menos conveniente para el acusado cuando, según los principios de interpretación generales, ella aparece como la correcta.[214]

IX. PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Dentro de todo procedimiento probatorio podemos distinguir cuatro etapas:

1. LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

Dentro del procedimiento civil o en la audiencia de preparación del juicio oral en el actual sistema procesal penal, la o las partes deben informar o anunciar al

[214] ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Págs. 112 a 114. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción. 25ª edición alemana. 2000.

tribunal los medios de prueba de que intentarán valerse, solicitando, asimismo que los acepte.

2. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA

Consiste en la autorización del tribunal para que la prueba ofrecida se realice. Dentro de esta etapa el tribunal tiene un papel de contralor de ella en lo siguientes aspectos:

a) Es contralor de la oportunidad:

Cada medio de prueba tiene una oportunidad procesal para ser rendida, debiendo el tribunal velar porque dicha oportunidad se respete. Así, por ejemplo, no se puede presentar lista de testigos fuera del plazo señalado en el artículo 320 del CPC.

b) Es contralor de la pertinencia:

Esta función significa que el tribunal no aceptará que se rindan pruebas que no guarden relación con los hechos fijados en la resolución que recibe la causa a prueba.

Este control se efectúa fundamentalmente en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 276).

c) Es contralor de la admisibilidad:

El tribunal, de acuerdo con esta función, debe velar porque dentro del proceso para acreditar los hechos se utilicen los medios de prueba que contempla la ley y que sean eficaces para darlos por acreditados.

Normalmente, dicho control se efectúa en la sentencia definitiva. Excepcionalmente, sin embargo, existen casos en que ese control se efectúa durante el curso del procedimiento, como ocurre cuando de oficio se rechaza a los testigos afectos a notorias inhabilidades absolutas, o de confesión no autorizada.

En el proceso penal, este control debe efectuarse en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 276).

d) Es contralor de los requisitos protectores de las partes respecto de cada solicitud de diligencia probatoria.

Así el tribunal debe velar porque toda providencia probatoria se cumpla previa resolución del tribunal, notificada a las partes.

El artículo 324 del CPC establece: "Toda diligencia probatoria debe practicarse previo decreto del tribunal que conoce en la causa, notificado a las partes".

En el proceso penal, las pruebas que deben rendirse en el juicio oral se determinan en forma previa al juicio oral en el auto de apertura de juicio oral que dicta el juez de garantía luego de realizada la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 277 letra e) CPP), con excepción de las que puede decretar el tribunal oral conforme a lo previsto en el artículo 336.

3. LA EJECUCIÓN DE LA PRUEBA

Es el conjunto de actos procesales necesarios para traducir materialmente en el expediente los diferentes elementos de convicción que las partes deseen hacer valer, es decir, en esta etapa se rinde materialmente la prueba.

La etapa de ejecución de la prueba debe efectuarse dentro del término probatorio. En materia civil podemos distinguir términos probatorios especiales y término probatorio general, que es el contemplado en el juicio ordinario de mayor cuantía.

Son ejemplos de términos probatorios especiales: el procedimiento de arrendamiento la prueba se rinde conforme a las normas del juicio sumario, el cual se remite a las normas de los incidentes (8 días); en el juicio ejecutivo la prueba se rinde conforme a las normas del juicio ordinario, pero su duración es de 10 días; en las querellas posesorias la prueba se rinde en un comparendo que es de discusión y de prueba a la vez.

En el proceso penal, la prueba debe rendirse dentro del juicio oral.

4. La ponderación o apreciación de la prueba

Esta etapa consiste en la actividad del tribunal necesaria para adquirir la certeza respecto de los hechos y, por lo tanto, su convicción.

Lo normal es que la ponderación se realice en la sentencia definitiva. Por excepción, existe esta ponderación en las sentencias interlocutorias de primera clase que se pronuncian durante el curso del procedimiento.

Desde el punto de vista de la decisión que debe adoptarse para la solución del conflicto en la sentencia, se han distinguido por Jordi Ferrer tres etapas o momentos, para analizar la mayor o menor libertad que debe tener el juez respecto de ellas, distinguiendo al efecto:

a) La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, en el cual para adoptar una decisión racional es igual al total de informaciones disponibles y relevantes para el caso, reconociendo como filtros las reglas jurídicas de admisión y las reglas de exclusión que puedan establecerse por el legislador.

b) La valoración de los elementos de juicio o de pruebas, en el cual debe regir un régimen de libre valoración de la prueba, y que se encuentra plenamente regida por la racionalidad;

c) La adopción de la decisión sobre los hechos probados, lo cual deberá hacerse de conformidad con los estándares de prueba.[215]

X. Concepto de apreciación y valoración de la prueba

En general, en la doctrina se han utilizado como sinónimos las expresiones de apreciación y valoración de la prueba.

De acuerdo con nuestro Diccionario de la Real Academia: "Apreciar es poner precio, o tasa a las cosas vendidas, reconocer el mérito de las personas o de las cosas".

De acuerdo con ello, la apreciación de la prueba sería el método destinado a determinar el mérito de las pruebas rendidas en el proceso.

---

[215] Véase Ferrer B., Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasibenthamiana". Págs. 6 a 10. Accatino, Daniela (Coordinadora). *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal.* AbeledoPerrot. LegalPublishing. Santiago. 2010.

Por otra parte, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia: "Valorar equivale a evaluar. Valor es el grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades".

De acuerdo con ello, la valoración de la prueba vendría a ser la determinación de los hechos en virtud de la prueba rendida.

En la actualidad, la moderna doctrina nos ha señalado que entre la apreciación y valoración de la prueba no se da una relación de sinonimia, sino que de género a especie (Juan Montero Aroca).

La Apreciación de la Prueba comprende dos actividades intelectuales:

a) La Interpretación: Lo primero que debe hacer el juez, después de rendida la prueba, es determinar cuál es el resultado que se desprende de cada una de las pruebas rendidas, lo que debe hacer de un modo aislado.

Se trata de establecer lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen del perito; que es lo que realmente dice el documento, sin atender aún al valor probatorio de cada una de esas pruebas.

Respecto de esta primera actividad intelectual no pueden existir reglas legales, puesto que el legislador no puede decirle al juez cómo tiene que proceder para llegar a determinar el contenido de la declaración de un testigo, siendo ello algo que el juez tiene que realizar aplicando su experiencia y su conocimiento práctico de vida.

b) La Valoración: Determinada a través de la interpretación el alcance de cada medio de prueba, debe el juez proceder a determinar el valor que debe atribuirse a cada medio para formar su convicción acerca de los hechos que configuran el conflicto.

Respecto de la actividad de determinación del valor de cada medio de prueba es que se han establecido en la doctrina diversos sistemas de valoración de la prueba.

En consecuencia, pasaremos a continuación a referirnos someramente a los diversos sistemas de valoración de la prueba.

XI. Los sistemas probatorios

1. Generalidades

Los sistemas o reglas de valoración de la prueba son aquellos destinados a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba.

De acuerdo con ello los sistemas de valoración de la prueba, como su nombre lo indica, están destinados básicamente a determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además, se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas.

Atendiendo al sujeto que establece las reglas para determinar el valor de la prueba y la oportunidad en que ello se verifica, podemos distinguir:

a) Sistema de valoración legal, aprioristica y extrajudicial,

b) Sistema de valoración judicial o a posteriori, distinguiendo dentro de este sistema el de la sana crítica y de la libre convicción.

La distinción entre los sistemas de la prueba formal, legal o tasada y prueba racional moral o libre, se efectúa a propósito de la valorización que debe efectuarse por el tribunal de las pruebas rendidas en el proceso.

La valoración de la prueba puede efectuarse estableciéndose anticipadamente por el legislador el criterio que deberá seguir el tribunal para ponderar la prueba (sistema de apreciación apriorística o extrajudicial) u otorgándose libertad al juez para que, en el proceso mismo, decida y determine el mérito que otorgará a la actividad probatoria para dar por establecidos los hechos (sistema de apreciación a posteriori o judicial).

Dentro del sistema de apreciación apriorística o extrajudicial de la prueba se encuentra el principio de la prueba formal y dentro del sistema de apreciación a posteriori o judicial se encuentra el principio de la prueba racional.

De acuerdo a Wyness Millar, en "el primero, prueba formal o legal, el valor de la prueba es fijado por reglas firmes a las que el juez ha de atenerse hasta contra su convicción; conforme al segundo, prueba racional o moral, el tribunal puede valorar libremente la prueba y decidir al respecto de acuerdo a su conciencia. En resumen, en uno se orienta hacia la convicción objetiva del juez y otro hacia la subjetiva".

Los sistemas probatorios se individualizan considerando los aspectos referentes a la forma en que se establecen los medios de prueba, el procedimiento que se ha de seguir para rendir la prueba y, fundamentalmente la determinación del valor probatorio de los medios de prueba y su valorización por el tribunal.

Estos principios de valorización de la prueba van ligados a otros principios formativos del procedimiento que conllevan hacia la aplicación de alguno de esos sistemas.

Así el orden consecutivo discrecional, la inmediación y la oralidad conducen a la aplicación del sistema de la libre convicción. En cambio, el orden consecutivo legal, la mediación y la protocolización conducen normalmente a la aplicación del sistema de prueba legal o tasada y en algunas ocasiones al sistema de la sana crítica si concurre también la inmediación. Además debemos tener presente que a pesar que los principios de la prueba legal y de la prueba racional configuran dos tendencias legislativas opuestas en materia probatoria, en los ordenamientos jurídicos vigentes se manifiesta generalmente sólo la preeminencia de un principio sobre otro, siendo difícil encontrar la aplicación pura o absoluta de uno de estos sistemas, como ocurre por lo demás con prácticamente, todos los principios formativos del procedimiento.

Carnelutti señala al respecto, que, "en la práctica, el régimen de valoración de la prueba resulta de una mezcla en dosis diversas de las dos tendencias, a saber de una cierta limitación de la libertad de elección del juez. Según esa dosis, se suele decir luego que un determinado Código se informa más bien en los principios de la prueba libre o en los de la prueba legal".

Finalmente debemos señalar que la doctrina ha sostenido, dentro de los sistemas de valoración de la prueba, la existencia, fundamentalmente, de tres principios: prueba legal, sana crítica y libre convicción.

De acuerdo a lo señalado por Couture, "los criterios de valoración de la prueba" son, a nuestro modo de ver, tres:

"a) Pruebas legales: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia.

b) Sana crítica: remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valoratorio del juez.

c) Libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forma de los hechos en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún contra la prueba de autos".

No obstante esta destacada opinión, debemos señalar que, en general, en la doctrina se ha reconocido la existencia de dos sistema de valoración de la prueba: El sistema de la prueba legal o tasada, en la que el legislador en forma previa, general y abstracta determina el valor que el tribunal debe otorgar a los medios de prueba para la determinación de los hechos; y el sistema de la prueba racional o de libre apreciación de la prueba, en la que es el juez quien determina en cada caso concreto el valor de las diversas pruebas rendidas en el proceso para formar su convicción.

Lo que ocurre es que dentro del sistema de libre apreciación de la prueba, nos encontramos con dos especie de éste, de acuerdo a la horma en la cual puede actuar el juez:

a) Sistema de la íntima convicción, en la que el juez aprecia la prueba y determina su valor para formar su convicción, pero no es necesario que exteriorice los fundamentos que tuvo para ello en su sentencia.

b) Sistema de la sana crítica, en la que el juez aprecia la prueba y determina su valor para formar su convicción, debiendo seguir para ello determinados criterios objetivos de carácter general, y debe exteriorizar en la sentencia los fundamentos que tuvo para ello.[216]

2. SISTEMA DE LA LIBRE O ÍNTIMA CONVICCIÓN

Al respecto debemos tener presente que "libre es el que tiene facultad de obrar o no obrar" y también lo es "el que no está sujeto...", según el Diccionario de la Real Academia.

---

[216] Sobre la materia se ha señalado que "las actitudes legalistas ordenan que la convicción de la evidencia no tenga que ser determinada libremente por el juez. Cuando las reglas sobre las pruebas legales fueron finalmente descartadas, no fue una retirada de las actitudes burocrático-legalistas, sino, y más que nada, un acto de desesperación. Quedó claro que, por el momento, era imposible determinar por anticipado el impacto específico de las varias configuraciones concretas de las pruebas. Al contrario de lo que se dice a menudo, incluso hoy la "libre evaluación de las pruebas" continental, no es realmente libre: como conviene al proceso jerárquico, se pide a los jueces de primera instancia que justifiquen sus indagaciones, y sus razonamientos son escrutados por los tribunales de apelación. Claramente, si las indagaciones no hubieren de observar formas regulares, las apelaciones por "errores de hecho" estarían desprovistas de toda base. DAMASKA, Mirjan R. Ob. cit. Pág. 99. Abril 2000.

En materia probatoria, libre es "el juez que puede dar o no dar por probados los hechos, cualesquiera que sean las pruebas que haya en el proceso. Este juez no está sometido a medios, procedimientos ni reglas de valoración".

Dentro del sistema de la libre convicción se persigue que el juez llegue, a través del proceso, a la verdad real –más propiamente dicho, se alcance la certeza histórica judicial.

El proceso debe conducir a un acercamiento a la verdad, la que debiera ser universal, objetiva y material.

El tribunal, en el sistema de la libre o íntima convicción no funda su fallo de tal manera que permita a toda la comunidad tener el convencimiento que, a través de los antecedentes acumulados en el proceso se ha llegado al establecimiento de hechos que corresponden a la verdad y se ha dado a través de la sentencia a cada uno lo que le corresponde. ("Socialización de la sentencia").

Los hechos que el tribunal debe sentar en el fallo deben haber sido establecidos por el convencimiento que éste ha llegado a adquirir respecto de ellos durante el curso de la investigación, sin encontrarse para la realización de esa labor limitado por las afirmaciones que sobre lo fáctico hubieren realizado las partes o normas legales preestablecidas acerca del valor que deberán tener los diversos medios de prueba.

En el sistema de la libre convicción existe una forma de convencimiento libre (conocimiento intuitivo; prueba hallada fuera de autos; saber privado del juez respecto de los hechos que debe apreciar, etc.). El jurado al no tener que motivar su veredicto emite un parecer de libre convicción, sin conocerse los motivos que tuvo para otorgar o restarles valor a las pruebas que se rindieron ante él.[217]

El sistema de la libre convicción se caracteriza fundamentalmente porque:

a) El juez tiene absoluta libertad para apreciar o valorar la prueba, sea que los medios de prueba se encuentren preestablecidos o no.

b) El juez no se encuentra obligado a fundamentar en su fallo la forma en la que él ha llegado a adquirir la convicción acerca de los hechos, en virtud del principio de socialización de la sentencia.

---

[217] El llamado sistema de la íntima convicción acompaña al enjuiciamiento acusatorio puro, con sus tribunales populares o, modernamente, con el jurado clásico; la definición de la ley francesa de 1791, inmediatamente posterior a la Revolución, que introdujo al jurado, es la mejor caracterización posible: "La ley no pide una explicación de los medios por los cuales (los jurados) han formado su convicción; ella no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige preguntarse a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice nada: "vosotros tendréis por verdadero todo hecho atestado por tal cantidad de testigos, o vosotros no veréis como suficientemente firme toda prueba que no esté conformada por tantos testigos o tantos indicios"; ella no hace más que esta sola pregunta, que encierra toda la medida de vuestro deber: "¿tenéis vosotros una íntima convicción? MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal argentino. 1b fundamentos.* Pág. 592. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989.

Este sistema de la libre o íntima convicción se ha criticado, porque:

a) Dentro de él se puede llegar a fallar la causa por la apreciación afectiva y/o subjetiva de los hechos, apartándose del material probatorio contenido en la causa.

Al respecto, el profesor Sr. Gonzalo Calvo ha señalado que "este sistema no hay duda alguna que es el que se impone en los ordenamientos jurídicos modernos, cuando está contemplado en normas que resguardan equitativamente la libertad de convicción del juzgador en armonía con la garantía que implica la fundamentación expresa de la manera en que se ha llegado a tal convicción.

De aquí que el extremo de la prueba libre, la libre convicción, como es el caso de los jurados y los tribunales de honor, que integran personas no letrados que ponderan la prueba según su interno parecer, que no exteriorizan en un razonamiento, sino en una conclusión, no se considera como expresión garantizadora de los derechos de quienes, al ser juzgados, exigen saber por qué motivos se decidió en uno u otro sentido. Es la impresión que se tiene inclusive dentro de esta nominada cultura audiotelevisual, en que el espectador se da cuenta, viendo la actuación de los jurados, que llegan a los extremos de "culpable" o "no culpable", pero sin dar las razones de ello".

b) Dificultad a controlarse por el tribunal superior el mérito del fallo dictado por el inferior.

El tribunal de primera instancia puede haber apreciado la prueba, para el logro de la convicción acerca de los hechos, influenciado por la vía afectiva.

Aplicándose este principio en procesos en que prima la oralidad y la inmediación, será muy difícil que el tribunal superior ejerza un control del fallo dictado por el de primera, puesto que deberá ponerse en el lugar de éste eliminando el factor afectivo que hubiere influenciado en él, sin disponer de los elementos que le permitan efectuar nuevamente esa apreciación.

Taruffo ha criticado este sistema señalando que "es evidente que si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una íntima convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio.

El necesario distanciamiento crítico debe llevar al juez a "desprenderse de sí mismo" y a "observarse desde fuera" para seleccionar, entre los *inputs* que provienen del contacto inmediato con la prueba, aquellos que pueden tener algún valor cognoscitivo sobre la base de criterios intersubjetivamente aceptados o aceptables y posiblemente fundados en el plano del análisis psicológico, separándolos de aquellos que no tienen este valor y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales y no tiene ningún significado intersubjetivo. Los primeros *inputs* son usados como premisas para inferencias que permiten derivar conclusiones racionalmente justificadas acerca de la fiabilidad de sus declaraciones. Los *inputs* del segundo tipo son eliminados y excluidos de la valoración que el juez hace sobre la

fiabilidad de la prueba: precisamente porque se trata de reacciones psicológicas del juez que no racionaliza de acuerdo con criterios intersubjetivamente aceptables, no pueden y no deben inferir o influir en esta valoración. No nos gustaría que nuestro médico formulase su diagnòstico fundándose en sus propias reacciones "íntimas" provocadas por la presencia del paciente, más que informaciones controladas y objetivamente atendibles de acuerdo con criterios de la ciencia médica. De la misma manera, no podemos admitir que el juez decida exclusivamente sobre la base, intuitiva e irreflexiva, de sus emociones individuales".[218]

Como nos indica Marina Gaseón en un modelo cognoscitivista, donde lo que se pretende es valorar la correspondencia de los enunciados con los hechos, la valoración no puede entenderse –como ha sido frecuente hasta ahora y en ciertas instancias aún lo sigue siendo, sobre la base de una "torcida" e ideológica interpretación de la libre convicción– como una convicción íntima, libre, incomunicable, intransferible, y por ello, irracional, incontrolable y arbitraria, pues es obvio que la "íntima" convicción no puede justificar por sí misma la verdad de los enunciados. Si se quiere, la valoración no puede verse como un modo de formación o construcción de una "verdad procesal" ajena al control racional: "la libre apreciación no es libertad para la arbitrariedad"; el juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos.[219]

La concepción racionalista basa la justicia de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en que si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probada.[220]

3. SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA

El sistema de la prueba legal o tasada es el extremo opuesto al sistema de la libre convicción.

Este sistema de la prueba legal se originó como una reacción a la demasía de los jueces cometido en los procesos en que predominaba el principio inquisitivo y que en su tiempo significó una forma de arbitrariedad.

Mediante el sistema de la prueba legal se pretendió restablecer la autoridad de quienes tenían el poder público y garantizar a los justiciables el fallo del proceso

---

[218] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pàgs. 25 y 26. Junio 2009. Santiago. Chile.

[219] GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho.* Pàg. 160. Marcial Pons. 2004. Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid-Barcelona.

[220] FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoraciòn racional de la prueba.* Pàg. 65. Marcial Pons. 2007. Barcelona-Madrid.

conforme al mérito de éste, preestableciendo normas obligatorias para los jueces en cuanto a la forma en que debían valorizar las pruebas rendidas.[221-222]

En el sistema de la prueba legal o tasada, sólo se persigue que a través del proceso se llegue a una verdad suficiente acerca de cómo acaecieron los hechos, aun cuando el tribunal no adquiera la convicción plena de como éstos ocurrieron por la aplicación de las normas preestablecidas por el legislador. En este caso más propiamente, se puede decir que el juez alcanza una certeza histórica legal respecto de los hechos.

En este sistema es el legislador y no el juez quien determina la forma en la que debe valorizar la prueba, teniendo éste sólo un papel de aplicador de la norma jurídica para determinar el valor que ha de tener cada medio de prueba.

El sistema de la prueba legal se caracteriza por la existencia de leyes reguladoras de la prueba, esto es, "el conjunto de disposiciones que dentro de un sistema probatorio, y fundamentalmente dentro del sistema de la prueba legal o tasada, establecen los medios de prueba utilizables por las partes y aceptables por el juez, su valor, la forma en que las partes deben llevarlos a cabo y la manera como el tribunal debe apreciarlos o ponderarlos".

Se ha criticado este sistema porque disminuye la persona del juez, al otorgársele un papel limitado de sólo aplicador de la norma rígida a los medios de prueba para arribar a una certeza histórica legal que se permita fallar el conflicto.

En síntesis, un ordenamiento que aún prevea reglas de prueba legal —y en la medida en que lo haga— no adopta una concepción racional de la decisión, ya que reemplaza la valoración posiblemente racional de la prueba que el juez podría realizar en un caso

---

[221] Sobre la materia, se ha señalado que "la rule of law de la plena separación del juez, y de la valoración legal, a priori, abstracta de las pruebas, llevaba consigo desde luego la marca de un nuevo y más avanzado método de pensamiento, basado no ya sobre la superstición y sobre la violencia, sobre la batalla y sobre la ordalías, sino sobre ciertas máximas de la experiencia consideradas válidas en aquella época. Pero estas máximas, impuestas como absolutas, sustraídas por tanto a un control de validez en el caso concreto, reflejaban en realidad a su vez, y cristalizaban, los prejuicios de la época, la estructura clasista y jerárquica de la sociedad feudal y municipal, así como también un método de pensamiento típicamente escolástico, apriorístico, abstracto, en neto contraste con aquel método de pensamiento empírico, inductivo, científico, que estará destinado a caracterizar lo que para nosotros es la "era moderna". Cappelletti, Mauro. Ob. cit. Pág. 45. 1972.

[222] La prueba legal se basaba en la razón abstracta y consistía en un conjunto de reglas que ataban la conciencia del juez, subordinándole a un ordenamiento jurídico preestablecido; estaba fijado de antemano el valor de cada hecho, de cada circunstancia del proceso, lo que determinaba el fallo que debía aplicar el sentenciador, prescindiendo de su propia convicción; éste no era libre de apreciar por sí esta prueba: debía sujetarse a la regla legal y acallar lo que en su fuero interno le dictaba la conciencia. Se ha pensado que el legislador, tal vez para poner un contrapeso al secreto del procedimiento y al poder muy grande que esto daba al juez —y por ser las penas exhorbitantes— limitó sus facultades, atándole con estas normas que le indicaban un camino del cual no podía apartarse. Así, se fijaron taxativamente los medios de prueba, que en materia penal fueron la conocencia o confesión, el testimonio y las cartas o documentos. Todo el sistema estaba dirigido a lograr la prueba perfecta que era la confesión y para ello se recurría a los modos más extremos, como la flagelación o tormento. No se buscaba la certeza moral del juez. Paillas, Enrique. *La prueba en el Proceso Penal Oral.* Pág. 12. ConoSur-LexisNexis. Chile. Enero 2002.

concreto por una determinación general y abstracta llevada a cabo por el legislador. El objetivo de esta opción no es una comprobación racional de la verdad de los hechos, pues las normas de la prueba legal están encaminadas a preconstituir una clase de certeza puramente formal, que nada tiene que ver con la verdad.[223]

4. SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

La sana crítica nació como consecuencia de los extremos a los que pueden conducir al juez los otros dos sistemas: la liberalidad absoluta de un sistema que puede conducir a la arbitrariedad, si el juez actúa motivado más por impulsos efectivos que por la lógica y el contenido mismo del expediente; y la rigidez del otro, que puede conducir a la división de la convicción.

El sistema de la sana crítica es un sistema de valoración libre de la prueba, pero teniendo presente que la "valoración libre de la prueba no significa en absoluto facultad para el juez de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario; libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de vida".[224]

De acuerdo a lo señalado por Couture, "la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia".

De lo expuesto por Couture, se desprende que el sistema de la sana crítica está basado en la aplicación de dos principios:

a) El juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la lógica.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia se entiende por lógica, en la acepción natural de la palabra, la disposición natural para discurrir con acierto sin auxilio de la ciencia.

b) El juez debe actuar aplicando las reglas de la experiencia.

De acuerdo a lo señalado por Stein, debemos conceptuar las máximas de la experiencia "como el conjunto de juicios fundados sobre la observación de la que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio".

"Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos".

La experiencia la obtiene el juez de la labor que ejerce y el medio social en que se desenvuelve y varía según el tiempo, lugar y medio social en que se desarrolla la labor de éste.

---

[223] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 20 y 21. Madrid. 2009.

[224] TULLIO LIEBMAN, Enrico. *Manual de Derecho Procesal Civil.* Pág. 289. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1980. Buenos Aires.

Se han sentado por nuestra jurisprudencia como máximas de la experiencia las siguientes:

** Las máximas de la experiencia nos enseñan como jueces a desconfiar de los testigos tardíos, y si bien esa sola circunstancia no puede bastar para negarles mérito, sí es un aspecto a considerar, junto a otros rasgos, tal como lo hizo la sentencia en examen.*[225]

** No es lo mismo reconocer a un individuo entre varios sujetos de similares características, que hacerlo cuando sólo se lo exhibe a él, luego de ser imputado como autor del hecho. "Si bien las ropas que el acusado vestía ese día, según el mismo lo señalara, jeans azules, zapatillas y un polerón color azul, además de un gorro según declararon los funcionarios policiales, concuerdan con las descritas por los testigos presenciales, no es menos cierto que ella corresponde a las vestimentas que la gran mayoría de jóvenes visten por estos días".*[226]

** Son dos los elementos básicos que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han tenido en consideración para determinar si la sustancia estupefaciente encontrada en poder de la persona puede o no considerarse que esté destinada a su consumo personal: la cantidad de droga y la condición de adicto del mismo, unido a ello –considerando la actual redacción del texto– a la proximidad en el tiempo en que se puede efectuar el consumo".*[227]

** La finalidad de vender las especies se deduce de la circunstancia de tener las especies sobre un paño extendido en la vereda, a la vista del público. La experiencia indica que esa es precisamente la forma en que los vendedores ambulantes ofrecen sus productos. Es lo que podemos denominar, con toda propiedad, oferta tácita, semejante a la que realiza el comerciante establecido cuando pone sus productos en una vitrina. En nuestra sociedad es suficiente para colegir la oferta, la concurrencia de los actos descritos precedentemente, sin necesidad de ser voceados por el vendedor.*[228]

** Después de denunciado el hecho, la víctima presentaba contusiones y erosiones en codos y rodillas, lesiones que según la lógica y las máximas de la experiencia, son clara manifestación de caída a un suelo duro, caída que se inserta perfectamente en el relato que de lo acontecido proporcionó el afectado y que científicamente fueron calificadas como de carácter leve.*[229]

En cambio, las reglas de la lógica se caracterizan por ser universales, estables e invariables en el espacio y en el tiempo.

---

[225] Corte Apelaciones Rancagua. 10.11.2004. *Revista Procesal Penal* N° 29. Págs. 83 y Sgtes. Enero 2005.

[226] Tribunal Juicio Oral La Serena. 23.12.2002. *Revista Procesal Penal* N° 6. Págs. 166 y Sgtes. Febrero 2003.

[227] Tribunal Juicio Oral La Serena. 23.12.2002. *Revista Procesal Penal* N° 6. Págs. 170 y Sgtes. Febrero 2003.

[228] Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 25.10.2002. *Revista Procesal Penal* N° 4. Págs. 145 y Sgtes. Diciembre 2002.

[229] Tribunal Juicio Oral Temuco. 11.11.2004. Considerando 7°. *Revista Procesal Penal* N° 27. Págs. 27 y Sgtes. Noviembre 2004.

Se dice que esta revisión reflexiva es la que debe ser "sana", o sea, acuciosa, imparcial y orientada por los datos científicos o morales pertinentes a la materia que en cada caso se trate. Nuestra jurisprudencia ha señalado que "la sana crítica", según la doctrina, "es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional, puestos en juicio. Conforme a su acepción gramatical puede decirse que es el análisis, hecho en forma sincera y exento de malicia, de las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están formuladas en la ley. Trátase, por ende, de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, consiste en una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo".

La regla general, en el sistema de la sana crítica, es que la actividad de valoración o ponderación de las probanzas y, con ello, la fijación de los hechos en el proceso queda agotada en las instancias respectivas y no es procedente su revisión por la vía del recurso de casación en el fondo, a menos que los sentenciadores del mérito –al determinar aquellos hechos– hayan desatendido las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o determinar la eficacia de aquellas pruebas, cuestión que no ha ocurrido en la especie, por lo que no se hará lugar al recurso de casación en estudio[230-231-232]. De acuerdo

---

[230] Casación en fondo. Corte Suprema. 15.12.1997. *Gaceta Jurídica* Nº 226. Abril 1999. Pág. 154.

[231] Como control de la sana crítica se ha señalado que *"al no haberse analizado ni ponderado prueba testimonial y pericial rendida en autos se han infringido las normas de los arts. 108, 109, 456 bis, 457, 459, 464 y 473 del Código de Procedimiento Penal y 36 de la Ley Nº 19.366, incurriéndose en la causal Nº 7 del artículo 546 del mismo Código citado, con influencia sustantiva en lo dispositivo de la sentencia, pues de haberse analizado aquellos antecedentes debería haberse concluido que el procesado no tuvo participación en el hecho punible investigado, y en consecuencia, de paso también incide en la causal Nº 1 de la norma citada, pues se ha condenado al reo señalándole una participación que no tuvo"*. Casación en el fondo. Corte Suprema. 22.6.2000. *Gaceta Jurídica* Nº 240. Junio 200. Págs. 125 y Sgtes. En el mismo sentido se ha señalado que *"la prueba no ha sido apreciada conforme a las reglas de la sana crítica y no se ha acreditado el delito que se le imputa, por cuanto aparece que la droga por su escasa cantidad y por la calidad de consumidor del reo, hace presumir que está destinada al consumo personal y próximo en el tiempo, lo que no es delito"*. Casación en fondo. Corte Suprema. 9.8.1999. *Gaceta Jurídica* Nº 230. Agosto 2000. Pág. 127. *"Procede casar en el fondo de oficio una sentencia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 785 inciso 2º del CPC por haber sido dictada infringiendo el artículo 456 del C. del Trabajo al estimar sin dar aplicación de la lógica y la experiencia a los hechos del pleito que constituían la causal del artículo 160 Nº 1 del mismo Código, infracción que, por tanto, influyó en lo dispositivo, por lo que a continuación y en forma separada se dictará la correspondiente sentencia de reemplazo"*. Casación de oficio. Corte Suprema. 6.7.1999. *Gaceta Jurídica* Nº 229. Julio 1999. Pág. 156.

[232] En este sentido se ha señalado que no obstante que el pliego de posiciones planteado a la demandada fue evacuado en su rebeldía, lo que hace aplicable el apercibimiento del artículo 396 del CPC, tal hecho no impide que dicho mérito probatorio sea valorado con las restantes pruebas rendidas en la causa y que el juez debe apreciar y ponderar conforme a la sana crítica. Corte de Apelaciones de Santiago. 9.7.1999. *Gaceta Jurídica* Nº 229. Julio 1999. Pág. 190, y Corte de Apelaciones de Santiago. 2.6.1999. *Gaceta Jurídica* Nº 228. Junio 1999. Pág. 168.

con ello, no rigen las normas reguladoras de la prueba previstas por el legislador para determinar un valor probatorio específico respecto de un medio de prueba en un sistema basado en la sana crítica, encontrándose los jueces facultados para otorgarles un valor diferente dando aplicación a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.[233]

Por su parte, el legislador en el artículo 456 del Código del Trabajo se ha encargado de establecer claramente los diversos factores a considerar y el método que debe seguir el tribunal para apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica. Al efecto, se señala por ese precepto, que "al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

El artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia, titulado Valoración de la prueba, dispone que "*los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de todas las pruebas rendidas, incluso aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia*".

Nuestra Excma. Corte Suprema nos ha explicado que "los jueces del fondo efectúan una correcta evaluación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica cuando expresan las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de la experiencia en cuya virtud les designa valor o las desestima. En general, se debe tomar en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador". La regla general en el sistema de la sana crítica nos ha señalado nuestra Excma. Corte Suprema es que "en términos generales, el establecimiento de los hechos sobre la base de la apreciación de las probanzas allegadas al proceso mediante las reglas de la sana crítica queda agotada en las instancias respectiva y no es susceptible de revisión por la vía del recurso de casación en el fondo, a menos que en la determinación de tales hechos

[233] Las normas reguladoras de la prueba en materia laboral se encuentran regidas por los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo que contemplan el sistema de la sana crítica, no siendo aplicable el artículo 1713 del Código Civil. Casación en fondo. Corte Suprema. 22.4.1999. *Gaceta Jurídica* N° 226. Abril 1999. Pág. 149. En materia de normas reguladoras de la prueba rigen los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo y no las del CPC y Código Civil. Corte Suprema. 3.3.1999. *Gaceta Jurídica* N° 225. Marzo 1999. Pág. 163.

los jueces del grado hayan desatendido las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o desestimar la eficacia de las pruebas referidas, cuestión que no ha ocurrido en la especie".[234-235]

Finalmente, debemos señalar que se ha utilizado por la doctrina y la ley el término de "apreciación de la prueba en conciencia".

Nuestra jurisprudencia en un principio, utilizando el concepto de la voz conciencia del Diccionario de la Lengua Española, sostuvo que se apreciaba la prueba en conciencia cuando se actuaba "haciendo el bien y evitando el mal".

Dado que ese concepto moral de conciencia es muy general, la jurisprudencia varió y ha sostenido que la conciencia se forma por los elementos proporcionados por las partes y el tribunal, los que se analizan de acuerdo a la lógica.

En definitiva, la jurisprudencia ha concebido la voz conciencia en su acepción psicológica, es decir, crear los elementos necesarios para establecer el estado psicológico para que el individuo pueda actuar de un modo determinado, y ha equiparado en estos últimos años la apreciación de la prueba en conciencia con el sistema de la sana crítica.

Así, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *"apreciar la prueba en conciencia significa autorizar a los tribunales para hacer de ésta una apreciación racional, con recta intención y conforme a la sana crítica, sin estar obligados a someterse a las normas legales establecidas para valorarla, de una manera que la convicción moral que los jueces de la instancia adquieren así libremente no puede ser revisada por el Recurso de Casación en el Fondo".*[236-237]

---

[234] Casación en fondo. Corte Suprema. 20.3.2000. *Gaceta Jurídica* Nº 237. Marzo 2000. Pág. 147.

[235] En el mismo sentido, se establece por el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal que "*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

[236] Corte Suprema. 5.5.75. R.D.J. T. 72. Sec. 4ª, pág. 149; Rep. D.5 E. Jur. C. Civ. Supr. 1983, pág. 25, fallo 18.

[237] En este mismo sentido se ha señalado que *"como se sabe, la facultad de apreciar la prueba en conciencia significa, según la interpretación generalmente admitida en la doctrina y en la jurisprudencia, que los jueces del mérito quedan facultados para apreciar las probanzas de autos y sacar de ellas las conclusiones pertinentes, a partir de su convicción moral íntima, formada libremente por el conocimiento exacto y reflexivo de los hechos y sin sujeción a las reglas que determina el derecho procesal en cuanto a la naturaleza o mérito relativo o comparativo de los medios de prueba. Así, la ponderación de la prueba rendida hecha por el árbitro no quebranta los principios de razonabilidad jurídica y justicia ni implica un discernimiento al margen de las normas de la sana crítica, lo que permite concluir que no han incurrido en las faltas o abusos que a este respecto se le imputan".* Corte de Apelaciones Santiago. 1.12.1999. *Gaceta Jurídica* Nº 234. Diciembre 1999. Pág. 79.

Además, en un seminario sobre valoración de la prueba, efectuado durante el año 1974 en el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se llegó a un acuerdo que sentó la siguiente conclusión sobre la materia:

"Cuando el legislador establezca la apreciación de la prueba en conciencia, el juez debe considerar que su convicción debe ser demostrable por la lógica y las máximas de experiencia".

"La fijación de los hechos, en virtud de una valoración de la prueba que no se expresa, entra en el ámbito de la libre convicción".[238]

Respecto del sistema de apreciación racional o de libre apreciación de la prueba, se ha sostenido que:

a) El principio de libre apreciación de la prueba no significa que de ahora en adelante el juez esté librado de toda ligazón o atadura. El juez sigue subordinado a las leyes de razonamiento y de la experiencia y tiene que observarlas cuando constata los hechos.

b) La libertad de apreciación de la prueba no le fue conferida al juez para que tomara sus decisiones arbitrariamente, sino que para darle la posibilidad de determinar la verdad bajo su propia responsabilidad, de un modo repetible mentalmente. El deber de fundamentación es una consecuencia esencial (o si se quiere un límite) de la libre apreciación de la prueba, porque la libertad existe solamente frente a normas legales restrictivas de la apreciación, pero no frente al afectado en el sentido de arbitrariedad. Sólo un deber de fundamentación establecido como principio, cuadra a un procedimiento propio de Estado de Derecho.[239]

Por ello, nuestra Excma Corte Suprema ha declarado que "el punto es que en concepto de esta Corte, el Código Procesal Penal excluye terminantemente, y en el texto mismo de sus disposiciones que se pueda omitir el análisis de cada una de las pruebas rendidas con una conclusión de tipo genérico, por estimarlo innecesario, por creer que nada agregan para la resolución del asunto o con otro tipo de consideraciones de carácter general. Lo que la nueva legislación exige perentoriamente es que cada "una de las pruebas se ponderen y analicen fundamentando su aceptación o rechazo en las razones de hecho y de derecho que correspondan. El texto de la letra c) del artículo 297 hace un equilibrio entre dos principios igualmente fundamentales para la apreciación de la prueba: por un lado, acepta que la prueba se valore con libertad, pero le pone el límite que los tribunales "no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados" y agrega en seguida que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, debiendo pronunciarse respecto

[238] *Revista de Derecho Procesal* N°s. 9 y 10. 1975. Pág. 99.

[239] WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba.* Págs. 356, 358 y 359. Editorial Temis. 1985.

de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido para hacerlo así".[240]

c) Tanto la decisión del legislador sobre la medida en que autorizará "correcciones" de una sentencia ya dictada, como también la práctica de los tribunales cuando éstos van más allá de lo previsto por la legislación, tiene que medirse con el sentido y la función del recurso en general, pero no con arreglo al principio de la libre apreciación de la prueba.

Nadie afirmará que la apelación (sea cual fuere el procedimiento en que se intente) es inadmisible porque podría llevar a que se constaten otros hechos o a que se haga una apreciación de ellos distinta de la hecha en primera instancia, y que por eso se violaría el principio de la "libre apreciación de la prueba". Se acepta, pues, en ese recurso que "libre" no significa "necesariamente incontrolado", así sea por otros jueces. Cuando el legislador concede un recurso, ello no está en pugna con el establecimiento de la libre apreciación de la prueba. Por el contrario, los dos institutos expresan aspectos distintos de un mismo pensamiento. El legislador garantiza la averiguación dejándole, por un lado, plena libertad de apreciación al juez de primera instancia, pero también estableciendo por otro, una instancia de control para verificar esa averiguación, a causa de que la posibilidad de error nunca puede excluirse. Tenemos, pues, que el recurso y la libre apreciación de la prueba no se contraponen, sino que se complementan para lograr un fin que les es común: la determinación de la verdad.

No es otro tampoco el régimen del recurso de casación, inclusive cuando el control casacional se enseñorea de las constataciones de hecho. La diferencia entre estos dos recursos consiste en que el juez de apelación, al igual que el *a quo*, saca sus elementos de juicio de la suma del debate oral y de la impresión directa que le causan los medios de prueba, mientras que el juez de casación tiene que limitarse a la sentencia impugnada y a su fundamentación. Ahora bien, si el juez de casación estuviera facultado para hacer una apreciación distinta de la que puede hacer el juez de los hechos sólo sobre la base de las "actuaciones inertes", podría pensarse que ese manejo de la casación podría perjudicar de un modo inadmisible el principio de la libre apreciación de la prueba. La ley preceptúa que una decisión propia sobre el fondo tomada por el tribunal de casación, es admisible únicamente cuando (dicho grosso modo) ya no se necesitan más discusiones ni constataciones de hechos, y que, de lo contrario, la causa tendrá que reenviarse. Por tanto, tampoco por este aspecto surgen dudas o reparos por un posible desmedro del principio de la libre apreciación de la prueba.

Por lo tanto, que principalmente en el procedimiento penal, por ser en éste a menudo la "casación" el único recurso se sintió frecuentemente en la necesidad, de revisar, más allá del control de derecho, también la cuestión de hecho (o sea, hacer un control de exactitud de la sentencia en sentido amplio). Esto puede llevarnos a pensar

[240] Corte Suprema. 6.4.2005. Rol 5.440-04. *Revista Procesal Penal* N° 34. Págs. 65 y Sgtes. Abril 2005.

si el sistema de recursos vigente –concebido por la ley– satisface las necesidades de la justicia penal.[241]

La sana crítica racional supone el contralor de los fundamentos de la sentencia, en el sentido de que ella debe aparecer como una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos: la convicción del juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respecto a las leyes del pensamiento humano (lógicas: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y a las de la psicología y la experiencia común y provenientes de elementos de prueba legítimamente incorporados al procedimiento e idóneos para ser valorados en el fallo. Por ende, una sentencia no avalada por una motivación respetuosa de estas reglas es descalificable como tal (casación), pues le falta o es contradictoria su motivación.[242]

La sana crítica descansa en una propuesta en la que el optimismo epistémico (hay una verdad de calidad procesal-racionalmente alcanzable) se conjuga felizmente con una fuerte exigencia de motivación (decidir sólo lo que se puede motivar con base en la prueba del juicio contradictorio).[243]

d) Tanto en la discusión en torno al aprovechamiento de los medios de prueba, "argumentos de prueba", como también cuando se discute un esclarecimiento suficiente, es equivocado valerse del principio de la libre apreciación de la prueba como argumento para justificar un aprovechamiento vicioso o un esclarecimiento insuficiente.

En ambos supuestos, la libre apreciación de la prueba intervendría en el tiempo y por lógica sólo tras haberse resuelto, sobre la base de otras reflexiones, la cuestión de admisibilidad o del cumplimiento del deber de esclarecimiento. Sólo cuando se haya aclarado que determinada circunstancia constituye un motivo de prueba lícito, se pasará en vista de esa circunstancia a apreciar la prueba. Sólo cuando unas circunstancias hayan sido lo suficientemente aclaradas, podrá darse comienzo a la apreciación. Las cuestiones relativas a la admisibilidad y esclarecimiento tienen que resolverse con el auxilio de criterios que nada tienen que ver con la libre apreciación de la prueba. Ésta constituye siempre la culminación que remata cada procedimiento. Las decisiones que le preceden no pueden dictarse invocándola a ella.[244]

El sistema de la "intime conviction", típico de la tradición francesa, pero acogido en muchos ordenamientos procesales, postula que la valoración de las pruebas y, por lo tanto, las decisiones sobre los hechos, sería el fruto de una persuasión interior, inescrutable e irreduciblemente subjetiva, que por razones desconocidas surgen en el alma (no necesariamente en la mente) del juez. Esta interpretación del principio de la libre convicción del juez representa el fundamento de una concepción radicalmente

---

[241] Walter, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba.* Págs. 353 y 354. Editorial Temis. 1985.

[242] Maier, Julio B. *Derecho Procesal Penal argentino. 1b fundamentos.* Pág. 432. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989.

[243] Ibáñez, Perfecto Andrés. *Consideraciones sobre la prueba judicial.* Pág. 13. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

[244] Walter, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba.* Pág. 327. Editorial Temis. 1985.

irracionalista de la decisión sobre los hechos. La opción a favor de una concepción racionalista supone, en cambio, que el principio de la libre convicción del juez se interprete en el sentido que la discrecionalidad en la valoración de las pruebas ha de ejercerse según criterios que garanticen el control de la misma. Esto supone, a su vez, que se adopte una concepción epistémica y no retórica de la prueba.[245]

5. DIFERENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS SISTEMAS

En la valoración de la prueba, según el sistema de la sana crítica, el juez se encuentra limitado en el ejercicio de su labor por las reglas objetivas que constituyen los principios lógicos y las máximas de la experiencia.[246]

En el sistema de la libre convicción, en cambio, existe una valoración judicial de la prueba por el juez sin el establecimiento de límites objetivos para el desarrollo de su labor, pudiendo éste determinar libremente los motivos de su razonamiento respecto de la prueba, los que conducen a formar su convicción y resolver el conflicto.

En este sentido, nos señala Niceto Alcalá Zamora y Castillo que "la sana crítica sumaría así a la mera libre convicción (conciencia sólo), la experiencia y la ciencia, y a ello obedece que sea instrumento inadecuado para ser puesto en manos de jueces legos. En definitiva, la sana crítica debe ser la demostración cabal de que la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador se corresponde con la realidad de los hechos o, de ser posible alcanzar semejante grado de certeza, de que cuenta a su favor con las mayores probabilidades de reflejar esa coincidencia".

Por otra parte, el sistema de la sana crítica se diferencia del sistema de la prueba legal, fundamentalmente, en que en aquél se entrega al juez la labor de valorizar la prueba sobre la base de los factores objetivos de los principios de la lógica y máximas de la experiencia, no existiendo normas preestablecidas para ello por parte del legislador.

En el sistema de la sana crítica es posible que existan, al igual que en el sistema de la prueba legal, normas que preestablezcan los medios de prueba, la carga de ella, la forma y oportunidad en que deberá rendirse, puesto que lo realmente trascendente para diferenciar ambos sistemas radica en la función que deberá desempeñar el juez en el instante procesal de valorizar la prueba.

Finalmente, un elemento esencial para el sistema de la sana crítica consiste en el deber e imperativo de fundamentar adecuadamente el fallo, de manera que fluya claramente de éste los criterios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos

---

[245] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 22 y 23. Madrid. 2009.

[246] En este sentido se ha declarado que *"si bien el artículo 36 de la Ley 19.366 establece que en los delitos contemplados en ella 'los tribunales apreciarán la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica', ello no implica facultar a los sentenciadores prescindir de elementales normas de buen juicio al valorar los antecedentes y de acuerdo con criterios de lógica y experiencia y menos a no considerar de ninguna manera las normas de la prueba tasada que son, evidentemente, normas de buen juicio y lógica, ponderación ausente en la sentencia recurrida"*. Casación en el fondo. Corte Suprema. 26.4.2001. *Gaceta Jurídica* Nº 250. Abril 2001. Pág. 113.

científicos afianzados utilizados por el tribunal y que le han permitido dar por establecidos determinados hechos mediante los medios de prueba rendida en el juicio y restarle valor probatorio a otras pruebas que se hubieren generado durante éste.

En este sentido, señala Taruffo que la realidad es que la motivación *no es y no puede ser* un relato que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba. Las normas que exigen motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen *justificar* su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente "correctas" y aceptables. Para decirlo de manera sintética: "los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados individuales de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos".[247]

6. SISTEMA PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL

Én el Código Procesal Penal, rige como sistema general de apreciación de la prueba el sistema de la sana crítica.

Al efecto, establece el artículo 297, titulado Valoración de la prueba, que: "*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentaciòn de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Por su parte, el artículo 340, titulado, Convicciòn del tribunal, nos señala que: "*Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.*

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaraciòn".

El artículo 342, titulado Contenido de la sentencia, contempla las exigencias de la sentencia definitiva, dentro de los cuales las letras c) y d) expresan:

---

[247] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pág. 33. Junio 2009. Santiago. Chile.

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

Los artículos 373 y 374 nos señalan, como medio para reclamar del vicio de errada apreciación de la prueba, contemplando las causales del recurso y los motivos absolutos de nulidad del juicio y la sentencia, respectivamente.

Sobre la materia se ha señalado que "el nuevo Código se afilia, sin duda alguna, al régimen de ponderación de la prueba llamado de la sana crítica, tan común hoy en los ordenamientos procesales latinoamericanos. No obsta a lo anterior, la circunstancia de no emplearse el "nomen iuris" referido en las disposiciones del cuerpo legal, porque ello obedece a la comprobación –perfectamente correcta– que efectuara la Comisión senatorial, en el sentido que el escaso desarrollo dogmático de la ciencia jurídica nacional ha llevado a la jurisprudencia a confundir apreciación de la prueba en conciencia con apreciación conforme a la sana crítica y, en consecuencia, para evitar equívocos, el legislador, sabiamente, optó por describir, genéricamente, lo que importa la apreciación con arreglo a la sana crítica, antes de dejar librado al intérprete precisar el sentido de un concepto.

Lo que debe extraerse de este párrafo, referido a las atribuciones conferidas a los jueces para ponderar la prueba, es que éstos han quedado autorizados para otorgar mérito a las pruebas con libertad y sin más limitantes que las que impongan la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".[248]

En el mismo sentido, que "en términos de la Comisión de Constitución de la Cámara Alta, este artículo (287) instaura el 'sistema de libertad de apreciación de la prueba' en lugar del 'sistema de prueba legal o tasada', que existiría a su juicio en el actual Código de Procedimiento Penal, en que es la propia ley, la que determina el valor que debe asignarse a cada medio probatorio". Agrega que no consagra empero un "sistema de libre convicción", que es propio de los jurados, en que el juzgador puede dar a cada medio probatorio el valor que estime conveniente, sino que en este caso ordena al tribunal apreciarlos respetando las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

De allí entonces se estableció que los tribunales apreciarán la prueba "con libertad" y no "con entera libertad" como disponía el proyecto emanado de la Cámara de Diputados, agregando a continuación "pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"; en otras palabras, en este punto se otorga al tribunal libertad para apreciar la prueba, pero no libertad absoluta, ya que esa apreciación libre deberá respetar los extremos

[248] Instructivo N° 44 Ministerio Público. Oficio N° 038, enero 24, 2001. Sobre los objetos y las evidencias del delito en relación al nuevo proceso penal. *Reforma Procesal Penal.* Instrucciones N°s. 26 a 50. Pág. 336. Editorial Jurídica de Chile. Mayo 2001. Santiago. Chile.

antes señalados, no pudiendo excederlos.[249] El sistema adoptado por el Proyecto de Código Procesal Penal es claramente el de la sana crítica. Ya hemos establecido, de acuerdo a la historia del artículo 297, que la Comisión de Constitución del Senado no adoptó esta nomenclatura por falta de claridad, ya que ésta confunde la valoración de la sana crítica con la apreciación en conciencia en los casos en que el legislador ha utilizado estos conceptos. El hecho que el legislador no haya empleado esta terminología para evitar confusiones jurisprudenciales no invalida esta conclusión, ya que justamente, para evitar esas confusiones se ha encargado de señalar todos los pasos que en los hechos configuran este sistema.[250]

El sistema de la sana crítica debe ser utilizado por el tribunal para valorizar las pruebas rendidas en el juicio oral, y excepcionalmente la rendida en forma anticipada ante el juez de garantía en los casos permitidos por la ley, para arribar a la convicción de haberse cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él el acusado ha tenido una participación culpable y penada por la ley.

Por otra parte, el artículo 340 del CPP nos señala que, respecto de esos hechos, el tribunal deberá adquirir la convicción *más allá de toda duda razonable.*

Al respecto se nos ha señalado que "llama la atención que la convicción requerida sea "más allá de toda duda razonable", concepto que adoptara la Comisión Mixta al rechazar el calificativo de "suficiente" que previamente había introducido el Senado. En efecto, en su oportunidad "estuvo de acuerdo el Senado en que no es preciso que sea absoluta la convicción a que debe llegar el tribunal. Basta que sea suficiente, calificativo que acordó agregar".

Por su parte, la Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* es propio de derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquellas que excluya las dudas más importantes.

El estándar de duda razonable ha sido tomado del sistema norteamericano y protege al acusado de ser condenado por un delito si no se ha producido prueba "más allá de una duda razonable" *(beyond a reasonable doubt)* con respecto a cada hecho necesario para constituir el delito del que ha sido acusado. El estándar de "duda razonable" es utilizado en los Estados Unidos por oposición al estándar de "preponderancia de evidencia" que opera en materia civil. Significa, en otras palabras, que no basta con que el acusador produzca prueba "más convincente" que el acusado, sino que debe tratarse de prueba que conduzca a la completa convicción, esto es, a un grado

[249] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Pág. 17.

[250] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Pág. 21.

de certeza moral acerca de la existencia de los hechos que configuran el delito y la participación del acusado.

Por su parte, "duda razonable" ha sido definida en el sistema norteamericano –partir de la jurisprudencia existente– como el estándar usado para determinar culpabilidad o inocencia de una persona acusada de un delito. Para ser culpable de un delito, se debe probar que uno es culpable más allá de una duda razonable. Una duda razonable que justificaría absolución es una duda basada en la razón y que surja de la evidencia o de la falta de evidencia, y es la duda que un hombre o mujer razonable podría abrigar, y la es una duda rebuscada ni imaginada, ni la duda que un jurado podría hacer aparecer para evitar realizar una tarea o deber desagradable. Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia.

En ocasiones, suele considerarse también, como efectos de la presunción de inocencia en materia probatoria, la exigencia de que la actividad probatoria se realice en el juicio oral y la prohibición de admitir como prueba la que legalmente no tenga tal carácter.[251]

Se ha señalado respecto del Código Procesal Penal, que "otro elemento distintivo del sistema adoptado es la fundamentación que de la apreciación de la prueba hecha por el tribunal debe contener la sentencia, ya que el tribunal deberá expresar claramente en el fallo los elementos que consideró para formar su convicción, los cuales con la sola excepción de la prueba anticipada podrán únicamente basarse en las pruebas rendidas durante la audiencia del juicio oral.

La fundamentación exigida por el legislador es muy completa, ya que deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, indicando el o los medios de prueba mediante los cuales se acreditó cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados, y señalando la prueba que se hubiere desestimado con indicación de las razones que se tuvieron para ello.

Esta fundamentación es la base de la socialización de la sentencia, ya que debe realizarse de tal manera que ella pueda permitir la reproducción del razonamiento desarrollado por el tribunal para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia".[252-253]

---

[251] LÓPEZ MASLE, Julián. "Principios del sistema Procesal Chileno". Apuntes de clase para el Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal. Págs. 63 y 64. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Marzo 2001.

[252] NAHUM ANUCH, Roberto. "El sistema probatorio del Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica* N° 247. Enero 2001. Págs. 17 y 18.

[253] En el sumario criminal rige el principio de la prueba legal al establecerse claramente los medios de prueba que pueden ser empleados para acreditar el hecho punible y la participación.

En relación con el hecho punible, éste puede ser acreditado por todos los medios de prueba que admite la ley, con exclusión de la confesión.

Al efecto, establece el artículo 110 que "el delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado

Continuaciòn nota [253]

el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutò, con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.

Las informaciones que la policía proporcione sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o partes que se envíen a los tribunales, tendrán el mèrito de un antecedente que el juez apreciará conforme a las reglas generales, sin perjuicio de que pueda citar a los funcionarios respectivos para interrogarlos sobre esos hechos, o para otras diligencias del proceso; y sin perjuicio tambièn del derecho de los inculpados para solicitar que se les interrogue al respecto, se les caree o contrainterrogue.

En relación con la participación, ella puede ser acreditada por todos los medios de prueba que admite la ley, incluida la confesiòn, siempre que ella se encuentre acorde con el hecho punible establecido y cumpla con los demàs requisitos legales contemplados en el artículo 481.

Al efecto, establece el artículo 111 que "el delincuente puede ser determinado por uno o más de los medios expresados en el artículo que precede, y además por la confesiòn de él mismo, acorde con los datos que comprueben el hecho punible".

Por otra parte, debemos tener presente que desde sus orìgenes se contemplan en el Còdigo de Procedimiento Penal nuevos medios de prueba, que màs bien no son màs que diversos procedimientos para los efectos de obtener la rendiciòn de medios de prueba tradicionales, como son: a.- El careo (artículos 351 a 355); b.- El allanamiento (artículo 156); c.- La reconstituciòn de escena (artículos 212 y 326); d.- El reconocimiento en rueda de presos (artículos 342 a 347); e.- Registro de vestidos en una persona (artículo 175); f.- Apertura de correspondencia (artículos 176 a 181).

Finalmente, es menester tener presente que por la reforma introducida por la Ley N° 18.857, se permitió en los artículos 113 y 113 bis incorporar al procedimiento penal los modernos medios de prueba, estableciéndose que estos medios podrán servir de base a presunciones o indicios.

El sistema probatorio penal aquí recogido es el sistema de la prueba legal en cuanto se contempla la existencia de las leyes reguladoras de la prueba, constituyendo su infracciòn una causal del recurso de casaciòn en el fondo (artículo 546 N° 7).

La demostraciòn de la existencia de las leyes reguladoras de la prueba se constata: 1°.- Establecimiento de medios de prueba (artículos 110, 111 y 457); 2°.- Forma de rendirla; 3°.- Valor probatorio respecto de cada uno de los medios; 4°.- Apreciaciòn comparativa.

Sin embargo, en materia penal existe una clara aplicación también del sistema de la sana crítica: 1°. Artículo 456 bis; 2°. Apertura de los medios de prueba (artículos 113 y 113 bis); 3°.- Valor probatorio de medios. 3.1. Confesión extrajudicial (artículo 484); 3.2. Peritos (artículo 473); 3.3. Prueba de testigos incompleta; 3.4. Presunciones e indicios (artículo 488).

Respecto de las resoluciones màs importantes relacionadas con la libertad personal que se dictan durante el Sumario Criminal (la detención y prisiòn preventiva), la ponderaciòn de esos elementos, no obstante todas las normas de valor probatorio establecidas por parte del legislador respecto de cada medio de prueba queda, como nos señala el destacadísimo jurisconsulto redactor del Còdigo de Procedimiento Penal, entregada en definitiva a la ponderaciòn del tribunal.

En esta materia resulta sumamente interesante destacar la nota contemplada en el Proyecto de Ballesteros respecto del precepto, el que se mantuvo pràcticamente inalterable en el Código, en la cual se nos señala que "por màs que escritores tan distinguidos como Beccaria y su comentador Faustín Hèlie, manifiesten la conveniencia de no dejar al arbitrio del juez la estimaciòn de las sospechas o de los indicios, y por màs que esta lata facultad pueda prestarse a abusos, el hecho es que la ley no podría prever todos los motivos de sospecha, todos los indicios que pueden hacer presumir la criminalidad de un individuo en un caso determinado. Son tan numerosos los delitos, y tan variados sus caracteres, que la ley pecaría forzosamente de casuística y no podría llegar a enumerarlos todos, si tuviese la pretensiòn de hacerlo. Hay que dejar, pues, esta latitud a la conciencia del juez, que, por otra parte, no resolverà arbitrariamente, desde que sus actos pueden ser revisados por el tribunal superior, y le imponen, ademàs, una seria res-

Continuación nota [253]

ponsabilidad. Beccaria enumera como motivos de sospecha los siguientes: el clamor público, la fuga, la confesión extrajudicial, la deposición de un cómplice, las amenazas que haya podido hacer el acusado, la existencia de un cuerpo del delito y otras presunciones semejantes." (LAZO, Santiago. *Los Códigos Chilenos anotados. Código de Procedimiento Penal.* Pág. 201. Poblete Cruzat Hnos. Editores. 1916).

Respecto de la sentencia definitiva condenatoria penal, que debe pronunciarse cerrando la etapa del Plenario Criminal, rige el principio de la prueba legal o tasada al establecerse claramente los medios de prueba que pueden ser empleados para acreditar el delito y la participación, debiendo basar en ellos su convicción el tribunal para los efectos de dictar sentencia condenatoria. Artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

En cambio, para dictar sentencia absolutoria rige el principio de la sana crítica, dado que no obstante las pruebas que se hubieren rendido en el proceso, si con su apreciación el juez no adquiere la convicción respecto de la culpabilidad del acusado puede dictar sentencia absolutoria, señalando los motivos por los cuales llega a dictar dicha resolución.

El artículo básico en la materia es el 456 bis, según el cual "nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley".

De lo anterior no cabe la menor duda, no debiendo más que acudir a lo que su destacado redactor, don Manuel Egidio Ballesteros, nos enseña en la nota que como testimonio histórico de este precepto nos indica: "He aquí condensado en pocas palabras el sistema de apreciación de la prueba del presente Proyecto consagra. No habiendo llegado todavía para Chile el momento de establecer el jurado, no era tampoco posible ni científico dar este carácter a los jueces de derecho. Pero, sin ir tan lejos, no creemos razonable encerrar la conciencia del juez dentro de un círculo de hierro, del cual no pudiera salir sin violación de la ley. La prueba de los hechos criminales no puede estar sometida a reglas fijas e inflexibles. Señaladas las bases generales a que debe sujetarse su apreciación, es indispensable dejar cierta latitud al criterio del juez para apreciar cada caso y formarse su convicción. La prueba medida y fraccionada que señalaban las antiguas leyes no es de manera alguna la demostración indudable de la existencia de un hecho. La declaración de dos testigos intachables puede en ocasiones llevar al ánimo menos convicción que una serie de indicios o presunciones perfectamente coordinadas entre sí, y que no dejan duda alguna de que el hecho ha existido. La culpabilidad de un reo se manifiesta a veces por circunstancias tan imprevistas o por incidencias de tan poca importancia aparente, que sería imposible comprenderlas en reglas generales ni aun sujetarlas a ellas. Una circunstancia o incidencia de este género puede convertir en plena certidumbre el efecto causado en el espíritu por la narración de un solo testigo sospechoso. Este Proyecto, partiendo de semejante doctrina, hoy universalmente aceptada, se aleja tanto del jurado como de las minuciosas reglas que los antiguos daban para saber cuándo una prueba debía estimarse como plena, cuándo como semiplena, cuándo como indicio poderoso, como sospecha vehemente o como presunción débil, pero susceptible de adquirir mayor valor si se unía a otra semejante. Nosotros fijamos reglas para la manera de estimar la prueba, y consignamos los casos en que deba considerarse como bastante para acreditar la existencia de un hecho; pero al mismo tiempo dejamos al juez la libertad de criterio necesario para hacer sus inducciones o deducciones, a fin de que pueda decir: "la prueba rendida no es deficiente y ha traído a mi ánimo la convicción íntima y la convicción legal: "el hecho existe o ha existido". La ley da reglas para encaminar este criterio; pero deja a la conciencia del juez la decisión final. El jurado no da razón de los motivos en que apoya su juicio, ni nadie puede exigirle que la dé. El juez de derecho deberá explicar esos motivos, y justificar ante todos cómo es que ellos han sido bastante poder tal como lo establece este Proyecto. El juez fundará sus sentencias y explicará las razones de su convencimiento: el jurado no debe sino a Dios la explicación de los motivos de su veredicto. ¿Cuál Sistema es preferible? Esta cuestión es inútil por el momento. El establecimiento del jurado requiere condiciones y cierto grado de preparación que aún no existe en Chile; pero él vendrá más tarde, ya que la base del progreso es la base de la sociabilidad humana. Este Proyecto le abrirá

La libertad probatoria debe conducir al juez a alcanzar una certeza objetiva y no meramente subjetiva que permanezca en el plano interno del juzgador, que no se exterioriza en forma fundada y escapa por ello a todo control efectivo y no permite reproducción alguna. Por ello se ha señalado acertadamente que la doctrina entiende que la libertad probatoria en el proceso acusatorio, aun cuando tiene como límites los que expresa el artículo 297 del Código Procesal Penal –y cuya transgresión se comprueba con la falta de motivación del fallo al valorar la prueba, no bastando la simple certeza subjetiva de los jueces– tal exigencia de motivación de la sentencia se ha impuesto precisamente para determinar que el resultado objetivo de la prueba conduzca como racional conclusión a la condena del acusado, pues es éste quien debe ser protegido frente a los errores de la formación de la convicción.[254] Por ello se nos señala que *"la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados"*. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.[255]

Nuestra Excma. Corte Suprema ha declarado que el control que puede hacer sobre la prueba sólo cabe si la valoración efectuada por el tribunal oral ha sido notoriamente irracional y arbitraria, cuyo no ha sido el caso, sino que por el contrario, junto con respetar la regularidad del procedimiento, se hizo una adecuada apreciación de la prueba para llegar a las conclusiones consignadas en el fallo.[256]

Continuación nota [253]

camino, y contribuirá poderosamente a evitar la impunidad de los delincuentes, lo que es un mal grave, y a impedir la condenación de un inocente, lo que es una calamidad social. Con él vamos a dar el paso que dio España con su Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y a Holanda con su Código vigente de Procedimiento Penal. Los demás países europeos, la España misma con su Ley de 20 de abril de 1888, han entrado abierta y resueltamente por el sistema del jurado; pero las contravenciones son juzgadas en todos ellos con arreglo a la base de este proyecto, aunque en juicio oral, que tampoco hemos creído adaptable a Chile por la deficiencia del personal de los jueces y el fuerte desembolso que exigiría su aumento hasta los límites indispensables para el buen servicio.

En resumen, podemos señalar que el antiguo Código de Procedimiento Penal consagra el sistema de la certeza legal condenatoria y de la certeza moral absolutoria. En otras palabras, para condenar debe formar su convicción sólo por los medios de prueba y de acuerdo con el valor que a ellos otorga el legislador; en cambio para absolver, si el juez no ha adquirido la convicción con la prueba rendida, sin importar el valor que a ella se atribuya por el legislador, puede absolver si no se ha formado la convicción acerca de la culpabilidad del acusado, lo que debe fundamentar en su sentencia. En este sentido, véase también PAILLAS, Enrique. *La prueba en el proceso penal oral.* Pág. 20. ConoSur-LexisNexis. Chile. 2002.

[254] Corte Apelaciones Temuco. 28.1.200. Considerando 7°. *Revista Procesal Penal* N° 7. Pág. 83. Marzo 2003.

[255] Corte Apelaciones Rancagua. 2.11.2004. *Revista Procesal Penal* N° 29. Págs. 61 y Sgtes. Enero. 2005.

[256] Corte Suprema. 4.10.2005. C. 12. Rol N° 3.231-05. *Boletín del Ministerio Público* N° 24. Septiembre 2005. Págs. 145 y Sgtes.

XII. LOS ESTÀNDARES DE PRUEBA JUDICIAL

1. CONCEPTO

Los estándares de prueba consisten en afrontar la cuestión acerca de si existen o no criterios a los que el juez debería atender al valorar discrecionalmente las pruebas de que dispone, para poder entonces establecer si ha sido conseguida la prueba de un determinado hecho para establecerlo como "verdadero" en su sentencia.[257]

En materia de valoración de la prueba y adopción de una sentencia penal condenatoria, confluyen dos coordenadas de la mayor importancia en la construcción del juicio penal: el sistema de valoración elegido y la presunción de inocencia[258], en la manifestación del *in dubio pro reo*.[259]

2. DIVERSOS ESTÀNDARES DE PRUEBA

Sin perjuicio de aquello que hemos señalado en el apartado relativo a la sentencia, hemos de reiterar aquí que en el sistema judicial anglosajón, la declaración de culpabilidad penal requiere que exista una prueba de los hechos *más allá de toda duda razonable (beyond a reasonable doubt)*.

Frente a este estricto estándar que impera en el proceso penal, se impone en el proceso civil un estándar de prueba sensiblemente inferior, puesto que resulta suficiente que respecto de los hechos de la pretensión concurra una prueba en el grado de *prueba preponderante (preponderance of evidence)*, esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

---

[257] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Pág. 102. Junio 2009. Santiago. Chile.

[258] RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal*. Pág. 308. Atelier. Barcelona. 2004.

[259] A través de la negación completa de la existencia del onus de la prueba en lo criminal, o por la atribución integral de la obligación al órgano de la acusación, resulta que en el proceso penal la duda acerca de la existencia de cualquier hecho debe favorecer siempre al acusado, incluso porque las circunstancias impeditivas no son sino el inverso de las constitutivas y una duda sobre aquéllas constituye también una duda respecto de estas últimas. Bajo ese prisma se confundiría el principio de presunción de inocencia con el in dubio pro reo, que es el postulado común a todos los sistemas procesales, pues la condena de los inocentes no trae ningún beneficio; ejemplo de ello son las fórmulas de absolución por insuficiencia de pruebas consagradas aún en los estatutos procesales de nítida inspiración autoritaria. MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio. *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. Traducción de Claudia Chaimovich G. Pág. 45. ConoSur. Santiago. Chile. 1995. Las presunciones están fundamentadas en valores ideológicos y técnicos; en el caso de la presunción de inocencia, el valor ideológico es la garantía de los intereses del acusado en el proceso penal, en cuanto al valor técnico, que debe ser instrumental al primero, contribuye para la seguridad y certeza del derecho, indicando al juez la regla que debe ser obedecida en caso que no haya certeza sobre la culpabilidad. Es justamente por ello que en la lectura de la expresión "presunción de inocencia", se debe considerar principalmente su valor ideológico, se trata de una presunción política, en la medida que expresa una orientación arraigada en el legislador, cual es la de garantizar la posición de libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal. MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio. *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. Traducción de Claudia Chaimovich G. Págs. 42 y 43. ConoSur. Santiago. Chile. 1995.

Finalmente, en el derecho anglosajón existe otro nivel probatorio, que se sitúa entre el estándar de convicción más allá de toda duda razonable y la prueba preponderante al que se alude con la denominación de *prueba clara y convincente (clear and convincing evidence),* exigido para la prueba de determinados hechos en el proceso civil, tales como la negligencia profesional, la impugnación de un matrimonio cuya validez se presume o el fraude.[260]

En consecuencia, de mayor a menor, los estándares de convicción serían los siguientes:

1. *Más allá de toda duda razonable (beyond a reasonable doubt);*
2. *Prueba clara y convincente (clear and convincing evidence), y*
3. *Prueba preponderante o probabilidad prevalente (preponderance of evidence).*

"Existen de este modo, tres estándares de prueba en derecho americano. En materia penal, la prueba de cada elemento constitutivo de la infracción debe ser, en término de una exigencia constitucional, establecido "más allá de una duda razonable" *(beyond a reasonable doubt).* En una democracia liberal, toda sanción privativa de la libertad requiere de un nivel de exigencia más elevado ya que, según el adagio, "más vale dejar libres muchos culpables que ver a un inocente condenado". Evaluemos en un 75% o más la probabilidad requerida por este estándar sobre una escala imaginaria que permita compararlo con otros".[261]

3. ALCANCE DE CADA UNO DE ESTOS ESTÁNDARES

3.1. Probabilidad prevalente

En el proceso civil, el estándar general es el de la probabilidad prevalente, o sea, de lo más probable, *preponderance of evidence.* En el proceso penal, por el contrario, el criterio típico es el de la prueba más allá de toda duda razonable o *proof beyond any reasonable doubt.*[262]

Taruffo nos explica que "en ocasiones, el estándar prevalente emerge en el nivel normativo: es el caso, por ejemplo, de la Rule 402 de la *Federal Rules of Evidence*, estadounidense, que establece, definiendo la relevancia de pruebas, que una prueba es relevante si tiene "any tendency to make de existente of any fact *more probabile o less probabile*". En muchos ordenamientos la regla de "*más probable que no*" no se encuentra prevista en ninguna regla particular, pero se afirma como criterio racional para la elección de las decisiones de los hechos de la causa. En otros términos, se configura como la forma privilegiada de dar un contenido positivo al principio del libre

---

[260] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La valoración de las pruebas personales y el estándar de la duda razonable,* Depto. Procesal Univ. de Alicante, www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf.

[261] GARAPÓN, Antonine y PAPADOPULUS, Joanis. *Juzgar en Estados Unidos y Francia. Cultura jurídica francesa y common law.* Premio Cercle Montesquieu mejor libro jurídico año 2004. Pág. 121.

[262] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 102 y 103. Junio 2009. Santiago. Chile.

convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.

El estándar de la probabilidad prevalente se funda en algunas premisas principales:

a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles, relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa;

b) Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad;

c) Que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulte mejor fundada y justificada por las pruebas respecto de cualquier otra hipótesis;

d) Que se utilice, como clave de lectura del problema, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.[263]

En materia civil, el estándar es el de la primacía de la prueba (*preponderance of the evidence*), que exige que ninguna prueba sea admitida si su probabilidad no sobrepasa el 50%. Como este tipo de proceso siempre hace que dos tesis compitan –la del demandante y la del demandado–, esta regla consagra la verdad que sea más convincente que la otra, en una perspectiva menos absoluta y más relativa. Este estándar cobra sentido en un procedimiento acusatorio, que pone a las partes en una posición simétrica. Finalmente, en cierta categoría de asuntos civiles que, sin embargo, afectan la libertad individual (como en caso de internamiento psiquiátrico), un tercer estándar de prueba es aplicable, el de la prueba clara y convincente (*clear and convincing evidence*). Este estándar está situado dentro de una horquilla intermedia entre los dos precedentes, estando en un nivel de 60 a 65% de la probabilidad.[264]

Por su parte, sobre el estándar de la probabilidad prevalente, señala Taruffo que "nos otorga el criterio de decisión racional para la elección del juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional. Éste puede articularse en algunas reglas más especificas.

"En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que, entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, debe preferirse a aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. Así, por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40%, del 55% y del 75%, se impone la elección a favor de la

[263] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 103 y 104. Junio 2009. Santiago. Chile.

[264] GARAPÓN, Antonine y PAPADOPULUS, Joanis, *Juzgar en Estados Unidos y Francia. Cultura jurídica francesa y common law.* Premio Cercle Montesquieu mejor libro jurídico año 2004. Págs. 121 y 122.

hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75%, por la obvia razón de que sería irracional elegir como "verdadera" una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación. En el caso en que exista solamente una hipótesis relacionada con un hecho, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como "más probable que no". Esta regla se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o falso según las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias: por ejemplo, si la hipótesis relativa la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho, es por lo tanto, "más probable que no" y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis "más probable que no" es la negativa, o sea, la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso, el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó "menos probable" que la negativa.

"A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40% y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del "más probable que no" nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente".[265]

Finalmente, Taruffo nos indica que el estándar de la probabilidad prevalente es racional no solamente porque es más razonable elegir como "verdadera" la hipótesis más probable, en lugar de la hipótesis menos probable, sino también porque, ubicando en el 50% el nivel de probabilidad que debe superarse para probar un hecho, existe la tendencia a producir una distribución causal de los errores en un número elevado de decisiones, sin que los errores se concentren sistemáticamente en perjuicio o a favor de una parte en lugar de la otra. Por otro lado, un estándar tan poco elevado –aunque sea en sí mismo racional– admite que exista una proporción de casos relativamente elevada en los que la probabilidad de que un hecho que sirve de fundamento para una decisión no sea verdadero es inferior a la probabilidad de que sí sea verdadero, aunque siga siendo significativa. Si, como hemos visto, con base en las pruebas, una hipótesis de hecho adquiere un grado de probabilidad del 75%, ello constituye una razón válida para sumir esta hipótesis como confirmada; sin embargo, sigue existiendo una posibilidad de error del 25%. El problema es particularmente evidente si se considera el caso límite en que la probabilidad po-

[265] Taruffo, Michele. Ob. cit. Págs. 105 y 106. Junio 2009. Santiago. Chile.

sitiva es del 51%, mientras que la negativa (la probabilidad de error) es del 49%. En este caso, el problema se expresa como la cantidad de errores que estamos dispuestos a tolerar en un determinado sistema, ante la exigencia contraria –afirmada anterioremente– de no elevar excesivamente los estándares de prueba de los hechos para no hacer demasiado difícil o imposible la tutela de derechos. Sin embargo, no podemos excluir a priori la eventualidad de que también en el proceso civil se exijan, como en la experiencia alemana, estándares de prueba más elevados que la probabilidad prevalente.[266]

En el ámbito anglosajón, se han realizado a modo ejemplificativo, y sin la intención de realizar estudio científico alguno al respecto, aproximaciones numéricas a la certeza que exige el grado de prueba más allá de toda duda razonable. Fletcher ha realizado estudios en este sentido, que le han llevado a afirmar que la prueba *más allá de toda duda razonable* exigiría el 99% de posibilidades de que los hechos sucedieran de una determinada forma, mientras que el grado de prueba exigido en el proceso civil (*preponderante of evidence)* sería del 51%.[267]

La diferencia entre ambos estándares, es que el primero resulta considerablemente más exigente, ya que mientras a un demandante en una causa civil le basta para obtener una condena, presentar prueba más convincente que la del demandado, en un juicio criminal la prueba debe alcanzar para despejar en la mente del juzgador toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado. Poniendo el énfasis en esta diferencia se ha dicho que "el objetivo de un juicio criminal no es elegir entre las historias de las partes. Antes bien, es determinar si la única explicación plausible del evento en cuestión es o no que el acusado es culpable en los términos en que ha sido acusado".[268]

Como señalan Garapon y Papadopoulus, el caso de O. J. Simpson, en 1995, dio a los juristas continentales la ocasión de apreciar la diferencia entre los dos estándares de prueba, el exigido en lo penal y el requerido en lo civil. O. J. Simpson pudo, a la vez, ser absuelto por causa de la persistencia de una duda razonable de su culpabilidad penal, y condenado a pagar indemnización de perjuicios a las familias de su esposa y de su amante asesinadas, al haberse establecido su responsabilidad civil por razón de la *preponderancia de la prueba.*[269]

---

[266] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 110 y 111. Junio 2009. Santiago. Chile.

[267] FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal* (traducido por Muñoz Conde, F.). Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 1997. Págs. 36 y 37.

[268] Citado por CHAMBERS (H. Jr.). "Reasonable certainty and reasonable doubt", 81 Marq. L. Rev. 655, citado por HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ M., Julián, *Derecho Procesal Penal,* Tomo II, Editorial Jurídica. 1ª edición. 2004. Pág. 155.

[269] GARAPÓN, Antonine y PAPADOPULUS, Joanis. *Juzgar en Estados Unidos y Francia. Cultura jurídica francesa y common law.* Premio Cercle Montesquieu mejor libro jurídico año 2004. Pág. 120.

3.2. Más allá de toda duda razonable

Nos señala Taruffo que la razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza *ética o ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es, por lo mismo particularmente elevado, y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente– porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy*, lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en que el juez haya establecido con certeza o cuasicerteza (o sea, sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado, no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos del *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y el deber de racionalidad de la decisión y de su justificación, que corresponde al juez penal.[270]

En términos más gráficos se ha señalado que "los juicios criminales son búsquedas unilaterales de la verdad que responden a una pregunta: ¿es el imputado con certeza culpable? Si la respuesta es sí, el imputado es condenado; si la respuesta es probablemente sí, posiblemente sí, posiblemente no o cualquier otra distinta de un inequívoco sí, el imputado es absuelto".[271]

A modo de síntesis, las razones que expone la sentencia pronunciada en 1967, en el caso *In re Gault*, por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, para la utilización del estándar *más allá de toda duda razonable* son:

1. "El acusado durante un proceso criminal tiene en juego intereses de gran trascendencia, a causa de la posibilidad de que pueda perder su libertad como consecuencia de la condena y la certeza de que será estigmatizado por la condena. Por consiguiente, una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no deberá condenar a un hombre por cometer un crimen cuando existe duda razonable acerca de su culpabilidad".[272]

---

[270] TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 112 y 113. Junio 2009. Santiago. Chile.

[271] Citado por CHAMBERS (H. Jr.), "Reasonable certainty and reasonable doubt", 81 Marq. L. Rev. 655, citado por HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ M., Julián. Op. cit. Pág. 156.

[272] In re Winship, Fallo de la Suprema Corte Norteamericana, página 397. U.S.363, 364: *"The acussed, during a criminal prosecution, has at stake interests of inmense importance, both because of*

2. "Como lo dijimos en Speiser v/s Randall: 'Siempre en el litigio hay un margen de error, error representado en el hallazgo de hechos, el cual ambas partes deben tener en cuenta. Cuando una parte tiene en juego un valor trascendental, como en el caso de una persona acusada penalmente su libertad, este margen de error se reduce al colocar en la otra parte la carga de persuadir al juez, de los hechos al momento de la conclusión del juicio de su culpabilidad más allá de duda razonable'. Para este fin, el estándar de duda razonable *(beyond a reasonable doubt),* es indispensable para que cause la impresión en el juzgador de los hechos de la necesidad de alcanzar un grado subjetivo de certeza de los mismos. Las normas de un debido proceso establecen que ningún hombre va a perder su libertad a menos que el Gobierno se haya hecho cargo de convencer al sentenciador acerca de la culpabilidad del acusado".[273]

3. "...además, el uso del estándar de duda razonable es indispensable para obtener el respeto y confianza de la comunidad cuando se aplica la ley penal. Es crítico que la fuerza moral de la ley penal no se altere por un estándar de prueba que deja a las personas en duda si hombres inocentes están siendo condenados".[274]

4. "También es importante en nuestra sociedad libre, que cada individuo que se ocupa de sus asuntos ordinarios, tenga la seguridad de que su gobierno no puede declararlo culpable de un delito penal sin convencer a los que juzgan los hechos (el juez/el jurado), de su culpabilidad con la mayor certeza".[275]

Respecto de este caso, resulta interesante entender el significado de la frase: "Para este fin, el estándar de duda razonable es indispensable para que cause la impresión en el jurado del hecho, de la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de

---

Continuación nota [272]

the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is a reasonable doubt about his guilt" (la traducción es del autor).

[273] In re Winship, Fallo de la Suprema Corte Norteamericana, página 397 U.S.364: *'As we said in Speiser v. Randall: "There is always, in litigation, a margin of error, representing error in fact finding, which both parties must take into account. Where one party has at stake an interest of transcending value –as a criminal defendant his liberty– this margin of error is reduced as to him by the process of placing on the other party the burden of... persuading the factfinder at the conclusion of the trial of his guilty beyond a reasonable doubt. Due process commands that no man shall loose his liberty unless the Government has borne the burden of... convincing the factfinder of his guilt"* (la traducción es del autor).

[274] In re Winship, Fallo de la Suprema Corte Norteamericana, página 397 U.S.364: *"...moreover, use of the reasonable doubt standard is indispensable to command the respect and confidence of the community in applications of the criminal law. It is critical that the moral force of the criminal law not be diluted by a standard of proof that leaves people in doubt whether innocent men are being condemned"* (la traducción es del autor).

[275] In re Winship, Fallo de la Suprema Corte Norteamericana, página 397 U.S.364: *"It is also important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offense without convincing a proper factfinder of his guilt with utmost certainty"* (la traducción es del autor).

los hechos en cuestión. (*The necessity of reaching a subjective state of certitude of the facts in issue).*

El significado y contenido del estándar de convicción de "más allá de toda duda razonable" ha sido discutido por la doctrina norteamericana, donde se ha planteado el problema de determinar si es o no un deber del Juez proporcionar al jurado una "definición" del estándar al momento de dar las instrucciones previas a la deliberación.

La Corte Suprema Norteamericana no se ha pronunciado a este respecto[276], y las Cortes Federales se han pronunciado en sentidos opuestos.

La razón última de esta divergencia de criterios, es porque se analiza la conveniencia y utilidad real de definirlo.

La jurisprudencia, en algunos casos, ha dado una "definición" de este estándar. En el caso Johnson v. Louisiana fue entendido como "El estándar usado para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona acusada de un delito. Para ser culpable de un delito se debe probar que uno es culpable *más allá de una duda razonable.* Una duda razonable que justificaría absolución es una duda basada en la razón y que surja de la evidencia o la falta de evidencia, y es la duda que un hombre o una mujer razonable podría abrigar, y no lo es una duda rebuscada ni imaginada, ni la duda que un jurado podria hacer aparecer para evitar realizar una tarea o deber desagradable. Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia".[277]

Otra definición interesante se encuentra presente en el caso Sandoval v. California, en el que la Corte señaló: "Duda razonable no es una mera duda posible; porque todo lo que se relaciona con los asuntos humanos, y dependiendo de la evidencia moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Es el estado del caso en que, después de toda la completa comparación y consideración de toda la evidencia, deja las mentes de los jurados en tal condición que no pueden decir que sienten llegar a una convicción, a una certeza moral, de la verdad de cargo".[278]

Las definiciones ensayadas por las distintas Cortes dejan en evidencia lo difícil que es pretender una definición, y básicamente han seguido dos criterios:

1) El de la vacilación para actuar ("hesitate to act").

2) El de la certeza moral ("moral certitude").

---

[276] La Suprema Corte Norteamericana ha declarado que el término "duda razonable" es un término que se autodefine, no siendo por tanto necesario definirlo. Así en Holland V. Ohio, 348 U.S. 121,140 (1954) la Corte ha señalado que "intentar explicar el término duda razonable normalmente no consigue hacerlo más claro en la mente del jurado".

[277] U.S. v Johnson, C.A.N.Y. 343, citado por HORVITZ L. María, y LÓPEZ M., Julián. Op. cit. Tomo I. Págs. 81-82.

[278] Sandoval v. California, 1994, citado por CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El Juicio Oral.* Editorial Metropolitana. Santiago. Año 2001. Pág. 267.

1) El criterio de la vacilación para actuar ('hesitate to act')

La Suprema Corte Norteamericana, en 1954 en el caso Holland v. Unites States, aprobó una instrucción dada al jurado que definía "duda razonable" como "la clase de duda sobre la cual ustedes, personas comunes, estarían dispuestos a actuar en los asuntos más serios e importantes de sus propias vidas". No obstante en el mismo fallo la Corte sugirió que sería más adecuado definir el estándar de más allá de toda duda razonable, como *"la clase de duda que haría a una persona vacilar antes de actuar"*. Esta 'sugerencia' ha sido considerada por las instrucciones del 5º y 6º Circuito.

Aquí, el estándar de convicción aparece definido en términos negativos, esto es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar ha sido insatisfecho.

Como crítica a este criterio, es la circunstancia de que trivializan el veredicto criminal, al convertirlo en análogo a las decisiones que los jurados toman en su vida privada, lo que se aleja del objeto último de este exigente estándar de convicción.

2) El criterio de la certeza moral ("moral certitude")

A diferencia del criterio anterior, define el estándar en términos positivos, identificándolo con la idea de "certeza".

En Estados Unidos, la idea de "certeza" aplicada como estándar probatorio se asocia a la idea de "certeza moral" por oposición a la "certeza absoluta".

Chambers señala que: "la certeza moral o práctica es el nivel más alto de certeza que un individuo puede tener en ausencia de la certeza absoluta y ha sido equiparada con prueba más allá de toda duda razonable".[279]

Este estándar de prueba ha sido criticado por la doctrina dado su carácter subjetivo y que impide por ello todo control acerca de la forma en que se llega a adoptar la decisión. En este sentido se ha señalado que "si no disponemos de un criterio que nos indique las condiciones en que la duda será razonable (que no podrá ser cuantitativo), no podremos decir en ningún caso que disponemos de un estándar de decisión objetivo (o al menos intersubjetivo) y cognoscible a priori. Y esto producirá serios problemas para la finalidad motivadora de la conducta propia del derecho: si no disponemos de un estándar de prueba cognoscible a priori, las decisiones judiciales no podrán ser previsibles, lo que impide la adopción estratégica de la conducta a la decisión prevista. Para considerar probada la hipótesis de culpabilidad deberían darse conjuntamente las siguientes condiciones:

1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

[279] CHAMBERS, citado por HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ M., Julián. Op. cit. Tomo II. Pág. 162.

2. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc.*[280]

Jairo Parra nos explica claramente lo que se quiere decir con certeza objetiva. Al respecto nos señala que "la certeza subjetiva es aquella creencia íntima, autística, casi no explicable, que todos los humanos somos capaces de anidar para juzgar un determinado asunto; la certeza objetiva es la fundada en externalidades (pruebas), que como consecuencia que hay que explicar y justificar. La certeza es un producto de esas objetividades. La duda igualmente tiene que ser objetiva, es decir, surgida de las pruebas".[281]

Nuestra jurisprudencia ha comenzado a distinguir entre los diversos estándares de prueba que rigen para alcanzar una convicción que les permite dictar sentencia definitiva en los distintos procesos.

En este sentido, se ha resuelto en voto de minoría que *"como el legislador penal no ha definido ni entregado criterios que permitan determinar qué debe entenderse por 'adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable', exigencia establecida en el artículo 340 del CPP para que el tribunal condene en un determinado sentido, es necesario distinguir lo que acontece en materia probatoria tanto en sede criminal como civil. En esta última se enfrentan dos teorías del caso o tesis, bastando para obtener una condena civil presentar una prueba más convincente que la contraparte; en un juicio penal, en cambio, la prueba debe alcanzar para despejar en la mente del sentenciador toda duda acerca de los términos de la acusación, adquiriendo certeza de culpabilidad del acusado y sólo bajo esa hipótesis, dictando sentencia condenatoria, ya que, si sólo existe probabilidad de que el justiciable sea culpable, es decir, es probable o posible, el imputado debe ser absuelto. Por ello se sostiene que la duda razonable es el principal instrumento para reducir el riesgo de sentencias fundadas en errores de hecho, y da sustento al principio de inocencia que ampara al acusado frente al poder punitivo del Estado, motivo por el cual corresponde al ente persecutor desvirtuarlo o destruirlo, acreditando cada uno de los supuestos del hecho y la participación más allá de toda duda razonable y, por ende, exige que el juzgador adquiera la certeza positiva sobre la existencia del hecho punible y la participación sobre la base producida durante el juicio. En consecuencia, si existen dudas basadas en la razón que surgen de las contradicciones y debilidades existentes en la evidencia de cargo, como en la falta de ésta respecto del hecho y la participación, debe dictarse a favor del acusado sentencia condenatoria".*[282]

---

[280] FERRER B., Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana". Pág. 18. ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* AbeledoPerrot-LegalPublishing. Santiago. 2010.

[281] PARRA QUIJANO, Jairo. *Más allá de duda razonable. Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros.* LexisNexis. 2007. Santiago. Chile

[282] Voto de minoría del Juez Gonzalo Enrique Pérez Correa, Juez de Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó. Sentencia definitiva de 5.4.2007. *Revista Procesal Penal* N° 58. Págs. 71 y Sgtcs. Abril 2007.

Mirado el estándar desde el punto de vista del imputado se ha señalado *"que la existencia de una duda razonable que obste a una sentencia condenatoria no consiste en que la defensa acredite o pruebe irrefragablemente sus afirmaciones. Por el contrario, esa exigencia se le impone a quien pretende desvirtuar la presunción de inocencia, en la especie, al querellante, por encontrarnos ante un delito de acción penal privada. Lo que exige el estándar de configuración de una duda razonable resulta más modesto, en cuanto a que basta que la defensa introduzca elementos o indicios a través de sus pruebas, mediante los cuales su teoría del caso resulte plausible o lógicamente susceptible de ser efectiva, lo que en este juicio se ha logrado con creces".*[283]

La memorista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Tamara Oyarce[284], nos explica que "si tratamos de aplicar estos criterios planteados por las cortes norteamericanas en nuestro sistema, nos topamos con que en Chile, quienes juzgan son jueces profesionales e instruidos que no requieren 'instrucción' como en el caso de los jurados, sobre puntos de derecho. Pero determinar el alcance del concepto de 'duda razonable' es problemático dado que fue tomado de un sistema procesal extranjero ajeno a nuestra tradición.

"En este sentido, la identificación del estándar con la idea de 'certeza' parece conveniente porque el concepto de 'certeza' (refiriéndonos a la certeza 'objetiva') sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados, y que se encuentran incorporados en nuestra tradición.

"El Código Procesal Penal exige en su artículo 340 para condenar, que el tribunal haya adquirido 'convicción más allá de toda duda razonable...".

"El significado de esta expresión subyace una profunda decisión política, que consiste en la fijación de un estándar de prueba para el Ministerio Público (el Estado), de cara a que los jueces lo autoricen para consolidar la persecución penal en contra del individuo. El punto es cuál es el estándar de prueba que le vamos a exigir al Estado para dar por satisfecha su obligación de probar lo que afirma respecto de la culpabilidad de un individuo.

"En este punto, las alternativas son variadas: ¿deberán los jueces entender que "convicción" significará que estimen más probable la tesis de que el sujeto cometió el delito que la tesis de que no lo cometió?, ¿podrán los jueces estimarse "convencidos" por la sola presentación por parte del Ministerio Público de algunos antecedentes que apunten hacia la culpabilidad del sujeto?, ¿o para estar "convencidos" exigirán una certeza absoluta? Considerando lo antes dicho salta a la vista que existe un amplio campo para el desarrollo jurisprudencial, desarrollo que tiene la máxima importancia

---

[283] Juez de garantía de Antofagasta. 13.4.2004. *Revista Procesal Penal* N° 22. Págs. 99 y Sgtes. Junio 2004.

[284] OYARCE LÓPEZ, Tamara. La duda razonable en el sistema procesal penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Julio 2008.

política pues responde a una pregunta políticamente crucial: ¿cuánto se le va a exigir al Ministerio Público probar su caso para autorizar al Estado a proceder penalmente en contra de las personas?[285]

"Considerando todo lo antes expuesto y a título de síntesis podemos señalar que:

"1. El estándar de prueba para condenar penalmente a una persona debe ser el más alto dentro del sistema judicial, pues la intervención penal constituye el ejercicio máximo e intenso del poder punitivo del Estado, y en consideración a los derechos que están 'en juego'.

"2. Un alto estándar de prueba exige al Estado información de alta calidad y eficiencia en la investigación penal, minimizando la posibilidad de condenar a un inocente, por error o arbitrariedad.

"3. De ser exigido un estándar alto para lograr la convicción por parte de los jueces, éstos deben sentirse obligados por dicho estándar y percibir su propio rol como custodios del mismo. Así, si el Ministerio Público no satisface el estándar requerido, los jueces deben necesariamente absolver, aun cuando por debajo de dicho estándar alberguen sospechas de que el imputado es culpable.

"4. La responsabilidad de satisfacer el estándar de prueba es del Estado, a través del Ministerio Público. La función de los jueces es precisamente controlar que el Ministerio Público lo cumpla, de manera que cada vez que un imputado es absuelto porque el Estado ha sido incapaz de satisfacer el estándar de prueba requerido para condenar penalmente a alguien, estarán efectivamente cumpliendo el rol que el sistema democrático les ha confiado. Quien quiera denunciar la liberación de una persona que parecía claramente culpable debe dirigir su crítica en contra del Ministerio Público, pues era de su cargo y responsabilidad probar su caso, y es él quien debe rendir cuentas por ese fracaso.

"La casi completa 'libertad probatoria', tiene como contrapartida la exigencia que se impone a los jueces de fundamentar su decisión, en los términos del artículo 342 del Código Procesal Penal.

"Esta decisión debe cumplir básicamente con:

"1. Tener un razonamiento reproducible: Esta es probablemente la máxima de oro de un razonamiento judicial que legitima la decisión del tribunal. Esto implica que:

– Sea lógicamente plausible, esto es, que desde un punto de vista lógico exista la posibilidad de extraer las conclusiones a que el razonamiento arriba.

– Que habiendo más de una conclusión lógica posible, el tribunal dé razones fundadas acerca de su preferencia.

"2. La sentencia tenga un núcleo fáctico del caso: Este núcleo fáctico está compuesto por un conjunto de proposiciones fácticas que el tribunal deberá explicitar de manera clara y precisa, en términos que esas proposiciones fácticas no sean contradictorias entre sí, y las razones por las que las estima probadas.

---

[285] Baytelman A., Andrés y Vargas V., Juan Enrique. *La Función del Juez en el Juicio Oral*. Textos de Docencia Universitaria. Universidad Diego Portales, Ril Editores. 1ª edición, año 1999. Pág. 60.

"3. Valoración de la prueba: Valorar la prueba en materia penal no puede concebirse como la mera reproducción o transcripción de la prueba rendida en juicio. Lo anterior es entender el proceso de valoración en forma totalmente limitada. Lo que se debe hacer es analizar en forma individual, en un primer momento, y luego en forma global la totalidad de los antecedentes de prueba, procediendo en forma analítica en los distintos pasos de la secuencia probatoria, y luego, en la comprobación retrospectiva de la deducibilidad de los resultados.

"4. El derecho: Tanto como hay que fundamentar las conclusiones fácticas, hay que hacerlo con las jurídicas, particularmente cuando el derecho aplicable ha sido objeto de debate. En este aspecto es igualmente aplicable la obligación de que el razonamiento sea reproducible, imponiéndosele al tribunal una carga adicional en el sentido de tener que expresar en términos simples y llanos para todas las personas cuestiones técnicas que muchas veces pueden ser áridas y complejas.

Concluye la memorista Tamara Oyarce que "no era necesario traer a Chile la frase "más allá de toda duda razonable", ni incorporarla al texto del Código. El intento de traer el estándar, tomando el modelo utilizado en el derecho norteamericano, fracasó rotundamente, toda vez que en nuestro sistema las pruebas son valoradas de acuerdo al sistema de la sana crítica, por jueces letrados y quienes deben fundamentar en el fallo las razones objetivas de su decisión de absolución o condena, y no existe la figura del jurado, lego, que es el órgano que otorga su veredicto en el sistema norteamericano.

"En definitiva, y de acuerdo con una interpretación sistemática del texto de nuestro Código Procesal Penal, el análisis de la doctrina y jurisprudencia pertinentes, podemos señalar que el estándar de más allá de toda duda razonable no pasó a nuestro sistema en su contenido fundamental presente en el derecho norteamericano, sino sólo recibimos en nuestro sistema la frase despojada de todo el significado dado en el sistema comparado, y adquiriendo el contenido de la certeza objetiva. Luego, la frase "más allá de toda duda razonable", hace referencia en definitiva a que no se puede condenar si no hay certeza objetiva del hecho punible y la responsabilidad del acusado".

En el mismo sentido, se nos ha señalado por Daniela Accatino que "es posible que la mejor solución a los problemas de vaguedad y subjetividad del estándar de prueba más allá de toda duda razonable sea la de su medicación legislativa. Sin embargo, es posible también, a mi juicio, intentar desarrollar una concepción, bien fundada epistemológicamente, acerca de qué debe contar como una duda razonable. Es cierto que el uso, en el artículo 340 del CPP, de la expresión "convicción" parece sugerir que lo relevante es la presencia de hecho en el juzgador de una creencia libre de dudas; sin embargo, la referencia a dudas "razonables" admite un sentido normativo que podría indicar que lo relevante no es la presencia o ausencia subjetiva de dudas, sino la *presencia o ausencia en el conjunto de elementos de juicio disponibles de ciertas condiciones que debieran razonablemente suscitar una duda*. Esta interpretación puede defenderse a través de un argumento sistemático, que ponga de relieve su coherencia

con la opción legislativa por una concepción racional y justificada de la libre valoración de la prueba, expresada, sobre todo, en el artículo 297 del CPP".[286]

Nuestra jurisprudencia nos ha indicado respecto de este estándar de más allá de una duda razonable que "no se trata de una cuestión resuelta legislativamente y no podría serlo, por más que el Código introdujera el padrón anglosajón de la duda razonable". Debemos, pues, ir a la experiencia y a la doctrina comparada para tratar de obtener la respuesta y acudiendo a Julio Maier decir que: "la exigencia que la sentencia de condena, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la presunción de inocencia, construida por la ley, que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o la probabilidad, impide la condena...". Este autor, ahondando en su argumentación, señala que: "quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, en un grado menor que el anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan los elementos a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que niegan, la duda es absoluta...". Frente a estos tres estados: certeza, probabilidad y duda, el maestro Maier nos dice, de modo categórico, que: "sólo la certeza permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del in dubio pro reo. Julio Maier. Derecho Procesal, tomo I. Págs. 257, 258 y 259".[287]

Como conclusión, se ha sostenido respecto de nuestro ordenamiento jurídico, que "al no contar con una claridad a lo menos mediana relativa al concepto de *duda razonable,* situación que no fue solucionada ni por el legislador en las discusiones parlamentarias ni por la doctrina nacional –que se limitó a hacer equiparable en nuestro país aquellas conclusiones obtenidas de la evolución histórico-jurídicas del derecho anglosajón–, los distintos tribunales del fondo se han limitado a resolver los conflictos prácticamente en base a su *íntima convicción*, conformándose establecer en sus sentencias una noción completamente subjetiva de prueba, basada en la intuición por

[286] ACCATINO, Daniela. "El marco legal de justificación de los enunciados probatorios". Págs. 139 y 140. ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* Abeledo Perrot-LegalPublishing. Santiago. 2010.

[287] Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 26.6.2005. *Revista Procesal Penal* N° 36. Págs. 85 y Sgtes. Junio 2005. En mismo sentido, Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 30.7.2005. *Revista Procesal Penal* N° 37. Págs. 147 y Sgtes. Julio 2005; Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 8.10.2005. *Revista Procesal Penal N° 40.* Págs. 59 y Sgtes. Octubre 2005.

sobre la argumentación fáctica, conformándose las sentencias con incorporar ciertas frases tipo y la mera reproducción de la prueba sin ningún proceso de inferencia, lo que por ningún motivo satisface ni da cuenta de un desarrollo acabado del concepto, ni mucho menos dan cumplimiento a las obligaciones de motivar las resoluciones judiciales que incorpora el nuevo sistema".[288]

Un ejemplo de ello, lo encontramos en la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, en cuyo considerando 14° nos señala que la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito de robo destinado a la habitación, *"es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimentes llamado a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos".*[289]

Consideramos necesario establecer un estándar de prueba en materia penal con un sentido garantista y que sea abordado desde un aspecto objetivo, desde que la condena en nuestro sistema siempre debe ser racional, fundada, coherente y previo análisis de toda la prueba rendida en el proceso, de manera que permita la reconstrucción del razonamiento judicial por cualquier persona que lea la sentencia.

En este sentido se ha señalado que *"el estándar de prueba en el ámbito penal debe ser el más alto del sistema judicial, pues se trata de poner en actividad el derecho punitivo que constituye la 'última ratio'. La convicción es la seguridad de que la certeza judicial se ha obtenido de un modo racional y legítimo. Supone un acabado análisis jurídico de las alegaciones efectuadas por los intervinientes y de la totalidad de la prueba lícita rendida".*[290]

---

[288] BÁEZ REYES, Danilo. "¿Estándar de convicción o arbitrariedad judicial? Bases y propuesta para la interpretación del estándar de 'duda razonable' en el Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica* N° 354. Año 2009. Diciembre. Pág. 22.

[289] Corte Suprema. 12.6.2007, Rol N° 1.646-07. *Boletín del Ministerio Público* N° 32. Edición especial. Septiembre de 2007. Pág. 205. Dicho fallo es criticado por Silvia Peña W., señalando que "en nuestra opinión, la referencia que hace el artículo 342 letra c) al artículo 297, no puede entenderse como la mera verificación de que los jueces valoraron en alguna forma la prueba, sino que comprende también la constatación de si esa valoración respetó las limitaciones impuestas por esta última disposición, con la clara finalidad de evitar que los jueces efectúen una valoración antojadiza o arbitraria de la prueba. De lo contrario dichos límites carecerían de toda fuerza jurídica, ya que quedarían entregadas a la mera "conciencia" de los jueces, como literalmente señala la Corte Suprema, con lo cual la citada norma pasa a ser letra muerta. Esto me parece bastante grave, porque significa que la justicia penal en Chile no cumple con las exigencias de los tratados internacionales, en el sentido que las sentencias penales sean revisadas por el tribunal superior, revisión que obviamente no puede limitarse a los aspectos formales, sino que debe significar un esfuerzo verdadero por alcanzar un mínimo aceptable de justicia material".

[290] Trihunal Juicio Oral Talca. 30.11.2002. *Revista Procesal Penal* N° 5. Págs. 122 y Sgtes. Enero 2003. En mismo sentido, Tribunal Juicio Oral Talca. 3.6.2003. *Revista Procesal Penal* N° 12. Págs. 99 y Sgtes. Agosto 2003.

La destrucción racional, objetiva, fundada y coherente de la presuncion de inocencia en el fallo condenatorio y no a través de una mera apreciacion subjetiva, que permanece en el plano interno, y por ello escapa al control jurisdiccional, es la piedra final de la garantía de un debido proceso penal[291] e importa un verdadero respeto del principio in dubio pro reo.[292]

Un estándar objetivo de prueba se cumpliría, según Daniela Accatino, en caso de concurrencia de los siguientes elementos:

"a) Que las pruebas de cargo cuya existencia resultara predecible, de acuerdo a nuestros conocimientos previos acerca del mundo, en el caso concreto, hayan sido efectivamente aportadas;

"b) Que la hipótesis de la acusación sea capaz de explicar los datos probatorios disponibles, integrándolos de forma coherente, y que haya resistido a las eventuales contrapruebas que pretendían refutarla.

"c) Que los datos probatorios disponibles resulten muy difícilmente explicables por las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que hayan sido alegadas por la defensa (o, en otros términos, que existan contrapruebas respecto de éstas, que se apoyen en generalizaciones empiricas y datos iniciales ampliamente corroborados), excepto las hipótesis ad hoc que no son empíricamente contrastables.

"Una sentencia condenatoria debiera justificar la concurrencia de estas condiciones respecto de cada uno de los probanda principales incluidos en la acusación, conforme a las exigencias de un modelo analítico de justificación, sin perjuicio de que adicionalmente los enunciados que se declaran probados deben poder integrarse en un relato global que resulte coherente".[293]

Dentro de la duda razonable no se encontrarían según algunos las dudas aceptables o marginales, como serían, "los cabos sueltos, esto es, elementos de información que no resultan plenamente coherentes con la versión de los hechos de la acusación y que no aparecen plenamente explicados en el juicio, pero que se pueden atribuir defectos de percepción, a errores u otras causas de aquellas que hacen que normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas. Asimismo, tampoco serían dudas razonables las imaginarias o puramente hipotéticas, o sea, posibles explicaciones alternativas para la prueba presentada, pero que no forman parte del debate, que nadie ha alegado ni intentado probar y que sólo surgen de una revisión hipotética de posibilidades imaginables. Finalmente, tampoco sería duda razonable la ilógica, esto

---

[291] Tribunal Juicio Oral Angol. 14.4.2003. *Revista Procesal Penal* N° 10. Págs. 127 y Sgtes. Junio 2003.

[292] Tribunal Juicio Oral Quillota. 21.10.2005. *Revista Procesal Penal* N° 40. Págs. 127 y Sgtes. Octubre 2005. Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 19.7.2005. *Revista Procesal Penal* N° 37. Págs. 122 y Sgtes. Julio 2005.

[293] Accatino, Daniela. "El marco legal de justificación de los enunciados probatorios". Pág. 140. Accatino, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* AbeledoPerrot-LegalPublishing. Santiago. 2010.

es, la que para constituirse requiere aceptar componentes absurdos o irracionales, contrarios a la razón".[294]

El esfuerzo para establecer un estándar objetivo para adoptar la decisión tendrá una vigencia sustancial y no meramente formal, en la medida en que si la sentencia infringe sus elementos pueda ser impugnada para que se remedie eficazmente los vicios de fundamentación, que en materia penal es de gran significación dado que importa en definitiva la condena de alguien respecto del cual no se ha destruido la presunción de inocencia en la forma y con el grado de convicción previsto por el legislador. En las duras palabras de un juez, creemos que ello debería ser siempre posible, por cuanto "la decisión contenida en una resolución judicial infundada constituye una rendición de cuentas insatisfactoria, un capricho del mandatario y, por lo mismo, un acto inmoral, ilegal e irremediablemente infectado de un vicio que sólo podrá ser reparado con la declaración de su nulidad".[295]

De allí que en el ordenamiento jurídico resulta indispensable contemplar medios de impugnación que permitan la anulación de todos los fallos en los cuales nos encontremos con una ausencia de fundamentación, una fundamentación incompleta o una fundamentación defectuosa[296], lo que hasta ahora no ha sido claramente contemplado por parte de nuestros tribunales superiores en los procesos en los cuales no se cuenta para tales efectos con un recurso de apelación, único en el cual claramente no nos encontramos con la confusión aún no explicitada por nosotros en los límites

---

[294] Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal.* Pág. 500 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

[295] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas de proceso penal. Fundamentación y arbitrariedad judicial en el proceso penal.* Pág. 161. Librotecnia. 2009. Santiago. Chile.

[296] Véase ACCATINO, Daniela. "El marco legal de justificación de los enunciados probatorios". Pág. 143. ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* AbeledoPerrot-LegalPublishing. Santiago. 2010. Como fallos que tienden a sentar el criterio objetivo, tenemos a modo ejemplar: a) la Corte Apelaciones Santiago. 5.5.2006. Rol 517-2006, en el que declara que no exponer de manera clara y completa la valoración de la prueba, de manera tal de poder reproducir el razonamiento que fundamenta la decisión judicial, configura la causal de nulidad del artículo 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del CPP. *Boletín del Ministerio Público* N° 27. Junio 2006. Págs. 96 y Sgtes. b) Corte Apelaciones de San Miguel. 20.11.2006. Rol 1.123-2006, en el cual señala que a través del recurso de nulidad procede revisar la relación lógica entre la valoración de la prueba y las conclusiones a que arriba el fallo para velar que éstas no sobrepasen las limitantes de la lógica y las máximas de la experiencia que el legislador estableció. La duda razonable es la duda basada en la racional y objetiva apreciación de los elementos de convicción, y que siendo imposible cerrar todo margen de duda, existen otras categorías de éstas que no son más que inconsistencias aceptables, marginales o simples cabos sueltos. Siendo que el Tribunal no explicó cómo las dudas que describió alcanzaron a ser razonables y no simplemente la imposibilidad de hacer coincidir exactamente las versiones de los testigos (que de hecho más parecieron simples diferencias sin trascendencia respecto del fondo esencial que se trataba de acreditar), no cumplió con lo dispuesto por el artículo 340 del CPP respecto de la duda razonable. Del análisis del texto del fallo impugnado se desprende con claridad que se contaba con más de un indicio respecto de la participación, habiéndose transgredido con su no consideración los límites impuestos a la valoración de la prueba y, consecuencialmente, a la debida fundamentación que permita reproducir el razonamiento usado para llegar a las conclusiones de la sentencia. *Boletín del Ministerio Público* N° 29. Diciembre 2006. Págs. 197 y Sgtes.

que existe entre una ausencia o defieiente fundamentación y una apreciación de la prueba, atribuyendose siempre ésta en forma exclusiva a los jueces de la instancia, aun cuando podamos consolidar con ellos apreciaciones meramente subjetivas que consoliden situaciones arbitrarias que se aparten de la verdad aproximativa, objetiva y fundada que debe regir en el proceso.

El camino para lograr la consagración plena de la racionalidad y objetividad en la adopción de las decisiones se encuentra aún pendiente, el que tanto la doctrina como la jurisprudencia necesariamente deberemos recorrer, porque la subjetividad con ausencia o defectuosa fundamentación de la decisión puede eonducirnos a la arbitrariedad y a un proceso en el cual todas sus garantías tengan una presencia más bien formal que sustancial.

La duda razonable es un concepto trascendente y garantista que debe ser reconocido con mayor razón en nuestro ordenamiento jurídico aún que en el sistema anglosajón, dado que en aquél el juzgamiento por jurado, con una multiplicidad de miembros que representan al pueblo, es ya considerada una suficiente garantía de un juzgamiento imparcial, que tiene como límite de racionalidad, la construcción del juicio basado en su razonable convicción, la que no explicitan al limitarse a pronunciar el veredicto de inocencia o culpabilidad.

En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, en que la persecución estatal se materializa por un veredicto y no por el pueblo mismo a través de un jurado, sino que a través de sus representantes técnicos como son los jueces, se exige la necesaria fundamentación objetiva, lógica, plena, coherente y respaldada en las pruebas rendidas en el proceso en forma previa al pronunciamiento de la decisión, tanto en los hechos como en el derecho, y de allí que la construeción del juicio de culpabilidad debe realizarse con parámetros objetivos tales que permitan a cualquier miembro de la sociedad constatar que se ha destruido la presunción de inocencia y que ninguna duda razonable se ha podido acreditar en el proceso que impida pronunciar semejante pronunciamiento.

El círculo virtuoso de la más amplia rendición de la prueba, de la libre valoración de ella conforme a los parámetros establecidos por el legislador y el respeto de un exigente estándar de prueba, materializado en el juicio lógico, fundado, coherente y exhaustivo de la sentencia a pronunciarse al término del proceso, nos permitirá como miembros de la sociedad tener la tranquilidad que la persecución estatal se justifica y debe hacerse efectiva respecto de quien, por la comisión culpable de un delito, ha atentado en contra de la paz social y de los bienes jurídicos más trascendentes de nuestra sociedad.

Si ello no se verifica por los jueces que emiten la sentencia, deberán existir los medios de impugnación para que invaliden la resolución que se haya dictado con semejantes anomalías, porque en definitiva podría conducirnos a la condena de un inocente, lo que resulta inaceptable en cualquier ordenamiento jurídico, como también lo sería la absolución de un culpable, especialmente de delitos de la mayor gravedad, porque con ello no se daría la debida protección a la víctima, como a la sociedad, ante la conducta que atenta en contra de sus bienes jurídicos más sagrados, que justifican el ejercicio de la pretensión punitiva.

En otras palabras y para concluir, el estándar de más allá de una duda razonable requiere de una destrucción objetiva, razonada, fundada, lógica y coherente en la sentencia, con el mayor grado de exigencia existente dentro de un ordenamiento jurídico, por estar afectándose con ello los más sagrados derechos de una persona humana, cuya máxima humanización en el proceso se verifica por la aplicación de la máxima *in dubio pro reo*, esto es, el acusado no debe probar su inocencia, sino que por el contrario, la presunción que lo ampara debe ser destruida no sólo con miras al proceso, sino que también hacia la sociedad al exigírsele al juzgador que su decisión se pueda reconstruir por cualquiera según el análisis de la prueba acogida y desestimada que debe realizar en su sentencia, y no se base en meras estimaciones subjetivas, para las cuales no ha sido facultado en formular y menos para condenar a una persona sin que encuentren un sustento en el mérito del proceso.

Con ello no estamos más que volviendo a consagrar y respetar en nuestro mundo moderno la enseñanza de humanidad que nos viene legada desde tiempos inmemoriales, como nos recuerda Maier: Máxima romana: *Satuis esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* (es preferible dejar impune que perjudicar a un inocente); y la máxima de Derecho Canónico, *Actore non probane reus absolvitur*, esto es, si el actor no prueba el reo es absuelto.

Es así como la sentencia condenatoria penal será pronunciada sólo cuando el juez, con los medios de prueba existentes en el proceso, nos demuestre con el análisis individual y coherente de todos los medios, que lógicamente ha podido establecer la realidad del hecho que está describiendo, el que guarda correspondencia con la verdad, que es la única base sobre la cual se puede construir un juicio de culpabilidad.[297]

XIII. LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. CONCEPTO

Desde un punto de vista amplio, medio de prueba es todo elemento que se aporta al proceso, por las partes o el tribunal actuando de oficio, y que sirve para convencer al juez de la existencia de un dato procesal. También puede concebirse el medio de prueba como los instrumentos, cosas o circunstancias existentes en el proceso en las cuales el juez encuentra los motivos de su convicción frente a las proposiciones de las partes.

En esta materia debemos tener presente, "que se ha hablado con toda razón de un 'caos terminológico' con referencia a la prueba, y para comprobarlo basta advertir que se viene hablando de elementos, fuentes, medios, materia, tema, resultado, argumentos, razones, fundamentos, etc., y que cada autor da a cada una de esas palabras un

[297] Véase COLOMA CORREA, Rodrigo (Editor). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. TARUFFO, Michele. "Consideraciones sobre la prueba y verdad". Págs. 163 y Sgtes. LexisNexis. 2003. Santiago. Chile.

sentido diverso, de modo que al final es imposible entenderse, pues pareciera como si se estuviera hablando de idiomas diferentes".

Uno de los temas que requiere de mayor clarificación es la distinción entre el concepto de medio de prueba y de fuente de prueba.

"Todas las pruebas tienen algo de extraprocesal y procesal, dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), de modo que no puede existir medio de prueba si antes no hay fuente de prueba.

"Las partes en sus actos de alegación realizan afirmaciones de hechos y la prueba de esas afirmaciones no podrá lograrse sino contando con algo que, preexistiendo al proceso, se introduce en éste. Conceptualmente hay que distinguir, pues, entre lo que ya existe en la realidad (fuente) y el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador. Desde esta perspectiva y como decía SENTÍS:

1. Fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo; mientras que medio es un concepto jurídico y, más específicamente, procesal.

2. La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso, si bien si éste no se produce no tendrá repercusiones procesales, aunque pueda tenerlas materiales; el medio se forma en el proceso, en un proceso concreto, y siempre producirá efectos de esta naturaleza.

3. Las partes, antes de iniciar el proceso, buscarán las fuentes de prueba mediante una actividad de investigación y, contando con ellas, incoarán el proceso proponiendo en él los medios para incorporar las fuentes, de modo que en éste se realiza sólo una labor de verificación.

4. Las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no hay medios de prueba, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no proceso.

5. La fuente es lo sustantivo y material; el medio es actividad.

La distinción conceptual entre fuentes y medios arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar; ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, sino que tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso.

La distinción conceptual entre fuentes y medios tiene su reflejo en cada una de las pruebas, de modo que en todas ellas algo preexiste al proceso (fuente) y algo se realiza en el proceso (medio).

En concreto:

1. En la confesión judicial: La fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso absolviendo las posiciones que formula la parte contraria.

2. En la prueba documental: El documento es la fuente, y el mismo deberá aportarse al proceso mediante la actividad establecida legalmente, es decir, por el medio.

Esta actividad puede ser más o menos compleja, pues cabe que consista simplemente en presentar el documento con la demanda o con la contestación, pero también es posible que, si la parte contraria impugna la autenticidad del documento, se tenga que proceder a establecer la autenticidad del mismo por toda una serie de actos que son los que integran el medio.

3. En la prueba testifical: El testigo y su conocimiento de los hechos es la fuente y el testimonio, es decir, su declaración en el proceso según una actividad determinada por la ley es el medio.

Con el testigo y el testimonio se aprecia, con mayor claridad si cabe, lo que decimos de que carece de sentido la distinción entre prueba preconstituida y prueba simple. Una persona puede tener conocimiento de un hecho, bien porque lo presenció casualmente, bien porque un determinado acto se realizó en su presencia a propósito, con el fin de que pudiera testificar en un futuro proceso si éste llegaba a realizarse, pero para los efectos del proceso lo importante es que no es el proceso mismo el que crea al testigo y su conocimiento, sino que uno y otro preexisten, de modo que incluso en esta prueba hay algo anterior al proceso.

4. En la prueba pericial: La fuente no es el perito, sino la cosa, materia o persona que se somete a la pericia, mientras que el medio es la actividad pericial y el informe. Como decía CARNELUTTI el testigo es examinado, mientras que el perito examina; o parafraseando a HÉLIE, el testigo es creado por la realidad de los hechos, mientras que el perito es designado en el proceso.

Con todo, el de la prueba pericial es el caso menos claro de la distinción entre fuentes y medios de prueba, y lo es porque la actividad pericial no consiste realmente en introducir una fuente en el proceso, sino en conocer y apreciar una fuente que ha sido introducida en el proceso por otro medio. En la pericia existe, sí, y de modo previo al proceso, la cosa, materia, lugar o persona que ha de ser examinada por el perito en el curso del proceso, pero la misma, en cuanto fuente de prueba, ha debido ser introducida en él por otro medio de prueba. Si el perito tiene que dictaminar sobre si la letra de un documento corresponde a una persona, es porque ese documento se introdujo por la prueba documental; si el perito debe dictaminar sobre la superficie de un piso, la fuente de prueba que es el piso, no es que haya sido introducida en el proceso, es que sobre él, en cuanto materialidad, recae el examen pericial.

5. En la prueba de reconocimiento judicial: La fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, mientras que el medio es la actividad del reconocimiento.

Resulta así que en toda prueba hay un elemento que es la fuente y otro que es el medio, de modo que si bien pueden existir fuentes que no llegarán a aportarse a un proceso, no puede haber medios que no supongan la aportación de una fuente al proceso o, al menos, su apreciación.[298]

[298] MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Págs. 84 a 86. 1996.

2. Doctrina acerca de los medios de prueba

Los textos legales enumeran habitualmente los medios de prueba: instrumentos, testigos, confesión, inspección personal del tribunal, informe de peritos y presunciones.

Otro sistema que puede ser utilizado es no enumerar los medios de prueba, sino que dejar entregada su utilización al tribunal, correspondiendo a éste determinar no sólo la procedencia de ella, sino que determinar también su valor probatorio.

En consecuencia, existen respecto de los medios de prueba diferentes posturas o corrientes que se pueden clasificar en dos: Número cerrado de los medios de prueba y número abierto de los medios de prueba.

Las corrientes que existen acerca de los medios de prueba son las doctrinas legalistas, analógica y discrecional.

Estas doctrinas tienen por objeto resolver el problema consistente en saber si los medios de prueba que enumera el legislador pueden ser ampliados con otros que no se han contemplado por éste, pero que responden a los avances que día a día nos ofrece la ciencia, creando nuevos medios destinados a facilitar la demostración e investigación de los hechos que configuran el conflicto en el proceso.

En el nuevo sistema procesal penal, se ha establecido el sistema de la prueba libre o discrecional, dado que el sistema de prueba contemplado es el de completa libertad probatoria, lo que significa, como regla general, que todo hecho puede ser probado por cualquier medio de prueba.

Al efecto, se establece expresamente en el artículo 295 del CPP, titulado Libertad de prueba, que: "Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley"; y el artículo 323, denominado Medios de prueba no regulados, expresamente establece que: "Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo".

De acuerdo con este sistema, la enumeración de los medios de prueba que se efectúa implícitamente en el CPP al regular algunos de ellos en cuanto a la forma de rendirlos, tiene sólo con un carácter referencial.

En el actual proceso penal se deja al juez en libertad para admitir la utilización de los medios de prueba por las partes que considere aptos para la formación de su convencimiento, debiendo determinar la forma de su incorporación al procedimiento de los nos regulados por el legislador, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

En el artículo 276 se contempla expresamente la prohibición de utilizar algunos medios por razones de legalidad, moral y de libertad personal.

Finalmente, la apreciación en cuanto al valor de todos los medios de prueba queda entregada al tribunal según el sistema de la sana crítica, conforme a lo previsto en el artículo 297 del CPP.

3. PRUEBA INSTRUMENTAL

3.1. Reglamentación

Este medio de prueba se encuentra reglamentado en el Código Procesal Penal: El artículo 19 se refiere a la información y documentos que deben ser proporcionados al Ministerio Público durante la investigación; los artículos 39 a 44 se refieren al registro de las actuaciones judiciales; el artículo 187 se refiere a los objetos, documentos e instrumentos que hubieren servido o hubieren estado destinados a la comisión del delito; el artículo 203 se refiere a las pruebas caligráficas; el artículo 215 se refiere a los documentos u objetos encontrados en un allanamiento sobre un hecho punible distinto del investigado; el artículo 217 regula la incautación de documentos y objetos; el artículo 218 regula la retención e incautación de correspondencia; el artículo 220 se refiere a los objetos y documentos no sometidos a incautación; los artículos 227 y 228 regulan los registros de actuaciones del Ministerio Público y la policía; los artículos 259 y 263 señalan la oportunidad para señalar la prueba que se utilizará en el juicio oral; el artículo 279 regula la devolución de documentos de la investigación; el artículo 296 regula la oportunidad para rendir la prueba en el juicio oral; el artículo 315 regula el escrito de informa pericial; el artículo 331 regula la lectura de declaraciones anteriores en el juicio oral; el artículo 332 regula la lectura de apoyo de memoria en el juicio oral; el artículo 333 regula la lectura o exhibición de documentos, objetos y otros medios en el juicio oral; el artículo 334 regula la prohibición de lecturas de registros y documentos en el juicio oral; y el artículo 473 letra c) contempla como causal de revisión de la sentencia ejecutoriada la fundamentación de ella en documentos que hubieren sido declarados falsos en una causa criminal.

3.2. Concepto[299]

En un sentido amplio, "Documento" es todo objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o

[299] En esta materia se ha señalado, que si ha podido decirse con razón que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el proceso penal lo es del testigo, hay que reconocer a continuación que lo paradójico es que no se sabe con exactitud lo que sea el documento o, por lo menos, que desde nuestro derecho positivo no es fácil precisar las fuentes de prueba que deben incorporarse al proceso por el medio de prueba que se denomina documental. Puede hacerse mención de tres concepciones en torno a lo que sea documento:

1°. La concepción más amplia es la que hace coincidir documento con cosa mueble, y así documento es todo objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del juez. Se distingue, por tanto, entre documento, igual a cosa mueble, y monumento, o cosa que pudiendo tener utilidad probatoria no puede ser trasladada ante el juez (Guasp).

2°. La más estricta es la que se atiende al tenor literal de la ley y exige para que pueda hablarse de documento la escritura, de modo que por documento se entiende la incorporación de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales, independientemente de la materia o soporte en que estén extendidos los signos escritos (Gómez Orbaneja).

3°. La concepción intermedia considera como documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que puede obtenerse bien mediante escritura, bien por todos los demás medios representativos (fotografía, fonografía, cinematografía, planos, disquetes, etc.), siendo lo importante no la grafía sino la representación (Carnelutti y en España Serra). MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Págs. 167 y 168. 1996.

se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos (Couture).

Documento, en sentido amplio, es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento: como una voz grabada eternamente. Como el medio común de representación material es la escritura, los documentos más importantes son las escrituras (Chiovenda).

En consecuencia, para los que otorgan un sentido amplio al concepto de documento, éste sería toda representación material destinada a reproducir una manifestación del pensamiento, dentro de la cual no sólo caben las representaciones escritas denominadas instrumentos que no son más que una especie de los documentos, sino que también los otros documentos de carácter no instrumental como son las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, radiografías, electrocardiogramas, planos, cuadros, dibujos, etc.

Es por ello que se ha señalado que constituye "un error identificar los documentos como los instrumentos como lo hacen ciertos autores como consecuencia de que los Códigos de sus países contemplan solamente los segundos (así ocurre en el CC de Napoleón y los que se basaron en éste, como el colombiano, el chileno, el español, los anteriores italiano y venezolano, etc.; e inclusive en algunos Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal)".[300]

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de documento es sinónimo al de instrumento, puesto que sólo se encarga nuestro legislador, por los antecedentes históricos mencionados, de regular sólo los documentos como representaciones escritas, y no se le otorga este carácter documental a las otras formas de representaciones del pensamiento.[301]

Por otra parte, nuestro legislador utiliza como sinónimos las expresiones de documentos e instrumentos. Es así, como por ejemplo dentro del párrafo 4 "De los documentos" del Título III del Libro II Primera Parte del Código de Procedimiento Penal, sólo se encarga de reglamentar los instrumentos públicos y privados en cuanto a su forma de acompañarse al proceso para que tengan eficacia; y en el párrafo 5 "De la prueba instrumental" del Título IV del Libro II Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal regula el valor probatorio de los instrumentos públicos y privados.

En consecuencia, considerado desde un punto de vista restrictivo el documento, éste pasa a ser sinónimo del concepto de instrumento.

---

[300] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo II. Pág. 542.

[301] Es así, como en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal los documentos consistentes en representaciones no escritas no se regulan dentro de la prueba instrumental, sino que como medios de prueba no contemplados en la ley y que siempre llegan a tener un valor probatorio inferior a los instrumentos al servir sólo de base de una presunción judicial. Del mismo modo, el artículo 323 del CPP se refiere a los medios de prueba no regulados expresamente, sin perjuicio de regir respecto de su apreciación el sistema de la sana crítica.

Desde este punto de vista restrictivo, Documento o Instrumento es todo escrito en que se consigna algo.

La prueba instrumental es de gran importancia, porque no merece los reparos de la prueba testimonial. Este criterio se refleja en el dicho formulado por Montesquieu: "La escritura es un testigo que difícilmente se corrompe".

"Los documentos suministran una representación permanente y relativamente segura de los hechos que pueden interesar más tarde a un proceso o que suelen hacerse valer en las relaciones de sociedad extraprocesalmente, por lo cual es enorme su importancia como instrumento de certeza jurídica, de realización espontánea y pacífica de los derechos. De ahí la tendencia inmemorial a exigir el escrito como prueba de ciertos actos jurídicos e inclusive como requisito para su nacimiento y validez, que en el derecho moderno ha disminuido en cuanto a lo primero y se ha acentuado para lo segundo. La importancia del documento es consecuencia lógica de sus múltiples funciones".[302]

Por otra parte, este medio de prueba es normalmente escaso porque generalmente los conflictos no quedan en un documento, salvo en el juicio ejecutivo, en el que se requiere como presupuesto la existencia de un título.

3.3. Características

La prueba documental se caracteriza por ser un medio de prueba preconstituido, indirecto, y que produce generalmente plena prueba si se reúnen los requisitos que el legislador establece al efecto.

Si consideramos que en la actualidad rige el sistema de la prueba legal atenuada respecto del sistema procesal civil y antiguo proceso penal, y de la sana crítica respecto del nuevo sistema procesal penal, para comprender ambos sistemas podríamos definir a los documentos como el medio de prueba preconstituido, indirecto, y que produce generalmente certeza respecto de las declaraciones escritas que en él se consignan, si se han otorgado con las solemnidades legales en el caso del instrumento público, o ha sido reconocido en el caso del instrumento privado.

3.4. El instrumento público

3.4.1. Concepto

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario (artículo 1699 inciso 1° CC).

3.4.2. Requisitos

Para que nos encontremos ante un instrumento público es menester que concurran, de acuerdo a la definición legal de éste, los siguientes requisitos:

---

[302] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. Tomo II. Págs. 511 y 512.

a) Debe encontrarse autorizado por funcionario público

Respecto a este requisito debemos tener presente que no reviste el carácter de funcionario público aquel que se encuentra inhabilitado o suspendido en el ejercicio de sus funciones, adoleciendo los instrumentos públicos que ellos otorguen de nulidad.

Sin embargo, nuestra doctrina y jurisprudencia en virtud de la aplicación del principio que el error común constituye derecho *(error comunis facit ius),* ha sostenido que la actuación de un funcionario público inhábil designado por la autoridad y que de hecho ejerce su cargo teniendo un título que así lo atestigua, no vicia de nulidad los instrumentos públicos que él haya otorgado.[303]

b) El funcionario público que lo otorga debe ser competente

El funcionario público es competente para otorgar un instrumento público siempre que concurran los siguientes requisitos:

b.1) Sea aquel determinado por la ley para autorizar o dar fe de instrumento público. Es así, como no concurrirá este requisito si un Notario otorga una partida de nacimiento, puesto que esta misión se encuentra entregada por la ley al Oficial de Registro Civil.

b.2) El funcionario debe actuar dentro del territorio que la ley le hubiere fijado para desempeñar sus funciones. Así, por ejemplo, se ha señalado que no es competente el Oficial de Registro Civil de la comuna de Providencia para autorizar matrimonios en la oficina de Quinta Normal.

c) Debe ser otorgado con las solemnidades legales

El legislador no ha establecido una regulación uniforme respecto a las solemnidades legales para todos los instrumentos públicos, sino que ellas varían de acuerdo a la diversa naturaleza de éstos.

Es así, como difieren las solemnidades legales que deben cumplirse respecto a un decreto, una resolución judicial, una partida de nacimiento, una escritura pública, etc.

3.4.3. Algunas especies de instrumentos públicos

De acuerdo con nuestra Jurisprudencia, se ha señalado que son instrumentos que tienen el carácter de público los siguientes:

a) Las copias autorizadas por el Secretario Municipal de documentos del archivo municipal;

b) Los certificados de dominio vigente, de hipoteca, y gravámenes y de prohibiciones e interdicciones que otorga el Conservador de Bienes Raíces;

c) La copia de la demanda que el Receptor entrega al notificarla;

d) La escritura pública otorgada por Notario u Oficial de Registro Civil competente con las solemnidades legales;

---

[303] Corte Suprema 3.1.44. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 41. Secc. 1ª. Pág. 547.

e) Las partidas o certificados de nacimiento, matrimonio y defunción que otorga el Oficial de Registro Civil.

Dentro de la categoría de instrumentos públicos se encuentra una especie de él, como es la escritura pública, la que por su significación y especial regulación la trataremos en forma separada.

3.4.4. La escritura pública

3.4.4.1. Concepto

La escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija la ley, por el competente Notario, e incorporado a su protocolo o registro público (artículo 403 del COT). Igual concepto se da por el artículo 1699 inciso 2° del Código Civil.

3.4.4.2. Requisitos

Para que nos encontremos en presencia de una escritura pública es menester que concurran copulativamente tres requisitos:

a) Que sea otorgada por Notario competente

Los Notarios son funcionarios auxiliares de la administración de justicia, debiendo existir a lo menos uno en cada comuna o agrupación de comunas que constituya el territorio jurisdiccional de un juzgado de letras.

El decreto que los nombra establece la comuna o agrupación de comunas para las cuales es designado. En este último caso, los Notarios pueden ejercer sus funciones dentro de todo el territorio del juzgado de letras en lo civil que corresponda.

Ningún Notario podrá ejercer funciones fuera de su respectivo territorio (artículo 400 del COT).

Constituye la primera función de los Notarios la de extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dicren las partes otorgantes (artículo 401 N° 1 del COT).

El artículo 426 N° 1 del COT establece que no se considerará pública o auténtica la escritura pública que no fuere autorizada por persona que no fuere notario o por notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal (artículo 426 del COT).

Ello es sin perjuicio de la responsabilidad penal que afecta al notario que ejerciere funciones de tal fuera del territorio para el que hubiere sido nombrado, el cual sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados (artículo 442 del COT).

Finalmente, es menester tener presente que el Notario no puede intervenir autorizando las escrituras públicas que contengan disposiciones o estipulaciones en favor suyo, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos. La escritura pública que hubiere sido autorizada con este vicio adolecerá de nulidad (artículo 412 N° 1 del COT).

b) Que sea otorgada con las solemnidades legales

Los artículos 404 a 414 del COT se encargan de establecer las diversas solemnidades que deben ser cumplidas por el Notario para extender válidamente una escritura pública.

La falta de cumplimiento de esos requisitos afecta la validez de la escritura pública, de acuerdo a lo establecido en los artículos 412 y 426 N°s. 3 a 6 del COT.

c) La escritura pública debe ser incorporada al protocolo o registro público del Notario que la extiende.

El protocolo es el libro o registro público que debe llevar todo Notario, el que se formará insertando las escrituras en el orden numérico que les hubiere correspondido en el repertorio.

Además, a continuación de las escrituras, se agregan los documentos protocolizados, también conforme al orden numérico que les hubiere sido asignado en el repertorio.

Respecto de la escritura pública, se debe distinguir la matriz y las copias.

La matriz es el documento original en el cual han estampado su firma las partes y el Notario autorizante, siendo agregado al protocolo.

Además de ello, el Notario puede otorgar a las partes tantas copias cuantas se soliciten de la escritura que se haya otorgado, pudiendo ellas ser manuscritas, dactilografiadas, impresas, fotocopias, litografías o fotograbadas.

En ellas deberá expresarse que son testimonio fiel de su original y llevarán la fecha, firma y sello del funcionario autorizante (artículo 422 del COT).

No se considerará pública o auténtica la escritura pública que no esté incorporada en el protocolo o que éste no pertenezca al Notario autorizante o al de quien está subrogando legalmente (artículo 426 N° 2 del COT).

En la actualidad, debemos recordar que el título ejecutivo lo constituye cualquier copia autorizada de escritura pública y no la primera copia de ella como se establecía con anterioridad (artículo 434 N° 2 CPC), no existiendo, además, la distinción entre primeras y segundas copias como antes se efectuaba.

3.4.5. Documentos protocolizados e instrumentos privados autorizados ante notario

A continuación, nos referiremos brevemente a estas dos clases de instrumentos con el fin de dejar claramente establecido que la sola intervención del Notario que ocurre respecto de ellos no permite otorgarle a éstos el carácter de escrituras públicas, puesto que no se dan en ellos cumplimiento a todos los requisitos señalados precedentemente para que nos encontremos en presencia de una escritura pública.

A. DOCUMENTOS O INSTRUMENTOS PROTOCOLIZADOS

El artículo 415 del COT define la protocolización como el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicite. La pro-

tocolización de un instrumento privado no lo transforma en instrumento público. Al respecto, nuestra Jurisprudencia ha señalado expresamente que *"el instrumento privado agregado o protocolizado en una Notaría con posterioridad a su otorgamiento no adquiere por esta circunstancia el valor de instrumento público".*[304]

En la práctica, la protocolización se realiza levantando un acta que firma el solicitante y el notario en la que se indica el contenido del documento y sus indicaciones esenciales. Esta acta es un instrumento público porque ha sido otorgado por un funcionario público; pero el instrumento privado sigue siendo privado.

Mediante la protocolización del instrumento privado se adquiere la ventaja que éste adquiere fecha cierta (artículos 419 del COT y 1703 del Código Civil).

Además, los instrumentos relacionados en el artículo 420 del COT pasan a valer como instrumentos públicos una vez protocolizados.

Finalmente sirve para conservar los documentos, puesto que una vez protocolizado sólo podrá ser desglosado del protocolo en virtud de decreto judicial (artículo 418 del COT).

B. Instrumento privado autorizado por el notario

El hecho de estar facultados los notarios para autorizar la firma que en un documento privado se estampa no lo transforma en público, sino que éste sigue siendo privado. Sólo nos encontramos con que el notario abona con un certificado público el hecho de haber autorizado la firma de la persona que indica (artículos 401 Nº 10 y 425 del COT).

Nuestra Jurisprudencia ha declarado al respecto que *"el hecho de que un instrumento privado esté autorizado por un notario no le quita el carácter de simple instrumento privado"*[305] y que *"el certificado médico agregado por el incidentista para acreditar la enfermedad que le impidió concurrir a la audiencia, no tiene valor probatorio desde que se trata de un instrumento privado que no emana de la parte contra quien se hace valer, ni ha sido reconocido en juicio por el otorgante, sin que obste a ello que la firma aparezca autorizada por un notario, puesto que esa circunstancia no lo transforma en instrumento público".*[306]

En las Actas de la Comisión Mixta que revisó el Proyecto del Código de Procedimiento Civil, al tratarse el artículo 342 (335) se señaló que dicha intervención notarial no convertía al instrumento en público y que el notario en tal caso no es más que un testigo calificado respecto a su otorgamiento.

---

[304] Corte de Apelaciones de Santiago. 30.08.13. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 11. Sec. 2ª. Pág. 45.

[305] Corte de Apelaciones de Santiago. 18.08.51. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 48. Sec. 2ª. Pág. 63.

[306] Corte de Apelaciones de Concepción. 16.12.66. T. 63. Sec. 2ª. Pág. 171.

No obstante, es menester destacar que en ciertos documentos la autorización de la firma del otorgante en un instrumento privado autorizado por notario produce el efecto importante que la ley le otorga mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo (por ejemplo: artículo 434 Nº 4 inciso 2º del CPC. Letra de cambio, pagaré o cheque en que la firma del obligado al pago estuviere autorizada ante Notario; contrato prenda compraventa cosas muebles a plazo artículo 2º Ley Nº 4.702 y contrato prenda industrial artículo 27 Ley Nº 5.687).

3.5. Aspectos procedimentales

3.5.1. Iniciativa en la prueba instrumental

En el actual proceso penal, debemos distinguir tres etapas o fases: la investigación, la audiencia de preparación del juicio oral y el juicio oral.

a) En la etapa de investigación, le corresponde al fiscal la dirección de la investigación y para tal efecto podrá requerir de las autoridades toda la información o documentos de conformidad a lo previsto en el artículo 19 del CPP.

Respecto de los documentos que se encuentren en poder del imputado o de terceros, podrá el Fiscal recogerlos en la forma prevista en el artículo 187 o proceder a su incautación de conformidad a lo previsto en el artículo 217, para lo cual se requiere de orden judicial expresa y previa del juez de garantía por mandato específico de este último precepto, que no constituye más que una aplicación del principio general contenido en el artículo 9º del CPP.

Los otros intervinientes (artículo 12) pueden solicitar al Fiscal que incaute determinados documentos que puedan ser de interés para el cumplimiento de los objetivos del proceso penal, contemplándose expresa y específicamente esta facultad respecto del imputado en el artículo 93 letra c) y del querellante en el artículo 113 letra e) y de todos los intervinientes en el artículo 183.

En caso que el Ministerio Público no diere cumplimiento a esas diligencias solicitadas por esos intervinientes, se estaría infringiendo expresamente el principio de objetividad con el cual deben esos funcionarios dirigir la investigación, consagrado en los artículos 77 del CPP y 3º de la Ley Orgánica del Ministerio Público y cabría reclamar de la negativa o negligencia del Fiscal adjunto en realizar esas diligencias ante el Fiscal Regional conforme a lo previsto en los artículos 183 del CPP y 32 letra b) y 33 de la LOC Min. Público.

Al juez de garantía no le corresponde decretar diligencias de investigación, y en particular, ordenar que se le acompañen documentos por parte de un interviniente o de un tercero, sino tan sólo autorizar las solicitudes de incautación que le formule el Fiscal de conformidad a lo previsto en los artículos 9º, 70, 183 y 217 del CPP. La diligencia de incautación de documentos se verificará por el Fiscal a través de la Policía, una vez que se cuente con la autorización del juez de garantía, conforme a lo previsto en el artículo 79 del CPP, en relación con los artículos 187 y 217.

El artículo 320 demuestra el derecho de intervenir durante la investigación los intervinientes en relación con la prueba documental, al establecer que el juez de garantía puede, durante la investigación, dar acceso a los peritos de los intervinientes a los documentos sobre los cuales ellos deberán evacuar su informe. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta.

En todo caso, los documentos que se recojan por parte del Fiscal durante la investigación no tendrán valor probatorio dentro del juicio oral, conforme a lo previsto en los artículos 296 y 340 inciso 2°.

b) En la audiencia de preparación del juicio oral, que se realiza ante el juez de garantía y en la cual deben participar el Fiscal, quien formula la acusación, el querellante que se hubiere adherido o formulado acusación particular, el actor civil que hubiere deducido demanda civil y el acusado con su defensor; se determinan cuáles son los documentos que pueden acompañarse como prueba durante el juicio oral (artículos 276 y 277 letra e).

El ofrecimiento de rendición de prueba documental para el juicio oral debe efectuarse oportunamente y en forma previa a la audiencia del juicio oral por el Fiscal en su acusación (artículos 259 letra f), por el querellante en su adhesión a la acusación o adhesión a la acusación (artículo 261 letra c), por el actor civil en su demanda civil (artículo 60). El acusado debe ofrecer su prueba documental hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de la audiencia, en forma oral (artículo 263 letra c).

c) El juicio oral es la oportunidad para que se deba rendir la prueba documental mediante la lectura o exhibición de documentos en la forma prevista en el artículo 333.

Excepcionalmente, el tribunal de juicio oral pueda autorizar la rendición de una prueba documental no ofrecida oportunamente en conformidad a lo previsto en el artículo 336.

En el juicio oral, no se contempla que el tribunal de juicio oral pueda decretar medidas para mejor resolver en relación con ningún medio de prueba.[307]

[307] En el antiguo proceso penal, el juez puede disponer la agregación de los instrumentos al proceso no sólo en la etapa de Plenario como medida para mejor resolver de acuerdo a lo previsto en el artículo 499 de dicho Código; sino que dada la primacía del principio inquisitivo en el sumario criminal, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener que se incorporen al proceso todos los instrumentos que tengan por objeto acreditar los objetivos del sumario criminal conforme a las normas establecidas en el párrafo 3° del Título III De la Comprobación del Hecho Punible y la Averiguación del Delincuente de la Primera Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal. Respecto de las partes, ellas pueden en el Sumario Criminal acompañar dentro de él todos los documentos para acreditar los hechos en que basen su pretensión punitiva o defensa. En el Plenario Criminal, las partes pueden acompañar dentro del término probatorio todos los documentos, conforme a lo previsto en el artículo 490 del Código de Procedimiento Penal.

3.5.2. La oportunidad legal para rendir la prueba instrumental

En el proceso penal, durante la etapa de investigación, el Fiscal puede recopilar antecedentes de oficio, o a requerimiento de los intervinientes durante todo el curso de la investigación, previa autorización del juez de garantía si para ello debiere procederse a la incautación.

Durante la audiencia de preparación del juicio oral, se determinará los documentos que deben ser presentados al juicio oral, según el ofrecimiento que debe haberse efectuado por el Ministerio Público en el escrito de acusación, por el querellante en su escrito de adhesión a la acusación o acusación particular, por el actor civil en su demanda y por el acusado en forma escrita hasta antes de la audiencia u oralmente durante ella.

El juicio oral es la oportunidad para que se deba rendir la prueba documental, mediante la lectura o exhibición de documentos en la forma prevista en el artículo 333. Excepcionalmente, el tribunal de juicio oral puede autorizar la rendición de una prueba documental no ofrecida oportunamente en conformidad a lo previsto en el artículo 336.

En el juicio oral, no se contempla que el tribunal de juicio oral pueda decretar medidas para mejor resolver en relación con ningún medio de prueba.

En cuanto al orden en que deben rendirse las pruebas en el juicio oral, se prevé por el artículo 328 que "cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra".

Respecto del recurso de nulidad, se contempla que *"en el recurso de nulidad podrá producirse prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, siempre que se hubiere ofrecido en el escrito de interposición del recurso"*.

Esta prueba se recibirá en la audiencia conforme con las reglas que rigen su recepción en el juicio oral. En caso alguno la circunstancia de que no pudiere rendirse la prueba dará lugar a la suspensión de la audiencia.[308]

3.5.3. Documentos en lengua extranjera

En el proceso penal, no se regula específicamente esta materia. Sin embargo, creemos que puede utilizarse para la traducción del documento extendido en idioma extranjero las normas de los peritos, y llegar a establecer una convención probatoria durante la audiencia de preparación del juicio oral, en caso que no hubiere reparos respecto de la traducción efectuada por el perito durante la investigación. En este caso,

[308] En en el antiguo proceso penal, la prueba instrumental puede ser acompañada durante toda la etapa del Sumario Criminal. Asimismo, las partes pueden acompañar o solicitar que se mande agregar al proceso la prueba instrumental dentro del período probatorio del Plenario Criminal (artículos 479 y 490 del CPP).

creemos que no es aplicable la norma del artículo 63 del CPC no obstante la remisión genérica del artículo 52 del CPP a las disposiciones comunes a todo procedimiento del Libro I del CPC, porque ellas pugnan con el sistema de peritos que regula en nuevo sistema procesal penal. [309]

3.5.4. Instrumentos que deben ser considerados públicos en juicio

En el proceso penal tampoco se regula específicamente esta materia. Sin perjuicio de ello, estimamos que si cuestiona la autenticidad del documento por medio de las pruebas que se ofrecerán en la audiencia de preparación del juicio oral, deberían ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones para que los reconocieren o se refirieren a su contenido conforme a lo previsto en el artículo 333 del CPP.[310]

3.5.6. Forma de acompañar los instrumentos públicos al juicio

En el proceso penal no existe mayor formalidad para acompañar los documentos durante la etapa de investigación que dirige el Ministerio Público. Sin perjuicio de ello, el Fiscal y los intervinientes pueden realizar todas las diligencias que estimen pertinentes respecto de ellos durante la etapa de investigación. Para la realización de estas diligencias, se prevé expresamente por el artículo 203 que "el fiscal podrá solicitar al imputado que escriba en su presencia algunas palabras o frases, a objeto de practicar las pericias caligráficas que considerare necesarias para la investigación. Si el imputado se negare a hacerlo, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la autorización correspondiente".[311]

3.5.7. Procedimiento de impugnación de un instrumento público

En el nuevo proceso penal, no se regula específicamente esta materia, pero claramente puede ser cuestionada y rendida una prueba para cuestionar la autenticidad del instrumento público o las declaraciones contenidas en él, y se apreciará el mérito de ella conforme a las reglas de la sana crítica.

3.5.8. Valor probatorio de los instrumentos públicos

El CPP no contempla el valor probatorio de los instrumentos públicos, debiendo éste ser determinado por el tribunal conforme al sistema de la sana crítica que rige

[309] En el antiguo proceso penal, el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal se encarga de regular la forma en que deben acompañarse los instrumentos extendidos en idioma extranjero.

[310] En el antiguo proceso penal, el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal se encarga de establecer los trámites que deben cumplirse para que sea eficaz un instrumento público en el juicio.

[311] En materia penal, los documentos deben ser acompañados con conocimiento de acuerdo a lo previsto en el N° 1 del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

en el nuevo sistema procesal penal conforme a lo previsto en los artículos 297, 340 y 342 letra c).[312]

Dando aplicación al sistema de la sana crítica en la determinación del valor probatorio de una prueba documental, se ha resuelto que *"la valoración de la prueba sobre la que ha de fundamentarse la convicción condenatoria sólo comprende la extraída de aquella que se ha producido durante el juicio oral conforme al artículo 340 del CPP, donde se rinde la misma bajo los criterios de inmediación y concentración. Es por ello que el tribunal debe contemplar la practicada en dicha oportunidad y que se ha presenciado de forma directa e inmediata con el respeto y confianza que merece dicha inmediación, sin que pueda discutirse la libertad que le asiste en su apreciación conforme lo señala el artículo 297 del mismo Código. Así, una prueba científica como la alcoholemia realizada por el Servicio Médico Legal, sobre la base de un procedimiento objetivo y reglamentado, cuya comprobación consta de manera pública y reconocida de ser llevada a cabo con los requisitos exigidos por el artículo 122 de la Ley N° 17.105 da suficiente fe de su resultado, contenido en un documento estandarizado e institucional respecto del cual no se requiere ratificación por quien lo suscribe al no haber sido cuestionada su autenticidad".*[313]

3.6. Los instrumentos privados

3.6.1. Concepto

"Es todo escrito que deja constancia de un hecho, otorgado por los particulares sin la intervención de funcionario público en el carácter de tal".

Por regla general se requiere que esté suscrito, es decir, sea firmado por el otorgante, para que revista el carácter de documento y tenga valor en juicio.

Los artículos 1701 inciso 2°, 1702 y 1703 del Código Civil regulan el instrumento privado teniendo como presupuesto para ello el hecho de encontrarse éste firmado. Es así como se ha declarado por la Jurisprudencia que *"un instrumento privado para que sea tal debe, por lo menos, ser firmado por el otorgante"*[314] y que *"colocar una firma en un documento significa que el suscriptor acepta su contenido".*[315]

Según Ricci[316], refuerza la doctrina de que el instrumento privado, para ser tal, debe estar firmado por el o los otorgantes, el inciso 2° del artículo 1701. Conforme a

---

[312] En el antiguo proceso penal, el artículo 477 del CPP establece que todo instrumento público constituye prueba completa de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas.

[313] Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 13.9.2002. *Revista Procesal Penal* N° 3. Págs. 67 y Sgtes. Noviembre 2002.

[314] Corte de Apelaciones de Santiago. 12.8.42. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 40. Sec. 2ª Pág. 33.

[315] Corte Suprema. 29.11.1937. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 35. Sec. 1ª. Pág. 225.

[316] *Tratado de las pruebas.* Tomo I. N° 95. Pág. 249.

éste, el instrumento que es nulo como público vale como privado si estuviere firmado por las partes; ahora bien, si el documento público, a pesar de la intervención del funcionario público y de los testigos, no puede tener valor como escritura privada por no estar firmado por las partes, evidente es la conclusión que tales firmas constituyen una formalidad esencial de la escritura privada.

No obstante, los artículos 346 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 352 N° 3 dan a entender que la firma no sería una exigencia esencial, bastando texto escrito. Para tal efecto es menester tener presente, que al discutirse el artículo 340 del Proyecto de CPC del año 1893 que corresponde al artículo 346 actual (que trata del reconocimiento de instrumentos privados en juicio) se dejó constancia en las actas de la sesión 18 de la Comisión Mixta, que debía entenderse que eran instrumentos privados incluso los comprendidos en la enumeración del artículo 1704 del CC que trata de varios casos de documentos privados que no necesitan de firma.

En todo caso, existen excepcionalmente ciertos documentos que pueden valer como instrumentos privados, aun cuando no estén firmados por las partes, siendo ellos los enumerados en los artículos 1704 y 1705 del Código Civil.

Finalmente, aun en el caso de aceptarse la tesis de no ser de la esencia la firma del documento privado para que tenga éste tal carácter, existen claramente instrumentos privados en que su suscripción es de la esencia para que tengan ellos existencia y validez (por ejemplo: letra de cambio, pagaré y cheque).

3.6.2. Autenticidad

Los instrumentos privados a diferencia de los instrumentos públicos no llevan envuelta la presunción de autenticidad. Al contrario, la situación aquí es inversa, puesto que la parte que pretende valerse de un instrumento privado para acreditar un hecho debe probar que es auténtico. El instrumento privado no hace fe por sí mismo, siendo necesario para que éste tenga algún valor probatorio que sea reconocido por la parte que lo otorgó o que éste reconocimiento se produzca judicialmente. Mientras no sea reconocido o se pruebe que es auténtico, el instrumento privado carece de todo valor probatorio.

Al efecto, se ha declarado por nuestra Jurisprudencia que *"ningún instrumento privado, ni aun agregado por un notario al final de su protocolo con posterioridad a su otorgamiento, hace fe, ni tiene valor mientras no sea reconocido por la parte contra quien se presenta, o se haya mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley".*[317]

[317] Corte de Apelaciones de Santiago. 30.08.1913. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 11. Sec. 2ª. Pág. 65.

3.6.3. Reconocimiento

En el proceso penal, se desprende de lo previsto en la última parte del artículo 333 que los instrumentos privados deberían ser reconocidos durante el juicio oral por el acusado, los terceros como testigos o por un perito si se hubiere acudido a él para verificar su autenticidad.

Al respecto se ha señalado que "todos estos medios probatorios –objetos, documentos y los demás medios– deben ser "exhibidos" en el juicio a alguien –algún testigo, perito o alguna de las partes– para que diga que efectivamente "lo exhibido es aquello que se pretende que es" y para que dé cuenta de cómo sabe aquello. No basta que el fiscal se pare y diga "aquí le voy a mostrar el arma recogida en el sitio del suceso" o que la defensa diga "aquí tengo un diagrama del lugar". El tribunal y la contraparte no tienen por qué aceptar que esa es el arma hallada en el sitio del suceso ni que ese diagrama refleja fielmente el sitio del suceso. La fiscalía necesita que alguien idóneo –por ejemplo, el policía que recogió el arma en el sitio del crimen– la reconozca en el juicio y explique cómo exactamente la reconoce (por ejemplo, porque la puso en una bolsa sellada de evidencia, tras lo cual la rotuló con las señales que la bolsa exhibe hoy en la audiencia). Así también la defensa: deberá pedir a algún testigo idóneo para hablar sobre el sitio diagramado que le diga al tribunal si el dibujo representa adecuada y fielmente el lugar en cuestión. Sólo una vez que ello ocurra, las partes podrán utilizar dichos elementos como lo que alegan que son e incorporarlos al debate como prueba. Desde luego, hay documentos cuyo origen es suficientemente público o institucionalizado como para que no sea necesaria mayor acreditación, por ejemplo, una página de un diario conocido o un mapa de la guía de teléfonos.

Una vez que el origen del objeto o documento ha sido acreditado, las partes no sólo podrán manipularlos durante el interrogatorio a los testigos y peritos, sino que podrán, además, incorporarlos formalmente como prueba. Dicha incorporación puede ser realizada prácticamente en cualquier momento; inmediatamente de establecido el origen, al terminar la parte de presentar todo su caso o bien terminada la prueba testimonial y pericial y antes de los alegatos finales.[318]

---

[318] En el antiguo proceso penal, sólo se contempla el reconocimiento expreso y el judicial respecto de los instrumentos privados, pero no opera respecto de ellos el reconocimiento tácito.

Al efecto, establece el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal, respecto del reconocimiento expreso, que "los instrumentos privados deben ser reconocidos por las personas que los han escrito o firmado. Este reconocimiento se efectuará en la forma de una confesión o de una declaración de testigos, según emanare de alguna de las partes o de otra persona.

Empero, si pareciere que la exhibición de estos instrumentos a tales personas hubiere de frustrar las diligencias del sumario, se podrá entretanto establecer la procedencia u origen de dichos instrumentos por declaraciones de testigos o por cualquier otro medio probatorio".

Respecto del reconocimiento judicial, el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal establece que "si se negare o pusiere en duda la autenticidad de un instrumento privado, el juez nombrará dos peritos calígrafos para que cotejen la letra o firma del documento con la de otro que sea realmente de la persona a quien se atribuya".

3.6.4. Forma de acompañar los instrumentos privados al juicio

En el proceso penal no se contempla ninguna ritualidad, salvo que ellos deberán ser exhibidos o leídos en la audiencia del juicio oral en la forma prevista en el artículo 333 y reconocidos por el acusado, los testigos o peritos.

"Respecto de las evidencias cuyas características impidan su presentación material en una audiencia del juicio oral, el fiscal a cargo de la investigación, constituido en el lugar en que tal evidencia se encontrare, podrá disponer se la fotografíe o se capture su imagen mediante cualquier otro medio de reproducción de la realidad, para presentarla al juicio como prueba, respaldando tal presentación, si fuere del caso, con declaraciones periciales o testimoniales, solución, además idéntica a la del Código italiano que, como se recordó autoriza la presentación de documentos "que representen hechos, personas o cosas mediante la fotografía, la cinematografía, la fonografía o cualquier otro medio...".

Todavía más, podrá el fiscal solicitar al tribunal que se constituya en el lugar en que la evidencia se encuentra (por ejemplo, en el lugar en que están los restos de la casa destruida por un acto criminal).

Conclusivamente, entonces, hemos de resumir afirmando que si bien el ordenamiento procedimental exige que toda la evidencia se acompañe materialmente al juicio oral, como condición para que sobre ella pueda fundarse la sentencia, es también posible que objetos, lugares o cosas sean capturados por los medios idóneos adecuados para reproducir imágenes y sean expuestos, de esa forma ante el tribunal, órgano al que además, en el evento de ser necesario, podrá constituirse en el lugar en que los hechos ocurrieron o las cosas se encuentran.

3.6.5. Valor probatorio del instrumento privado

En el proceso penal, no se contempla un valor probatorio de los instrumentos privados, debiendo éste ser determinado por el tribunal conforme al sistema de la sana crítica que rige en el nuevo sistema procesal penal, conforme a lo previsto en los artículos 297, 340 y 342 letra c).[319]

3.6.6. El cotejo de letras

Tampoco se regula específicamente en el proceso penal el cotejo, sin perjuicio de poder realizarse éste durante la investigación o generarse durante la audiencia de juicio oral conforme a lo previsto en los artículos 183, 203 y 320.[320]

---

[319] En el antiguo proceso penal, el instrumento privado reconocido por la parte que lo otorgó tiene el carácter de prueba testimonial o confesional según el caso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 478 del CPP. Establece al efecto dicho precepto legal, que "los escritos privados reconocidos por el que los hizo o firmó, tienen, respecto de los puntos contenidos en el artículo (el hecho de haber sido otorgado, su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas), la misma fuerza probatoria que la confesión, si el reconocimiento es efectuado por el reo; o que la declaración de testigos, en los demás casos".

[320] En el antiguo proceso penal, se refiere al cotejo de letras el artículo 188 del CPP, el que nos señala que "si se negare o pusiere en duda la autenticidad de un instrumento privado, el juez nombrará

4. La prueba de confesión

4.1. Reglamentación

Este medio de prueba se encuentra reglamentado en el Código Procesal Penal, directa e indirectamente, en diversas disposiciones: Declaraciones del imputado ante la policía (artículo 91); Derechos del imputado de prestar declaración ante juez de garantía sobre los hechos materia de la investigación (artículo 93 letra d); Derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento (artículo 93 letra g); A no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 93 letra h); Declaración del imputado como medio de defensa (artículo 98); Información al detenido (artículo 135); Presunción de derecho del perjuicio (artículo 160); Autodenuncia (artículo 179); Comparecencia del imputado ante el Ministerio Público (artículo 193); Declaración voluntaria del imputado (artículo 194); Métodos prohibidos (artículo 195); Prolongación excesiva de la declaración (artículo 196); Exámenes corporales (artículos 197 y 198); Objetos y documentos no sometidos a incautación (artículo 220); Interceptación de comunicaciones telefónicas (artículo 222); Prohibición de utilización (artículo 225); Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado (artículo 236); Suspensión condicional del procedimiento (artículo 237); Procedencia de acuerdos reparatorios (artículo 241); Convenciones probatorias (artículo 275); Principio de no autoincriminación (artículo 305); Defensa y declaración del acusado (artículo 326); Métodos de interrogación (artículo 330); Alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral (artículo 338); Prohibición de condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración (artículo 340); Causal de recurso de nulidad (artículo 373 letra a); Procedimiento monitorio (artículo 392); Resolución inmediata de procedimiento simplificado (artículo 395); Procedimiento Abreviado (artículo 406); Extradición pasiva simplificada (artículo 454); Revisión de sentencia firme (artículo 473 letra d)).[321]

El Código Procesal Penal no utiliza la expresión confesión en ninguna parte del mismo, seguramente con el fin de poner énfasis que la declaración del imputado es considerada como un medio que depende exclusivamente de la voluntad de éste y puede ser considerada como el ejercicio de una facultad de su parte para colaborar con el pronto término de la investigación que con un criterio objetivo debe ser desarrollada por el Ministerio Público.

Continuación nota [320]

dos peritos calígrafos para que cotejen la letra o firma del documento con la de otro que sea realmente de la persona a quien se atribuya".

[321] El Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la confesión, hace referencia a ella en los siguientes preceptos: El artículo 110, se refiere a su valor para acreditar el delito y la participación; los artículos 318 a 341, ubicados dentro del Sumario, se encargan de reglamentar las oportunidades, deberes y procedimiento con el cual se debe llevar ella a cabo; y los artículos 481 a 484 bis A, ubicados dentro del Plenario, se refieren a los requisitos que ella debe reunir para tener valor probatorio, la divisibilidad y retractación, y la exclusión de la confesión ficta en materia penal.

La confesión no constituye un fin del proceso penal como ocurre en aquellos que se desarrollan conforme a un procedimiento inquisitivo, en el cual se pretende obtenerla por cualquier medio, para los efectos de obtener la "verdad o certeza histórico-judicial" acerca de la responsabilidad del imputado en los hechos. Teniéndose presente esta diversidad de concepción, es que difiere en gran forma la regulación de la confesión en un procedimiento acusatorio en relación con un procedimiento inquisitivo.

Por ello, respecto de la confesión en el nuevo proceso penal, compartimos la afirmación que en cuanto a que "el nuevo sistema procesal penal ha introducido un cuadro normativo tendiente a reforzar la idea de entender la declaración del imputado como un medio de defensa, sin que ello signifique excluir la confesión como un medio apto para producir fe. Es decir, esta reina, si bien ha perdido su trono, sigue gozando de buena salud".[322]

Finalmente, la confesión en los procesos orales más bien tiende a identificarse como declaración de parte, poniendo énfasis en que este medio de prueba lo que persigue es que ella se materialice en el proceso oral mediante la deposición, sin un propósito preconcebido de perjuicio para quien la presta; y por otro lado, que ella debe emanar de la parte, característica que sólo reviste en el proceso penal para estos efectos el imputado durante la investigación y, posteriormente, el acusado durante el juicio oral.

La víctima no reviste el carácter de parte en el proceso penal, dado que a ella no le pertenece la pretensión punitiva, la que reviste un carácter público y le pertenece al Estado. Lo anterior resulta obvio desde el momento que ella no puede disponer de la pretensión por medio de renuncia o desistimiento (artículos 56 y 118), abandonar su ejercicio con efectos extintivos de la pretensión penal (artículo 121) como tampoco puede participar en lo que diga relación con la ejecución de la pena (artículo 466). De acuerdo con ello, la víctima, aunque sea haya querellado, siempre debe deponer en el proceso penal como testigo, no obstante que se le considere en forma relevante en cuanto a su tratamiento que respecto de cualquiera otro tercero en el proceso penal, al reconocérsele el carácter de interviniente (artículo 12) y conferírsele una serie de derechos (artículo 109), pero no hasta el extremo de entregarle el ejercicio de la pretensión punitiva como para considerarlo parte de tal relación. De acuerdo con ello, es que se ha afirmado acertadamente que como testigo "el ofendido, al igual que cualquier otra persona que tenga conocimiento directo o indirecto de los hechos objeto de la persecución penal, tiene la obligación de comparecer y declarar sobre los mismos, salvo que en él concurran algunas de las hipótesis legales de excepción al deber de comparecencia (artículo 300) o de declarar, ya sea por motivos personales (artículo 302) o de secreto (artículo 303)"[323] y si la víctima no comparece al juicio para declarar

[322] ZAPATA GARCÍA, María Francisca. "La Confesión en el nuevo sistema procesal penal ¿Una reina que perdió su trono?". Juez de garantía de Vicuña. *Gaceta Jurídica* N° 252. Año 2001. Junio. Pág. 19.

[323] HORVITZ L., María Inés. "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3. Año 2003. Pág. 139. En el mismo sentido,

como testigo, habiendo sido debidamente notificada al efecto, puede ser compelida a realizar tales actuaciones en la forma prevista en el artículo 299 CPP.[324]

4.2. Concepto

La confesión como medio de prueba en el proceso penal es el reconocimiento expreso, terminante y serio, hecho conscientemente y sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, que realiza el imputado de uno o más hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes que le perjudican.

4.3. Requisitos

Los elementos o requisitos que deben concurrir para que nos encontremos en presencia de la confesión como medio de prueba son los siguientes:

a) Declaración unilateral de voluntad exenta de vicios, que emana del imputado en el proceso;

b) El reconocimiento debe recaer sobre hechos precisos y determinados, que sean trascendentes para la resolución del conflicto;

c) El reconocimiento de los hechos debe perjudicar a la parte que formula la declaración;

d) El reconocimiento debe efectuarse con la intención consciente y dirigida del confesante de reconocer un hecho que le perjudica.

4.3.1. Análisis de los requisitos

Primer requisito:

La confesión es un acto jurídico procesal unilateral, exento de vicios, y que emana del imputado en el proceso, quien posee capacidad para materializarlo dentro de él.

La confesión es un acto jurídico unilateral, y como tal, dicha manifestación de voluntad debe estar exenta de todo vicio para que produzca efectos en contra de la parte que la formula.[325]

Continuación nota [323]

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. "Estatuto Jurídico de la Víctima en el juicio oral". *Revista Procesal Penal* N° 4. LexisNexis. Págs. 16 y Sgtes. Diciembre 2002.

[324] HORVITZ L., María Inés. "Estatus de la Víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3. Año 2003. Pág. 141. En el mismo sentido, CONTRERAS CHAIMOVIC, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. "Estatuto Jurídico de la Víctima en el juicio oral". *Revista Procesal Penal* N° 4. LexisNexis. Págs. 16 y Sgtes. Diciembre 2002. AGUILAR, Cristián. *La prueba en el proceso oral.* Pág. 114. Editorial Metropolitana. 2003. Santiago. Chile. Véase COLOMA CORREA, Rodrigo (Editor). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral.* NÚÑEZ OJEDA, Raúl. "El ofendido por el delito y la prueba en el Enjuiciamiento criminal español". Págs. 101 y Sgtes. LexisNexis. 2003. Santiago. Chile.

[325] Véase COLOMA CORREA, Rodrigo (Editor). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral.* MEDINA SCHULZ, Gonzalo. "La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio". Págs. 35 y Sgtes. LexisNexis. 2003. Santiago. Chile.

En consecuencia, por las normas generales del Derecho Civil, que rigen a todo acto jurídico, salvo norma expresa en contrario, adolecerá de nulidad la confesión que se hubiere prestado con error, fuerza o dolo.

En el Código de Procedimiento Civil, sólo se ha tratado especificamente el error de hecho como un vicio que afecta a la confesión y que permite su revocación en el artículo 402 del CPC.

No obstante ello, no existe inconveniente en que la confesión sea anulada en caso de acreditarse la concurrencia del dolo o de la fuerza, y para ello no habrá más que darse aplicación a las normas sobre la nulidad procesal, la que contempla su procedencia con una causal de carácter genérico dentro de la cual es posible subsumir estos dos vicios que pudieren afectar a la declaración unilateral de voluntad.

En el proceso penal, la declaración del imputado es un acto voluntario de parte de éste y para asegurarse de que ella revista semejante carácter se adoptan una serie de resguardos en forma previa y coetánea a su declaración.[326]

El principio básico es que el imputado tiene derecho a guardar silencio, y en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento (artículo 93 letra g).

El imputado puede ser requerido por la policía, sin orden previa de los fiscales, para acreditar su identidad en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Si no le hubiere sido

---

[326] En todo caso, debemos hacer presente que en el antiguo Código de Procedimiento Penal, se contempla expresamente:

a) La prohibición del empleo de la fuerza como medio para obtener la confesión en el artículo 481 Nº 3 al requerir para que ella constituya prueba que sea prestada libre y conscientemente y en el artículo 483 al permitir la retractación de la confesión por comprobarse que ella se prestó por apremio o por no haberse encontrado en el libre ejercicio de la razón en el momento de practicarse la diligencia;

b) El error como vicio de la confesión se contempla al permitirse la retractación de la confesión si se comprueba inequívocamente que ella se prestó por error en el artículo 483 citado, y

c) Finalmente, se excluye el dolo y la fuerza moral como medio de obtener la confesión al prohibirse absolutamente el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el inculpado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa o sugestiva, como sería la que tienda a suponer reconocido un hecho que el inculpado no hubiera verdaderamente reconocido (artículo 323 Código de Procedimiento Penal). En cuanto al dolo, se establece que no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la intercepción de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes (artículo 484 inciso final Código de Procedimiento Penal).

posible acreditar su identidad, se le darán en ese lugar facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados. Si esto último no resultare posible, se ofrecerá a la persona ponerla en libertad de inmediato si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales, las que sólo podrán ser utilizadas para fines de identificación.

La facultad policial de requerir la identificación de una persona deberá ejercerse de la forma más expedita posible. En caso alguno el conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales será puesta en libertad (artículo 85).

Para resguardar que el imputado preste su declaración en forma voluntaria y consciente de su derecho de permanecer callado debe el funcionario, que practica de la detención, informarle específicamente de ese derecho (artículo 135), el cual debe ser difundido en diversos establecimientos (artículo 136).

El inculpado ante la policía sólo puede prestar declaraciones con la anuencia de éste y en presencia de su defensor. Ante la ausencia del defensor, la interrogación de la policía sólo puede limitar a constatar la identidad del sujeto. En caso de ausencia del defensor y anuencia a prestar declaración por el imputado, ella debe efectuarse ante el fiscal, a menos que este autorice bajo su responsabilidad que el interrogatorio se efectúe por la policía (artículo 91). Además, el imputado puede prestar declaraciones ante el Ministerio Público durante la investigación (artículos 193 y 194), ante el juez de garantía (artículo 98) y en el juicio oral (artículos 330 y 338).

Dado que la declaración del imputado debe ser un acto libre y consciente, ella no puede ser obtenida mediante tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 93 letra h); ni mediante la degradación de sus capacidades psíquicas por medio de engaño, amenaza, utilización de psicofármacos, cansancio u otros ardides (artículos 195 y 196). La declaración del imputado que se preste mediante la utilización de esos medios adolece de nulidad (artículo 160) y si la sentencia del juicio oral se hubiere pronunciado basándose en ese medio de prueba podrá ser impugnada por medio del recurso de nulidad (artículo 373 letra a).

En cuanto a la obtención de una confesión extrajudicial, también es necesario que ella se obtenga por medios que se hayan autorizado previamente por el juez de garantía (artículos 222 y 236), prohibiéndose incluso que se pueda llegar a la incautación de ciertos documentos (artículo 220), sin que puedan ser utilizados esos medios que se hayan obtenido ilícitamente (artículos 225 y 276).

La declaración del imputado es un acto personalísimo, por lo que ella siempre debe ser efectuada directamente por el imputado, y no a través de otra persona. De allí, que sólo reviste el carácter de confesión la declaración del imputado que le perjudique, y sólo debe ser considerada como prueba testimonial a las declaraciones que se presten por otros coimputados (artículo 331 letra d).

Por otra parte, es menester tener presente que la confesión es un acto de parte, y debe ser considerado como tal sólo al imputado o acusado, que es la persona contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado. De acuerdo con ello, revisten el ca-

rácter de prueba testimonial las declaraciones que efectúen los funcionarios policiales, el querellante, la víctima, etc.".[327-328]

Segundo requisito:

La confesión debe recaer sobre hechos precisos y determinados que sean trascendentes para la resolución del conflicto.

En primer lugar, debemos señalar que la confesión versa sobre hechos y no sobre el derecho, por lo que si ella se prestara sobre este último carecería de todo valor probatorio para limitar al tribunal respecto de la determinación de las normas y al alcance que a ellas deberá dar para la adecuada resolución del conflicto.

En el nuevo proceso penal, debemos resaltar que la suspensión condicional del procedimiento, que requiere de un acuerdo entre el fiscal y el imputado, autorizado por el juez de garantía, no importa una admisión de responsabilidad o culpabilidad en los hechos, sino que nada más que la manifestación de voluntad del imputado de aceptar la aplicación de esta salida alternativa. De acuerdo con ello, en caso de revocación de este beneficio, no puede ser utilizado este acuerdo en el juicio posterior que ha de seguirse para perseguir su responsabilidad. Estas medidas se han adoptado para incentivar su utilización dentro del nuevo sistema procesal penal.

Tercer requisito:

La confesión debe recaer respecto de hechos que sean desfavorables para la parte que formula la declaración.

Este requisito es de la esencia para que nos encontremos en presencia de la confesión, siendo reconocido por todos los autores y puede ser apreciado en las diversas definiciones que de ellas se han dado.

La confesión nunca existirá si en ella sólo se reconocen hechos en favor del que presta la declaración, puesto que ello importaría reconocer la posibilidad de crearse por éste su propia prueba.

---

[327] En el antiguo proceso penal, debemos recordar que jamás puede darse por confeso al reo, en su rebeldía, ni es dable que pueda confesar por él su apoderado o representante legal.

[328] En antiguo proceso penal, debemos recordar que revisten especial importancia "las declaraciones del ofendido y de los copartícipes en la acción punible, dada su mejor información acerca de lo ocurrido. Por eso el artículo 206 –que está dentro del párrafo que trata de las declaraciones de los testigos– dispone que se comenzará el examen por aquellos a quienes se presuma sabedores del hecho, entre los que deben contarse el ofendido, las personas de su familia y aquellas que dieron parte del delito". Y el artículo 460 coloca entre los testigos inhábiles a los "procesados por crimen o simple delito..." (N° 2), "los cómplices del delito" (N° 7), "los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener interés directo o indirecto" (N° 8) y "los denunciantes a quienes afecte directamente el hecho sobre que declaren, a menos de prestar la declaración a solicitud del reo y en interés de su defensa" (N° 11).

Estas disposiciones posiciones demuestran inequívocamente que el Código da el nombre de testigos a esas personas que no son ajenas a los resultados de la litis y que pueden ser partes de ellas (el ofendido si interpone querella, y el inculpado que es declarado reo respecto de otro inculpado).

Cuarto requisito:

La declaración debe ser formulada con la intención consciente y dirigida del confesante en reconocer un determinado hecho que le perjudica y favorece al contendor.

Este requisito de la confesión es el que se ha denominado *"animus confitenti"* y consiste en la intención consciente y dirigida del confesante en orden a reconocer un determinado hecho que le perjudica y favorece al contendor.

Adquiere especial importancia este elemento tratándose de la confesión judicial espontánea y de la extrajudicial, ya que no toda declaración de la parte puede considerarse una confesión si no concurre el factor intencional señalado.

4.4. Limitaciones a la admisibilidad de la confesión como medio de prueba

En el proceso penal, la confesión no es un medio de prueba que permita acreditar el hecho punible, el cual debe probarse por los otros medios de prueba, al establecerse que "no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración" (artículo 340 inciso final CPP).[329]

4.5. Clasificación y valor probatorio de la confesión

En el proceso penal no se contempla la existencia de la confesión judicial provocada, lo que es evidente si tenemos presente el derecho del imputado de guardar silencio, sin que sea posible concebir la existencia de una confesión ficta, porque ello constituiría una forma de violar este derecho si se considera el silencio del imputado como un indicio de participación o culpabilidad.

Por otra parte, cualquiera clasificación de la confesión con fines de determinar su valor carece de trascendencia, dado que este valor debe ser determinado por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

La sola confesión no permite jamás condenar a un hombre con su solo mérito. Mittermaier hace muchos años se preguntaba "¿Qué hombre se atrevería a condenar a un semejante suyo por el solo motivo de que se presente en juicio y se denuncie como autor de un asesinato cometido hace seis años? Exigimos, ante todo, una concordancia demostrada entre la confesión y las circunstancias de la causa, y en la persona del acusado una actitud en perfecta armonía con la idea que nos formamos de la situación de un hombre impulsado por su conciencia a revelar la verdad".[330]

---

[329] En el antiguo proceso penal (artículo 110) la participación puede ser determinada por todos los medios de prueba, incluida la confesión, siempre que ella esté acorde con los datos que comprueben el hecho punible (artículo 111).

En otras palabras, es necesario que "el cuerpo del delito (hecho punible) esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél" (artículo 481 N° 4).

[330] Mittermaier, C. J. A. *Colección Clásicos del Derecho. La confesión del acusado* (1834). Pág. 9. Leyer. Colombia. 2005.

Por su parte, en el proceso penal, no se regula específicamente la divisibilidad y retractación de la confesión. Sin embargo, no cabe duda que el imputado puede retractarse de la confesión y rendir en el juicio oral todas las pruebas que estime pertinentes para destruir su mérito probatorio y acreditar los motivos que la indujeron a retractarse. De acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba, será el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica quien determinará el valor probatorio de la confesión prestada, la que tendrá un carácter extrajudicial y de las pruebas rendidas para desvirtuar su mérito.[331]

Respecto de la divisibilidad, ella no se regula en el nuevo proceso penal. Sin embargo, no cabe duda que ello podrá ser efectuado por el tribunal de conformidad con las reglas de la sana crítica.[332]

En cuanto a la oportunidad y al valor probatorio de la confesión en el juicio oral, se nos ha señalado que *"si bien la mayoría del tribunal estimó que el acusado podía prestar declaración en cualquier parte del juicio, en este caso, al finalizar la etapa de prueba, al normal manto de duda que puede recaer sobre la veracidad de sus expresiones, en la medida que, por una parte, es el principal interesado en que no prospere la imputación fiscal, mientras que por otra no está obligado a decir la verdad en el juicio, la oportunidad en que declaró ahonda la falta de persuasión que tienen sus expresiones, desde que impide efectuar una verdadera comparación con la prueba rendida en juicio, en la medida que el acusado estuvo presente durante todo su desarrollo, enterándose así de lo dicho y observado de lo que sigue que al declarar estuvo en condiciones de ajustar sus dichos a lo producido hasta entonces. Precisamente para evitar este defecto de la ley, incluso tratándose de terceros al juicio como testigos y peritos, impide que, antes de declarar, puedan comunicarse entre sí, ver, oír, ser informado de lo que ocurre en la audiencia, mientras que tratándose del acusado, el artículo 326 del Código, para armonizar lo anterior con su derecho*

---

[331] En el antiguo proceso penal, se establece en el artículo 483 que "si el reo retracta lo expuesto en su confesión, no será oído, a menos que compruebe inequívocamente que la prestó por error, apremio, o por no haberse encontrado en el libre ejercicio de su razón en el momento de practicarse la diligencia.

Si la prueba se rinde durante el sumario, se substanciará en pieza separada, y sin suspender los procedimientos de la causa principal. Si la prueba se rinde durante el sumario, se substanciará en pieza separada, y sin suspender los procedimientos de la causa principal".

[332] Bajo el Código de Procedimiento Penal se ha regulado esta materia expresamente en el artículo 482 . Al efecto, establece el mencionado precepto que "si el reo confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute, y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo al modo en que verosimilmente acaecerían los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del reo y la exactitud de su exposición".

De acuerdo con ello, en el proceso penal corresponde al juez la facultad de dividir o no la confesión, conforme a las atribuciones otorgadas por el legislador.

La doctrina ha señalado sobre la materia que "el juez domina todo el proceso y decide si debe o no dividirse la confesión, en el caso previsto en el precepto".

a estar presente en el curso del juicio, prevé su declaración antes de la etapa de la rendición de prueba".[333]

En el mismo sentido, se ha señalado *"en cuanto a la aptitud como medio de defensa de la declaración del acusado ha de ponderarse con un especial cuidado en atención a la posición procesal que ocupa el testimonio del acusado respecto de los testigos, así como la no exigibilidad de la obligación de decir la verdad y no verse conminado a las penas con las que se puede castigar el falso testimonio, de tal forma que las declaraciones de éstos con fines exculpatorios, al ser claramente interesadas o 'intrínsecamente sospechosas' –como las ha venido en llamar la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español– imponen un nivel de corroboración mínimo".*[334]

De lo dispuesto en los artículos 340, 93 letra g, 194 y 326, 331 y 338 que regulan el ejercicio del derecho a declarar del acusado o imputado, discurren sobre la base de que tal declaración, en caso de prestarse con las garantías previstas por el legislador, constituye un elemento dentro del proceso que los jueces deben ponderar para fundar su convicción, confiriéndole la fuerza probatoria que corresponda conforme a las reglas de la sana crítica.[335]

En cuanto a la confesión extrajudicial prestada ante la policía, se ha resuelto que no existe inconveniente en llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía, haciendo declarar a éstos como testigos de oídas, no vulnerándose el artículo 334 al no leerse registros policiales y sin que exista norma que impida que depongan ante el tribunal quienes han escuchado lícitamente una confesión del imputado prestada sin violar ninguna de las garantías previstas por el legislador para tal efecto[336]. En el mismo sentido, se ha señalado que no se ajusta a derecho la exclusión de un testigo –funcionario policial– por el solo hecho de que éste presenció lo que dijo el imputado ante el fiscal del caso, dado que no por ello se viola el derecho de aquél a guardar silencio en juicio. El artículo 91 del CPP no contempla razón alguna para dicha exclusión. De otra parte, impedir la prueba testifical en comento significaría cercenar al Tribunal en su facultad de apreciar la prueba rendida en el proceso.[337] Finalmente, nuestra Corte Suprema ha declarado que no se vulnera el artículo 334 del CPP si en el juicio oral no se incorporaron ni se dio lectura a registros o documentos, sino que lo que se hizo fue escuchar el testimonio de unos

---

[333] Tribunal de Juicio Oral Antofagasta. 12.12.2002. *Revista Procesal Penal* N° 6. Págs. 731 y Sgtes. Febrero 2003.

[334] Tribunal de Juicio Oral Antofagasta. 18.3.2003. *Revista Procesal Penal* N° 9. Págs. 105 y Sgtes. Mayo 2003.

[335] Véase TAVOLARI, Raúl. "Informe en derecho: Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de los dichos del imputado". Pág. 205. *Boletín del Ministerio Público* N° 19. Julio de 2004.

[336] Tribunal de Juicio Oral Viña del Mar. 12.6.2005. *Revista Procesal Penal* N° 36. Págs. 106 y Sgtes. Junio 2005.

[337] Corte Apelaciones de Santiago. 30.1.2006. *Revista Procesal Penal* N° 43. Págs. 63 y Sgtes. Enero 2006.

testigos de oídas, que dieron cuenta de lo que había declarado el imputado ante ellos, reconociendo voluntariamente su participación en el hecho punible. Asimismo, debe desestimarse la pretensión del recurrente referida a un supuesto quebrantamiento del derecho del imputado a guardar silencio. Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisible a la decisión posterior del inculpado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencia.[338]

Si la declaración del imputado se ha prestado fuera del proceso penal, como puede ser ante una autoridad administrativa sancionadora, tributaria, etc., se ha sostenido que no puede ser incorporada al proceso mediante la declaración de testigos y deben ser éstos excluidos como medio de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral, porque la confesión debe ser considerada en un sistema acusatorio como medio de defensa que sólo puede ser utilizado cuando el imputado haya renunciado voluntariamente a su derecho a guardar silencio, y porque en un proceso administrativo o tributario se toma la declaración al sujeto sin reconocerle sus derechos a no declarar, a no ser juramentado y a que su silencio no será usado como prueba de su culpabilidad.[339]

En todo caso debe tenerse siempre presente la regla legal probatoria contemplada en el inciso final del artículo 340, según la cual *no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración*. En este sentido se ha señalado que además de lo que exponga el imputado autoculpándose debe, por lo tanto, mediar cualquiera de las otras pruebas admitidas (otra confesión, uno o más testimonios, documentos, etc.) que brinden un sustento suficiente a lo dicho por quien reconoce haber incurrido en la comisión del delito, de modo tal de no arribar a una sentencia condenatoria exclusivamente determinada por la voluntad de quien pretenda establecerla.[340]

5. La prueba testimonial

5.1. Reglamentación

Este medio de prueba se encuentra reglamentado en los siguientes preceptos del Código Procesal Penal: artículo 23, Citación del Ministerio Público; artículo

[338] Corte Suprema. 27.4.2004. Rol 922-04. *Revista Procesal Penal* N° 22. Págs. 35 y Sgtes. Junio 2004. En el mismo sentido, Corte Suprema. 6.9.2005. Rol 3.118-05. *Revista Procesal Penal* N° 39. Págs. 73 y Sgtes. Septiembre 2005. Como posición contraria véase SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas de proceso penal. La confesión indirecta del imputado a partir de las declaraciones de testigos o peritos como causal de exclusión de prueba*. Pág. 407. Librotecnia. 2009. Santiago. Chile.

[339] LAURA T., Alejandro. "Acerca de la posibilidad de llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el imputado en un procedimiento administrativo". *Revista Procesal Penal* N° 31. Págs. 11 y Sgtes. Enero 2005. Corte Suprema. 14.7.2008. Rol 2.146-08. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. ISSN 0718-647. Julio 2008. Págs. 26 y Sgtes.

[340] PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Pág. 166. Abeledo Perrot. 2000. Buenos Aires. Argentina.

33, Citaciones judiciales; artículo 190, Testigos ante el Ministerio Público; artículo 191, Anticipación de prueba; artículo 192, Anticipación de prueba testimonial en el extranjero; artículo 259, Ofrecimiento prueba de testigos en la acusación; artículo 261, Ofrecimiento prueba de testigos por el querellante en la acusación particular o adhesión a la acusación; artículo 60, Ofrecimiento prueba de testigos por el actor civil en la demanda civil; artículo 263, Ofreeimiento de prueba de testigos por el acusado; artículo 280, Prueba anticipada durante la audiencia de preparación del juicio oral; artículos 298 a 313, Regulación de diversos aspectos de la prueba testimonial; artículo 329, Peritos y testigos en la audiencia del juicio oral; artículo 330, Métodos de interrogación; artículo 331, Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia de juicio oral; artículo 332, Lectura para apoyo de memoria en la audiencia de juicio oral; artículo 336, Prueba no solicitada oportunamente, y artículo 473 letra c), el que contempla como causal de revisión de la sentencia ejecutoriada la fundamentación de ella en testimonios que hubieren sido declarados falsos en una causa criminal.[341]

5.2. Concepto

El Testigo es la persona que, habiendo tenido presumiblemente conocimiento de un hecho que ha caído bajo la acción de sus sentidos, es llamado luego para prestar declaración en juicio acerca del mismo (Couture).

De las definiciones dadas por la doctrina y jurisprudencia, tres son los requisitos que deben concurrir para que una persona tenga dentro del proceso el carácter de testigo:

a) Debe tratarse de un tercero indiferente dentro del proceso, esto es, que no se pretende hacer efectiva en su persona la pretensión punitiva estatal.

b) Debe declarar sobre hechos precisos.

c) Debe conocer los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos o el dicho de otro.

Nos referiremos separadamente a cada uno de ellos.

a) Debe tratarse de un tercero indiferente dentro del proceso

El propio origen etimológico de la palabra nos demuestra este elemento esencial para que nos encontremos en presencia de un testigo. "El clásico *testis* –*testis* procede etimológicamente de un arcaico *tristis,* que significa literalmente 'el que está como tercero', compuesto de *tri-* 'tres' y *sto, stare* 'estar, estar de pie'. En su origen pues, el testigo era una persona que intervenía en el juicio además de las dos partes" (Couture).

[341] En el Código de Procedimiento Penal, los artículos 189 a 201, ubicados dentro del Sumario Criminal, se encargan de regular las obligaciones de los testigos y la forma de prestar declaraciones; los artículos 458 a 497, ubicados dentro del Plenario, regulan las inhabilidades de los testigos, la ratificación de los que hubieren declarado en el sumario y su valor probatorio; y finalmente los artículos 492 a 497 se refieren a las tachas de los testigos.

En consecuencia, no podrán ser testigos dentro de un proceso todos aquellos que tuvieren el carácter de partes, ya sea en forma originaria o derivada. En el proceso penal, debemos estimar como parte para estos efectos únicamente al imputado, porque es sólo respecto de quien se está requiriendo que se haga efectiva la pretensión punitiva, la que no le pertenece como sujeto activo a ninguna persona en particular, sino que al Estado por tratarse de un interés público.

b) Debe declarar sobre hechos precisos

En primer lugar, debemos dejar constancia que los testigos siempre deberán declarar acerca de situaciones de carácter fáctico, no pudiendo rendirse prueba testimonial sobre cuestiones de derecho.

En segundo lugar, es menester que el testigo declare sobre hechos ciertos, precisos y determinados, no pudiendo éste proceder a emitir en sus declaraciones opiniones o apreciaciones, puesto que ellas corresponderán efectuarlas al tribunal o a los peritos mediante el informe que se les recabe específicamente en atención a sus conocimientos técnicos o científicos.

En el proceso penal, es posible sostener que los testigos pueden declarar no sólo sobre lo que hubiere presenciado a través de sus sentidos, sino que también acerca de lo que él dedujere de acuerdo con sus conocimientos. Al efecto, el inciso 2° del artículo 309 dispone que "todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas".

c) Debe conocer los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos o el dicho de otros

La característica básica de la prueba testimonial es la percepción sensorial del hecho sobre el cual se depone.

La forma de poder demostrar al tribunal el testigo de esta percepción sensorial es dando razón de sus dichos.

Dar razón de un dicho representa señalar con precisión la causa, antecedente o motivo que sustenta la declaración sobre los hechos aseverados y esta razón es de carácter sustancial, supuesta la naturaleza de la probanza de que se trata.[342]

En consecuencia, al deponer el testigo deberá señalar al tribunal la forma como pudo llegar a tomar conocimiento de los hechos acerca de los cuales declara, los cuales sólo podrán consistir en haber tomado personalmente conocimiento de ellos por haberlos presenciado o por el dicho de terceros o de las partes.

[342] Corte de Apelaciones de Punta Arenas. 19.6.1963. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 60. Sec. 2ª. Pág. 57.

5.3. Características de la prueba testimonial

1. Es una prueba circunstancial, no preconstituida. Se produce en el curso del pleito.

2. Respecto del problema de la mediación e inmediación.

Desde el punto de vista legal, en la prueba testimonial prima en el nuevo proceso el principio de la inmediación, dado que la prueba testimonial siempre debe ser rendida en presencia del tribunal de garantía (prueba anticipada) o ante el tribunal de juicio oral para que tenga valor probatorio. Al efecto, el artículo 35 del CPP establece expresamente la nulidad de las actuaciones delegadas y el artículo 284 contempla la presencia ininterrumpida de los jueces del tribunal oral durante la audiencia.

3. Es un medio de prueba indirecto, en el sentido que el Juez no tiene acceso al hecho que se trata de probar. El testigo declara sobre hechos ya acaecidos.

4. Su valor probatorio lo determina el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

5. Es una prueba eminentemente formalista, puesto que se encuentra reglamentada al máximo por el legislador.

5.4. Clasificación de los testigos

Se puede hacer desde tres puntos de vista:

A. SEGÚN LA FORMA EN QUE LOS TESTIGOS CONOCIERON LOS HECHOS

a) Testigos Presenciales son aquellos que han estado física y mentalmente presentes en el momento en que acaecieron los hechos.

b) Testigos de Oídas son aquellos que conocieron los hechos a través del dicho de una de las partes o de terceros.

c) Testigos Instrumentales son aquellos que intervienen en la suscripción de un documento, acreditando la veracidad de la firma de los otorgantes de acuerdo a lo prescrito por la ley.

B. SEGÚN LAS CALIDADES O CIRCUNSTANCIAS SOBRE LOS HECHOS QUE DECLAREN LOS TESTIGOS

a) Testigos Contestes son aquellos que están de acuerdo en el hecho y sus circunstancias esenciales.

b) Testigos Singulares son aquellos que están de acuerdo sobre el hecho, pero difieren sobre las circunstancias esenciales que lo rodearon.

La Singularidad puede ser:

Diversificativa: Los testigos declaran sobre hechos diversos, que no son excluyentes ni diversificativos entre sí.

Acumulativa: Los testigos declaran sobre hechos sucesivos que se complementan.

Adhesitiva u Obstativa: Lo declarado por un testigo está en contraposición a lo señalado por otro.

C. SEGÚN SU CAPACIDAD PARA DECLARAR EN JUICIO

a) Testigos Hábiles son aquellos que reúnen todos los requisitos legales para que su declaración produzca efecto por no encontrarse afectos por una inhabilidad establecida por la ley. Constituyen la regla general, puesto que toda persona es capaz para declarar en juicio mientras la ley no establezca su inhabilidad (artículo 356).

b) Testigos Inhábiles son aquellos que no reúnen los requisitos para que su declaración tenga valor en juicio por encontrarse afectos por una inhabilidad legal y haberse ésta declarado por el tribunal.

En el nuevo proceso penal se establece expresamente que no existirán testigos inhábiles, sin perjuicio que los intervinientes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad (artículo 309), debiendo determinarse el valor probatorio conforme a la sana crítica.

5.5. Limitaciones a la prueba testimonial

La prueba testimonial siempre ha sido mirada con desconfianza por parte de nuestro legislador, pero no se contempla en materia penal ninguna limitación para poder ser utilizada ella como acontece en el proceso civil, el preverse que no es procedente la prueba de testigos para probar un acto o contrato que haya debido consignarse por escrito (artículo 1708 del Código Civil), no es admisible la prueba de testigos para acreditar la adición o alteración de lo expresado en un acto o contrato (inciso 2° del artículo 1709 del Código Civil).

5.6. La iniciativa en la prueba testimonial

En el proceso penal, debemos distinguir tres etapas o fases: la investigación, la audiencia de preparación del juicio oral y el juicio oral.

A. En la etapa de investigación, le corresponde al fiscal la dirección de la investigación y es por ello que "cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia.

Con todo, el fiscal no podrá recabar directamente la comparecencia personal de las personas o autoridades a que se refiere el artículo 300. Si la declaración de dichas personas o autoridades fuere necesaria, procederá siempre previa autorización del juez de garantía y conforme lo establece el artículo 301 (artículo 23 CPP).

Durante la etapa de investigación, los testigos citados por el fiscal estarán obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo, salvo aquellos exceptuados únicamente de comparecer a que se refiere el artículo 300. El fiscal no podrá exigir del testigo el juramento o promesa previstos en el artículo 306.

Si el testigo citado no compareciere sin justa causa o, compareciendo, se negare injustificadamente a declarar, se le impondrán, respectivamente, las medidas de apremio previstas en el inciso primero y las sanciones contempladas en el inciso segundo del artículo 299.

Tratándose de testigos que fueren empleados públicos o de una empresa del Estado, el organismo público o la empresa respectiva adoptará las medidas correspondientes, las que serán de su cargo si irrogaren gastos, para facilitar la comparecencia del testigo, sea que se encontrare en el país o en el extranjero (artículo 190).

La policía puede, sin recibir instrucciones previas de los fiscales identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de delitos flagrantes y de personas que se encuentren en el sitio del suceso (artículo 83 letra d).

Los otros intervinientes (artículo 12) pueden solicitar al Fiscal que cite a declarar a determinados testigos que puedan ser de interés para el cumplimiento de los objetivos del proceso penal, contemplándose expresa y específicamente esta facultad respecto del imputado en el artículo 93 letra c) y del querellante en el artículo 113 letra e) y de todos los intervinientes en el artículo 183.

En caso que el Ministerio Público no diere cumplimiento a esas diligencias solicitadas por esos intervinientes se estaría infringiendo expresamente el principio de objetividad con el cual deben esos funcionarios dirigir la investigación, consagrado en los artículos 77 del CPP y 3° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y cabría reclamar de la negativa o negligencia del Fiscal adjunto en realizar esas diligencias ante el Fiscal Regional conforme a lo previsto en los artículos 183 del CPP y 32 letra b) y 33 de la LOC Min. Público.

Además cabe tener presente que conforme a lo previsto en el artículo 257 del CPP, que "*hasta la realización de la audiencia a que se refiere el artículo 249 y durante la misma, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado.*

Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248".

Al juez de garantía no le corresponde decretar de oficio que comparezcan a declarar ante él determinados testigos, sino tan sólo autorizar la medida de apremio para comparecencia del testigo ante el Fiscal a declarar en caso de incomparecencia (artículo 23 inciso 1°); autorizar a que se tome declaraciones a las personas que se encuentran exceptuadas de comparecer, las que serán interrogadas en el lugar en que ejercen sus funciones o en su domicilio, con excepción de los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes en la materia, que lo harán por oficio, en forma voluntaria, debiendo requerirse su declaración a través de un oficio que se remitirá por el ministerio respectivo (artículo 23 inciso 2°); formular preguntas al testigo en la audiencia de prueba anticipada y que ya hubiere declarado conforme al interrogatorio efectuado por las partes, para que aclare sus dichos (artículos 329 inciso penúltimo en relación con el artículo 71 del CPP) y ordenar al fiscal a petición de alguno de los intervinientes, formulada antes o durante la audiencia en la cual se comunicará luego de cerrada la investigación la decisión de sobreseer o no perseverar en la investigación, la realización de diligencias solicitadas anteriormente al fiscal por algunos de los intervinientes y que no se hubieren llevado a cabo por los motivos y en la forma prevista en el artículo 257 del CPP.

En todo caso, por regla general, los testigos que hubieren prestado declaración ante el Fiscal no se encuentran exonerados de la obligación de comparecer a declarar en el juicio oral y los testimonios que hubieren prestado ante el Fiscal no tendrán valor probatorio dentro del juicio oral conforme a lo previsto en los artículos 296 y 340 inciso 2° del CPP.

Excepcionalmente, las declaraciones de testigos prestadas ante el fiscal tienen valor probatorio en el juicio oral, siempre que durante el desarrollo de éste se hubiere dado lectura a los registros en que constan los testimonios, en los siguientes casos:

a) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal; y

b) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado (artículo 331 letras b) y e).

Por otra parte, es posible que se preste declaración ante el juez de garantía antes del juicio oral, como una verdadera medida prejudicial probatoria, en los siguientes casos:

1°. Durante el curso de la investigación respecto de testigos que se encuentran en Chile.

Al concluir la declaración del testigo, el fiscal le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacérsele la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a

larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral (artículo 191 CPP).

2°. Durante el curso de la investigación respecto de testigos que se encuentran en el extranjero.

Si el testigo se encontrare en el extranjero y no pudiere aplicarse lo previsto en el inciso final del artículo 190, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que también se reciba su declaración anticipadamente.

Para ese efecto, se recibirá la declaración del testigo, según resultare más conveniente y expedito, ante un cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que se hallare.

La petición respectiva se hará llegar, por conducto de la Corte de Apelaciones correspondiente, al Ministerio de Relaciones Exteriores para su diligenciamiento, y en ella se individualizarán los intervinientes a quienes deberá citarse para que concurran a la audiencia en que se recibirá la declaración, en la cual podrán ejercer todas las facultades que les corresponderían si se tratase de una declaración prestada durante la audiencia del juicio oral. Si se autorizare la práctica de esta diligencia en el extranjero y ella no tuviere lugar, el Ministerio Público deberá pagar a los demás intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia los gastos en que hubieren incurrido, sin perjuicio de lo que se resolviere en cuanto a costas (artículo 192).

3°. Con motivo de una solicitud formulada durante la audiencia de preparación de juicio oral.

Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada, conforme a lo previsto en el artículo 191.

Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 3° del Título VIII del Libro Primero, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191 (artículo 280).

En todo caso, por regla general, los testigos que hubieren prestado declaración ante el juez de garantía no se encuentran exonerados de la obligación de comparecer a declarar en el juicio oral y los testimonios anteriores que hubieren prestado no tendrán valor probatorio dentro del juicio oral, conforme a lo previsto en los artículos 296, 334 inciso 1° y 340 inciso 2° del CPP.

Excepcionalmente, las declaraciones de testigos prestadas ante el fiscal tienen valor probatorio en el juicio oral, siempre que durante el desarrollo de éste se hubiere dado lectura a los registros en que constan los testimonios, en los siguientes casos:

a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el

juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 280;

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

En todo caso, los registros en que consten las declaraciones prestadas ante el fiscal o juez de garantía como prueba anticipada pueden ser utilizadas durante el juicio oral, pero sólo después que se hubieren prestados las declaraciones por el testigo.

Al efecto, conforme a lo previsto en el artículo 332 del CPP, sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

B. En la audiencia de preparación del juicio oral, que se realiza ante el juez de garantía y en la cual deben participar el Fiscal, quien formula la acusación, el querellante que se hubiere adherido o formulado acusación particular, el actor civil que hubiere deducido demanda civil y el acusado con su defensor; se determinan cuáles son los documentos que pueden acompañarse como prueba durante el juicio oral (artículos 276 y 277 letra e).

El ofrecimiento de rendición de prueba testimonial para el juicio oral debe efectuarse oportunamente y en forma previa a la audiencia del juicio oral por el Fiscal en su acusación (artículo 259 letra f), por el querellante en su adhesión a la acusación o adhesión a la acusación (artículo 261 letra c), por el actor civil en su demanda civil (artículo 60). El acusado debe ofrecer su prueba testimonial hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de la audiencia, en forma oral (artículo 263 letra c). Además, en la audiencia de preparación de juicio oral se puede solicitar la rendición de prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el inciso 1° del artículo 280.

Si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratare de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.

El referido artículo 191 bis dispone la anticipación de prueba en el caso de intervención de menores de edad, en cuyo caso el fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocio-

nales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral.

La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad.

En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

C. El juicio oral es la oportunidad para que se debe rendir la prueba testimonial, mediante el interrogatorio que deben efectuar las partes (artículos 329 y 330).

Excepcionalmente, el tribunal de juicio oral puede autorizar la rendición de una prueba testimonial no ofrecida oportunamente en conformidad a lo previsto en el artículo 336 del CPP.

En el juicio oral, no se contempla que el tribunal de juicio oral pueda decretar medidas para mejor resolver en relación con ningún medio de prueba, contemplándose su participación sólo en cuanto a poder dirigir preguntas a los testigos que hubieren declarado, para que aclaren sus dichos, conforme al interrogatorio efectuado anteriormente por las partes.[343]

5.7. Oportunidad procesal para hacer valer la prueba de testigos

En el proceso penal, el Fiscal puede citar a declarar a testigos ante él, ya sea actuando de oficio o a requerimiento de los intervinientes, durante todo el curso de la investigación, previa autorización del juez de garantía si lo hubiere de hacer compulsivamente por falta de comparecencia o se tratare de tomar declaración a las personas que se encuentran exentas de la obligación de comparecer. Dicha declaración puede prestarse no sólo ante el Fiscal, sino también ante el abogado asistente de éste. Además, el Fiscal puede solicitar al juez de garantía que dichos testigos presten prueba anticipada ante él si concurren los requisitos que contempla la ley para tal efecto. Finalmente, el Fiscal debe reabrir la investigación y tomar declaración a los testigos que se hubiere requerido por algún interviniente y no lo hubiere practicado durante ella, si el juez de garantía se lo ordenare conforme a lo previsto en el artículo 257.

Durante la audiencia de preparación del juicio oral, se determinarán los testigos que deben ser presentados a declarar al juicio oral, según el ofrecimiento que debe haberse efectuado por el Ministerio Público en el escrito de acusación, por el que-

[343] Dentro del antiguo proceso penal el juez puede durante todo el curso del sumario citar a declarar a las personas que estime pertinentes para acreditar los objetivos de éste, conforme a lo previsto en el artículo 189 de dicho Código. Además, en la etapa de Plenario Criminal puede citar a declarar a cualquier testigo, sin limitación alguna, como medida para mejor resolver, de acuerdo a lo previsto en el artículo 499. Además, no podemos olvidar que cualquier juez que tenga competencia en materia penal podría interrogar a los testigos como primeras diligencias del sumario de conformidad a lo previsto en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal.

rellante en su escrito de adhesión a la acusación o acusación particular, por el actor civil en su demanda y por el acusado en forma escrita hasta antes de la audiencia de preparación de juicio oral u oralmente durante ella. Si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratare de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.

El juicio oral es la oportunidad para que se rinda la prueba testimonial ofrecida con anterioridad, en la forma y oportunidad prevista por la ley. Excepcionalmente, el tribunal de juicio oral puede autorizar la rendición de una prueba testimonial no ofrecida oportunamente en conformidad a lo previsto en el artículo 336 del CPP. Nuestra Excma. Corte Suprema ha declarado que al no ser una exigencia en el Código Procesal Penal que los testigos declaren durante la investigación, no se afectan ni las garantías ni las facultades de la Defensa al admitirse como prueba su declaración en juicio oral.[344]

En el juicio oral, no se contempla que el tribunal de juicio oral pueda decretar medidas para mejor resolver en relación con ningún medio de prueba.

En cuanto al orden en que deben rendirse las pruebas en el juicio oral, se prevé por el artículo 328 que "cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra".

Respecto del recurso de nulidad, se contempla que "en el recurso de nulidad podrá producirse prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, siempre que se hubiere ofrecido en el escrito de interposición del recurso".

Esta prueba se recibirá en la audiencia conforme con las reglas que rigen su recepción en el juicio oral. En caso alguno la circunstancia de que no pudiere rendirse la prueba dará lugar a la suspensión de la audiencia.

5.8. Obligaciones de los testigos

Los testigos tienen tres obligaciones trascendentales que nacen de la necesidad de la colaboración con la justicia y que tienen todos los miembros de una comunidad organizada: Comparecer ante el tribunal, prestar declaración y decir la verdad.

---

[344] Corte Suprema. 14.4.2005. Rol 437-05. *Boletín Ministerio Público* N° 23. Junio 2005. Págs. 181 y Sgtes. En el mismo sentido opina TAVOLARI O., Raúl. "Informe en derecho. Validez de la prueba de testigos que no han declarado durante la investigación". Pág. 181. *Boletín del Ministerio Público* N° 21. Diciembre 2004. Págs. 181 y Sgtes. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Pág. 111. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

A. OBLIGACIÓN DE COMPARECER ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La obligación de comparecer no sólo rige respecto de los jueces de garantía en el caso de prueba anticipada y ante el tribunal oral, sino que también para ante el Fiscal durante el curso de la investigación.

Durante el curso de la investigación, el Fiscal se encuentra facultado para citar a su presencia declarar como testigos a todas las personas que no se encuentran exentas de la obligación de comparecer, y en caso que no lo hagan, podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducir a dicha persona compulsivamente ante él (artículos 23 y 190 CPP). Actualmente se reconoce expresamente la obligación de comparecer y declarar no sólo ante el Fiscal, sino también ante el abogado asistente del fiscal conforme el inciso primero del artículo 190.

Dicha obligación de comparecer no rige respecto de los testigos que se encuentran en el extranjero, salvo el caso previsto en el inciso final del artículo 190, puesto que a ellos debe tomarse su declaración por el fiscal en la forma prevista en el artículo 192.

Tratándose de los testigos que residen fuera del territorio en que el Fiscal realiza la investigación, éste deberá tomarles declaración en su residencia, a menos que estuviere dispuesto a pagarles anticipadamente los gastos de traslado y habitación, conforme a lo previsto en el artículo 312.

La obligación de comparecer ante un tribunal que ejerza competencia en materia penal, sea que se efectúe por el juez de garantía para que se preste una prueba anticipada o ante el tribunal de juicio oral, se encuentra establecida en el inciso 1° del artículo 298, según el cual "toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial".

La citación judicial del testigo se debe verificar en la forma prevista en los artículos 33, 281 inciso final y 299.

De acuerdo con dichos preceptos, cuando fuere necesario citar a un testigo se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia, en la cual se le debe hacer saber el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo, se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible.

Dicha citación que hace incurrir al testigo en una obligación ineludible, le confiere también un derecho preferente frente a otras obligaciones. Al efecto, dispone el artículo 313 del CPP que "la comparecencia del testigo a la audiencia a la que debiere concurrir, constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales,

educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.

Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa, el tribunal podrá:

i) Disponer su arresto hasta la realización de la actuación, por un máximo de veinticuatro horas;

ii) Imponerles el pago de una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales, y

iii) Imponerles el pago de las costas provocadas por su inasistencia.

Respecto de la obligación de comparecer debemos tener presente:

a) Los testigos que se encuentren en el extranjero no tienen la obligación de comparecer, puesto que a ellos se les debe tomar la prueba anticipada conforme a lo previsto en los artículos 192 y 280 del CPP, la cual podrá tener valor en el juicio oral conforme a lo establecido en la letra a) del artículo 331.

b) Los testigos que residan dentro del país, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio no tienen la obligación de comparecer, a menos que se le pague anticipadamente los gastos de traslado y habitación, conforme a lo establecido en el inciso 1° del artículo 312.

c) Excepcionalmente, no se encuentran obligadas a comparecer ante el tribunal para prestar declaraciones como testigos las personas indicadas en el artículo 300 del CPP y que son:

a) El Presidente de la República y los ex Presidentes; los Ministros de Estado; los Senadores y Diputados; los miembros de la Corte Suprema; los integrantes del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República y el Fiscal Nacional;

b) Los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile;

c) Los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, y

d) Los que, por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal, se hallaren en imposibilidad de hacerlo.

Respecto de las personas enumeradas en las letras a), b) y d), debemos tener presente lo siguiente:

i) Ellas pueden renunciar a su derecho a no comparecer, y en tal caso deberán concurrir y prestar declaración conforme a las reglas generales.

ii) Se entenderá que dichas personas no tienen el derecho a no comparecer y deberán prestar declaración ante el tribunal oral conforme a las reglas generales, cuando habiendo efectuado el llamamiento un tribunal de juicio oral en lo penal, la unanimidad de los miembros de la sala, por razones fundadas, estimare necesaria su concurrencia ante el tribunal.

iii) Dichas personas serán interrogadas en el lugar en que ejercieren sus funciones o en su domicilio. A tal efecto, propondrán oportunamente la fecha y el lugar correspondientes. Si así no lo hicieren, los fijará el tribunal. En caso de inasistencia del testigo, se aplicarán las normas generales, esto es, deberá concurrir a declarar ante el tribunal.

iv) A la audiencia ante el tribunal tendrán siempre derecho a asistir los intervinientes. El tribunal podrá calificar las preguntas que se dirigieren al testigo, teniendo en cuenta su pertinencia con los hechos y la investidura o estado del deponente.

v) Respecto de estas personas, si bien es cierto que por regla general no están obligadas a comparecer, ellas sí tienen las otras dos obligaciones de los testigos, las que cumplirán prestando su declaración conforme a las reglas generales en el lugar hábil que indiquen y deberán expresar que lo hacen en virtud del juramento que la ley exige a los testigos.

vi) En el proceso penal no se contempla que los miembros y fiscales de las Cortes y los jueces letrados que ejerzan sus funciones en el asiento de éstas no declararán sin previo permiso de la Corte Suprema, tratándose de algún miembro o fiscal de este tribunal, o de la respectiva Corte de Apelaciones en los demás casos y que este permiso se concederá siempre que no parezca al tribunal que sólo se trata de establecer, respecto del juez o fiscal presentado como testigo, una causa de recusación.

Respecto de las personas comprendidas en la letra c), esto es, los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes, debemos tener presente las siguientes reglas especiales:

i) Ellas declaran por medio de informes escritos, que deben dirigir al tribunal dando respuestas a las preguntas que se le hubieren formulado;

ii) Para ellas es voluntario consentir en prestar la declaración;

iii) Para que presten declaración, se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del ministerio respectivo, en el cual deberían contenerse las preguntas que todos los intervinientes del proceso estimen pertinente formularles.[345]

B. La obligación de declarar en juicio

En el proceso penal se encuentran exentas de la obligación de declarar, sin perjuicio de poseer la obligación de comparecer ante el tribunal para hacer valer esta excusa, las personas que se indican y por los motivos siguientes:

a) Parentesco (artículo 302)

No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.

Si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado

[345] En el antiguo procedimiento penal, las personas que no están obligadas a comparecer aparecen mencionadas en el artículo 199. Además, es menester tener presente que en materia penal "el testigo queda en cierto modo, ligado al proceso: el juez hace saber al testigo que tiene la obligación de comparecer cuantas veces se le necesite, poner en su conocimiento cualquier cambio de domicilio o de morada que efectúe dentro de los cuatro meses siguientes a su declaración en su caso. De estas prevenciones se debe dejar constancia al final de la declaración y al margen de la misma se anotarán los cambios de domicilio o de morada del testigo (artículo 218 Código de Procedimiento Penal)".

al efecto. Si el representante interviniere en el procedimiento, se designará un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo. La sola circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configurará necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso.

Las personas comprendidas en este artículo deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración. El testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración. Tratándose de las personas mencionadas en el inciso segundo de este artículo, la declaración se llevará siempre a cabo en presencia del representante legal o curador.

b) Secreto profesional (artículo 303)

Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.

Los testigos comprendidos en las letra a y b precedentes deberán comparecer a la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surgiere la facultad de abstenerse que invocaren. El tribunal podrá considerar como suficiente el juramento o promesa que los mencionados testigos prestaren acerca de la veracidad del hecho fundante de la facultad invocada.

Dichos testigos estarán obligados a declarar respecto de los demás imputados con quienes no estuvieren vinculados de alguna de las maneras allí descritas, a menos que su declaración pudiere comprometer a aquéllos con quienes existiere dicha relación (artículo 304 CPP).

c) No autoincriminación (artículo 305)

Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito.

El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero.

En el actual proceso penal, se contempla respecto del testigo que compareciendo se niega a declarar, su sanción con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del CPC, esto es, reclusión menor en su grado medio a máximo. Creemos que en forma previa al arresto que procederá efectuar respecto de ese testigo en la misma audiencia al encontrarnos ante un delito flagrante, debe ser previamente apremiado por el tribunal en tal sentido (artículo 299 inciso 2°).[346]

[346] En el antiguo proceso penal, las personas que no están obligadas a declarar se contemplan en el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal, contemplándose las medidas de apercibimiento en el artículo 189 del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad penal que puede afectar al testigo rebelde, la que se encuentra tipificada como falta en el artículo 494 N° 12 del Código Penal.

C. OBLIGACIÓN DE DECIR LA VERDAD

Como una garantía de la veracidad del testimonio, se suele exigir el requisito del juramento previo; es un requisito formal para el debido cumplimiento del aspecto sustancial o de fondo de declarar todo lo que se sabe y nada más que esto, tal como se cree que es verdad.

En el proceso penal se señala que todo testigo, antes de comenzar su declaración, prestará juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos.

El tribunal, si lo estimare necesario, instruirá al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

Excepcionalmente, no se tomará juramento o promesa a los testigos menores de dieciocho años, ni a aquellos de quienes el tribunal sospechare que pudieren haber tomado parte en los hechos investigados. Se hará constar en el registro la omisión del juramento o promesa y las causas de ello.

"En el derecho contemporáneo se rechaza la inclusión de fórmulas religiosas en el juramento de los testigos, porque debe respetarse la libertad de conciencia y, además, la finalidad correctiva no se modifica".[347]

Si el testigo falta a la verdad en sus declaraciones, contraviniendo el juramento prestado, comete el delito de falso testimonio en causa civil, tipificado en el artículo 209 del Código Penal. Al delito de falso testimonio en el proceso penal se refieren los artículos 206 a 208 del Código Penal.[348]

No obstante es menester distinguir la declaración falsa de la equivocada. Ésta no implica perjurio, cualquiera sea su causa e inclusive cuando signifique una crasa ignorancia o descuido inexcusable. La buena fe del testigo debe presumirse, pero no la verdad de su declaración, es decir, la correspondencia de lo narrado con la realidad, porque lo último depende de las circunstancias objetivas y subjetivas. Mucho menos puede ser sancionable el error en los juicios, apreciaciones o deducciones del testigo.[349]

En cuanto a la preparación de los testigos para que depongan en el juicio oral, debemos tener presente que ella es una actividad necesaria y que ha sido declarada como no atentatoria en contra de la legalidad por parte de la Corte Suprema, en la medida en que ella tenga como límite el no hacer que el testigo incorpore a su declaración información que no haya sido percibida por él. Al efecto, se indica que *"en relación con la presunta ilegalidad de la actividad desplegada por el Ministerio Público al aprestar a los testigos que luego presentó durante el juicio oral, esta Corte estima*

---

[347] DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. cit. Tomo II. Pág. 61.

[348] Véase Oficio N° 344 de 5.8.2004. Fiscal Nacional. Establece orientaciones con respecto al delito de falso testimonio. *Boletín del Ministerio Público* N° 20. Septiembre 2004. Págs. 216 y Sgtes.

[349] DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. cit. Tomo II. Pág. 55.

que el testimonio ampliamente concebido como declaración de testigos, perito o de la propia víctima, constituye uno de los más importantes medios de convicción en la lógica del actual sistema de persecución criminal. Es por ello que están en la razón los sentenciadores cuando dejan sentado que parece 'oportuno y necesario orientar a los testigos para que tengan noticia o información mínima del escenario en el cual deberán prestar sus declaraciones, siendo en consecuencia, una diligencia tolerada para la eficacia de la presentación del caso de cualquier interviniente y de la recepción de la prueba por parte del Tribunal'. Esta preparación profesional, legal y necesaria, deviene en ilícita, cuando se entregan argumentos, datos o detalles de los hechos que no hayan sido previamente manifestados por el propio testigo, incorporando de esta manera información no percibida por él a su declaración".[350]

5.9. Derechos de los testigos

Los dos derechos generales que poseen los testigos, respecto de cualquier procedimiento, son:

A. QUE SE LE CITE PARA PRESTAR DECLARACIÓN PARA UN DÍA PRECISO Y DETERMINADO

En el proceso penal, el artículo 33 del CPP señala que "se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Tratándose de los testigos citados al juicio oral, la determinación del día en el cual deben concurrir fluye de lo dispuesto en el artículo 281.[351]

B. QUE SE LE PAGUEN LOS GASTOS QUE LE IMPORTA SU COMPARECENCIA POR LA PERSONA QUE LO PRESENTA

En el proceso penal, se regula este derecho de los testigos en el artículo 312, de acuerdo con el cual "el testigo que careciere de medios suficientes o viviere solamente de su remuneración, tendrá derecho a que la persona que lo presentare le indemnice la pérdida que le ocasionare su comparecencia para prestar declaración y le pague, anticipadamente, los gastos de traslado y habitación, si procediere.

Se entenderá renunciado este derecho si no se ejerciere en el plazo de veinte días, contado desde la fecha en que se prestare la declaración.

En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal a simple requerimiento del interesado, sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

Tratándose de testigos presentados por el Ministerio Público, o por intervinientes que gozaren de privilegio de pobreza, la indemnización será pagada anticipadamente

---

[350] Corte Suprema. 30.11.2005. Revista Procesal Penal N° 41. LexisNexis. Págs. 39 y Sgtes. Noviembre 2005, o *Boletín del Ministerio Público* N° 25. Diciembre de 2005. Págs. 181 y Sgtes.

[351] En el antiguo proceso penal, se refieren a la citación de los testigos los artículos 193 a 200 del Código de Procedimiento Penal.

por el Fisco y con este fin, tales intervinientes deberán expresar en sus escritos de acusación o contestación el nombre de los testigos a quien debiere efectuarse el pago y el monto aproximado que el mismo alcanzará.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de la resolución que recayere acerca de las costas de la causa".[352]

Además, es menester tener presente que en el proceso penal el testigo posee, además, otros dos importantes derechos:

C. QUE SE RESERVE SU IDENTIDAD

Durante la investigación, el Fiscal puede decretar la reserva respecto de las declaraciones de un testigo hasta por el plazo de 40 días conforme a lo previsto en el artículo 182.

Respecto de la prueba anticipada que se rinda ante el juez de garantía (artículos 192 y 280) como ante el tribunal oral, se contempla sólo la facultad de omitir la indicación del domicilio, quedando en tal caso prohibida la divulgación de su identidad.

Al efecto, dispone el artículo 307 en sus incisos 2° y 3° que: "Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

Si el testigo hiciere uso de dicho derecho, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeren a ella. Dicha prohibición es de carácter excepcional y no rige por ello de pleno derecho, por lo que el tribunal deberá decretarla expresamente. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcionare la información. En caso que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales".

Por otra parte, conforme a lo previsto en el artículo 289 del CPP, para cautelar en mejor forma al testigo, por razones de intimidad, honor o seguridad, podrá la parte que presenta al testigo, solicitar que se restrinja la publicidad de la audiencia en la que éste declare, mediante la adopción por parte del tribunal de alguna de las siguientes medidas:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia;

b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, y

[352] En materia penal, se refiere a este derecho de los testigos el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.[353]

D. PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS[354]

En el nuevo proceso penal, se establece como una de las funciones del Ministerio Público, la de proteger a los testigos (artículo 1°, 17 letra f, 44 LOMP).

Sobre la materia, dispone expresamente el artículo 308, que "el tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.

De igual forma, el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección".[355]

5.10. Capacidad para ser testigo

En el proceso penal no se contempla la existencia de inhabilidades, por lo que toda persona puede prestar declaración válidamente, sin perjuicio que se pondere el valor de su testimonio conforme a las reglas de la sana crítica para la formación de la convicción del tribunal, el que deberá ser fundamentado en la sentencia.

Al efecto, dispone el artículo 309 en su inciso 1° que "en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad".[356]

De acuerdo con ello, debemos hacer presente que las tachas en el nuevo proceso penal no tienen ninguna aplicación, dado que no se contemplan causales de inhabilidad

---

[353] En el antiguo proceso penal, el testigo puede requerir la reserva de su identidad respecto de terceros hasta el término del sumario criminal, prohibición que debe ser declarada por el tribunal a solicitud de cualquier testigo que se consigne en un parte policial o que se presente voluntariamente a Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones o al tribunal, conforme a lo previsto actualmente en el artículo 189, derecho que le fue reconocido a los testigos mediante la Ley N° 19.077.

[354] Véase ROJAS VALDEBENITO, Sonia-ROJAS AGUIRE, Luis-PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La protección de los testigos en la reforma procesal penal. La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal.* Págs. 133 y Sgtes. Editorial Fallos del Mes. 2003.

[355] Sobre esta materia, consultar PEÑAFIEL, Hernán. "La protección al testigo en el nuevo ordenamiento procesal penal, particularmente frente al crimen organizado". *Revista Procesal Penal* N° 6. Págs. 11 y Sgtes. Febrero 2003.

[356] En materia penal, en el antiguo procedimiento penal, todas las inhabilidades que pueden hacerse valer respecto de los testigos se contemplan en el artículo 460 de dicho Código, sin distinguirse entre inhabilidades absolutas y relativas.

de los testigos, sin perjuicio de poder atacarse el mérito probatorio de sus declaraciones por falta de imparcialidad o idoneidad, lo que deberán realizar normalmente en su alegato final del juicio oral (artículo 338). Sin perjuicio de ello, el tribunal siempre es libre para determinar fundadamente el valor probatorio de la declaración de un testigo que hubiere declarado en un juicio oral conforme a las reglas de la sana crítica.[357]

5.11. Forma de materializar la iniciativa de parte para rendir la prueba testimonial

5.11.1. Presentación de la lista de testigos y la minuta de puntos de prueba

Dentro del procedimiento civil, existe una doble carga para la parte que desea rendir prueba testimonial dentro del proceso:

1. Presentación de una lista de testigos, en la cual se contenga la individualización de las personas que van a declarar.

2. Señalar los puntos sobre los que van a declarar las personas individualizadas.

En el proceso penal, debemos distinguir tres etapas o fases: la investigación, la audiencia de preparación del juicio oral y el juicio oral.

a) En la etapa de investigación, le corresponde al fiscal la dirección de la investigación y es por ello que "cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia.

Con todo, el fiscal no podrá recabar directamente la comparecencia personal de las personas o autoridades a que se refiere el artículo 300. Si la declaración de dichas personas o autoridades fuere necesaria, procederá siempre previa autorización del juez de garantía y conforme lo establece el artículo 301" (artículo 23 CPP).

---

[357] En el antiguo proceso penal, para los efectos de determinar la oportunidad en que debe ser formulada la tacha debemos distinguir:

Respecto de los testigos que han depuesto en el Sumario Criminal, las tachas deben ser formuladas en los escritos de acusación y contestación a la acusación que conforman el período de discusión del Plenario Criminal;

Respecto de los testigos que las partes han incluido en la lista que deben acompañar en los escritos de acusación o contestación a la acusación en el Plenario Criminal, las tachas deben formularse dentro de los cinco primeros días del término probatorio.

Respecto de los testigos cuya inhabilidad hubiere llegado a conocimiento de la parte a quien perjudica la declaración del testigo después de transcurrido los cinco días precedentemente mencionados, la tacha podrá ser alegada hasta dos días antes de vencerse el término probatorio (artículo 493 del Código de Procedimiento Penal). El juez se pronunciará sobre las tachas en la sentencia definitiva (artículo 496 del mismo). En todo caso, debemos tener presente que si la sentencia definitiva acoge la tacha, ello no importa como en materia civil que a la declaración del testigo debe restársele por el juez todo valor probatorio, puesto que "la declaración del testigo estimado inhábil por el juez podrá tener el valor que indica el artículo 464 de este Código"(artículo 497 del Código citado), es decir, la declaración de un testigo inhábil puede llegar a tener el valor probatorio de una presunción judicial.

Corte Suprema. 29.11.1976. RDJ. T. 73. Sec. 4ª. Pág. 247.

Los otros intervinientes (artículo 12) pueden solicitar al Fiscal que cite a declarar a determinados testigos que puedan ser de interés para el cumplimiento de los objetivos del proceso penal, contemplándose expresa y específicamente esta facultad respecto del imputado en el artículo 93 letra c) y del querellante en el artículo 113 letra e) y de todos los intervinientes en el artículo 183.

En caso que el Ministerio Público no diere cumplimiento a esas diligencias solicitadas por esos intervinientes se estaría infringiendo expresamente el principio de objetividad con el cual deben esos funcionarios dirigir la investigación, consagrado en los artículos 77 del CPP y 3° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y cabría reclamar de la negativa o negligencia del Fiscal adjunto en realizar esas diligencias ante el Fiscal Regional conforme a lo previsto en los artículos 183 del CPP y 32 letra b) y 33 de la LOC Min. Público.

Además cabe tener presente que conforme a lo previsto en el artículo 257, que "hasta la realización de la audiencia a que se refiere el artículo 249 y durante la misma, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado.

Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248".

Por otra parte, es posible que se preste declaración ante el juez de garantía antes del juicio oral, como una verdadera medida prejudicial probatoria, en los siguientes casos:

1°. Durante el curso de la investigación respecto de testigos que se encuentran en Chile.

"Al concluir la declaración del testigo, el fiscal le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacérsele la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su

incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral" (artículo 191).

2°. Durante el curso de la investigación respecto de testigos que se encuentran en el extranjero.

Si el testigo se encontrare en el extranjero y no pudiere aplicarse lo previsto en el inciso final del artículo 190, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que también se reciba su declaración anticipadamente.

Para ese efecto, se recibirá la declaración del testigo, según resultare más conveniente y expedito, ante un cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que se hallare.

3°. Con motivo de una solicitud formulada durante la audiencia de preparación de juicio oral.

Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.

En todo caso, por regla general, los testigos que hubieren prestado declaración ante el juez de garantía no se encuentran exonerados de la obligación de comparecer a declarar en el juicio oral y los testimonios anteriores que hubieren prestado no tendrán valor probatorio dentro del juicio oral conforme a lo previsto en los artículos 296, 334 inciso 1° y 340 inciso 2°.

b) En la audiencia de preparación del juicio oral, que se realiza ante el juez de garantía y en la cual deben participar el Fiscal, quien formula la acusación, el querellante que se hubiere adherido o formulado acusación particular, el actor civil que hubiere deducido demanda civil y el acusado con su defensor; se determinan cuáles son los documentos que pueden acompañarse como prueba durante el juicio oral (artículos 276 y 277 letra e).

El ofrecimiento de rendición de prueba testimonial para el juicio oral debe efectuarse oportunamente y en forma previa a la audiencia del juicio oral por el Fiscal en su acusación (artículo 259 letra f), por el querellante en su adhesión a la acusación o adhesión a la acusación (artículo 261 letra c), por el actor civil en su demanda civil (artículo 60). El acusado debe ofrecer su prueba testimonial hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de la audiencia, en forma oral (artículo 263 letra c).

Si se ofreciere en dicha oportunidad la rendición de prueba testimonial, la solicitud deberá contener una lista de testigos, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones (artículo 259 inciso 2°).

c) El juicio oral es la oportunidad para que se deba rendir la prueba testimonial, mediante el interrogatorio que deben efectuar las partes (artículos 329 y 330).

Excepcionalmente, el tribunal de juicio oral puede autorizar la rendición de una prueba testimonial no ofrecida oportunamente en conformidad a lo previsto en el artículo 336 del CPP.[358]

5.11.2. Requisitos que debe cumplir la lista de testigos

En el proceso penal, los hechos y los testigos que en definitiva declararan en el juicio oral se determinan por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, luego de hacer escuchado a las partes, y haber podido ejercer las facultades de exclusión de prueba contempladas en el artículo 276 y considerar las convenciones probatorias que pudieren haber convenido las partes (artículo 275).[359]

Debemos hacer presente que, como regla general, en el juicio oral no podrán declarar los testigos que no se encuentren individualizados en el auto de apertura del juicio oral. En este sentido se ha resuelto "que se dio lugar a la petición de la defensa en cuanto a que la testigo señalada no prestara declaración en el juicio, por no existir certeza que la persona presente en la audiencia sea la misma que la ofrecida como testigo en el auto de apertura. En la audiencia de preparación de juicio oral la fiscalía tuvo la oportunidad de hacer las correcciones formales pertinentes, sin que lo hiciere en el sentido que nos ocupa. Además, si bien la norma procesal que indica los datos que deben señalarse de los testigos no incluye el número de la cédula de identidad de los mismos, la fiscalía incorporó ese dato adicional que permite individualizar con mayor precisión a una persona. No es inocua para el Tribunal esa información, ya que de cuatro datos que señala para individualizar a la testigo dos son errados (el nombre de la testigo y el número de su cédula de identidad).[360]

---

[358] En materia penal, dentro del antiguo proceso penal, durante la fase de Sumario Criminal, corresponde al juez determinar los testigos que corresponde citar a declarar y la oportunidad para hacerlo, por ser éste a quien corresponde dirigir la investigación, teniendo las partes un carácter de coadyuvantes de éste en la proposición de la prueba.

En el Plenario Criminal, la oportunidad que tienen las partes para presentar la lista de los testigos es en los escritos principales que conforman el periodo de discusión (artículos 429 y 450 del Código de Procedimiento Penal).

[359] En el antiguo proceso penal, para que las partes puedan rendir prueba testimonial dentro del periodo probatorio del Plenario Criminal es menester que acompañen la lista de testigos en los escritos que conforman el periodo de discusión (artículos 429 y 450 de dicho Código).

Existen dos excepciones a esta regla general en el artículo 372 del antiguo procedimiento.

1. El tribunal puede admitir a otros testigos no contemplados en la lista en casos muy calificados y siempre que jure la parte que confeccionó la lista que no tuvo conocimiento de ellos al momento de su presentación.

2. También pueden deponer testigos no contemplados en la lista si las partes se ponen de acuerdo en ello.

La oportunidad y la forma de presentar la lista de testigos varía según el tipo de procedimiento.

[360] Tribunal Juicio Oral Viña del Mar. 6.9.2005. *Revista Procesal Penal* N° 39. Págs. 123 y Sgtes. Septiembre 2005.

5.11.3. Ante quién se presenta la lista de testigos y tribunal ante el cual declaran

En el actual proceso penal rige el principio de la oralidad, publicidad, inmediación y de la sana crítica, por lo que los testigos deben ser interrogados por el juez de garantía y el tribunal oral competente, sin que sea admisible la rendición de prueba testimonial por exhorto, con la excepción de los testigos residentes en el extranjero, quienes pueden ser interrogados en el lugar en que se encuentren durante la investigación conforme a lo previsto en el artículo 192, pudiendo el registro de esa declaración ser leída en el juicio oral (artículo 331 letra a). Creemos que dentro de esta excepción se encuentran también los chilenos y extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, dado que ellos declaran por medio de informe y en forma voluntaria conforme a lo previsto en los artículos 300 letra c) y 301 inciso final.[361]

5.11.4. Minuta de puntos de prueba

Estimamos que la presentación de la minuta sobre los puntos en que va a recaer la declaración de los testigos, además de la lista de testigos que debe presentarse por el Fiscal, el querellante, el actor civil y el acusado en la forma y oportunidad establecida en la ley es un requisito esencial, atendido a que el juez de garantía debe efectuar un control no sólo sobre la oportunidad, sino que además sobre la pertinencia, utilidad y licitud de la prueba ofrecida por las partes, el que se manifiesta en el pronunciamiento del auto de apertura del juicio oral (artículos 259, 261, 60, 263, 276, y 277 letras d, e) y f).[362]

En este sentido, se nos ha señalado que "los puntos de prueba son los que ayudarán al juez de garantía en las diversas hipótesis de exclusión de prueba, al Tribunal no le son de mayor importancia, porque se supone que los testigos y peritos declararán, en síntesis o sobre la existencia del hecho punible, o bien sobre la participación, tra-

[361] En el antiguo proceso penal, se refieren a la situación de los testigos que residen en un lugar distinto de aquél en que tiene su territorio el tribunal que instruye el proceso o que se encuentren en el extranjero los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Excepcionalmente, pero tratándose de testigos que residen en nuestro territorio, pero en un lugar distinto al del territorio jurisdiccional del tribunal que conoce del proceso penal, no se contempla su interrogatorio a través de exhorto, sino que "si el juez de la causa estima necesario oír por sí mismo al testigo para la comprobación del delito, el reconocimiento de la persona del delincuente o para otro objeto igualmente importante, puede ordenar por auto motivado que el testigo comparezca ante él" (artículo 198 inciso 2° del CPP).

[362] En el antiguo proceso penal, la minuta de interrogatorio se debe comprender en los escritos que configuran el período de discusión en el Plenario Criminal (artículos 429 y 450 del Código de Procedimiento Penal), teniendo presente en todo caso que los hechos sobre los cuales deben deponer los testigos son los que se mencionan en el artículo 466 del mismo Código. En el sumario Criminal no es menester acompañar minuta de interrogatorio para que depongan los testigos, puesto que ellos son interrogados por el juez de acuerdo a lo previsto en el artículo 193 del mismo.

tándose de prueba de cargo de la Fiscalía o de la prueba de descargo o atenuación de culpabilidad de la defensa".[363]

5.11.5. Audiencia en que se rinde la prueba testimonial

En el proceso penal, el artículo 33 señala en su inciso segundo que "se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia". Tratándose de los testigos citados al juicio oral, la determinación del día en el cual deben concurrir fluye de lo dispuesto en el artículo 281 del CPP, correspondiéndole a los funcionarios auxiliares del tribunal oral (Oficiales de Administración de causas) efectuar la citación directamente, a través de terceros autorizados o mediante exhorto (artículos 24 y Sgtes.).[364]

5.11.6. Sistemas de declaración

Para los efectos de prestar declaración los testigos, se distinguen diversos sistemas:

1. Sistema de la libre expresión, en el cual los testigos pueden declarar libremente todo lo que saben respecto de los hechos.

2. Sistema de la declaración dirigida, en el cual los testigos declaran al tenor de las preguntas que les son formuladas por el tribunal o las partes.

3. Sistema ecléctico o mixto, en el cual los testigos declaran libremente todo lo que saben sobre los hechos, y luego son interrogados por el tribunal y las partes.

En el actual proceso penal, respecto de las declaraciones que se prestan ante los Fiscales no se contempla ninguna regulación en cuanto a la forma en que debe efectuarse el interrogatorio de los testigos, dado el carácter administrativo de ella y por no revestir dichos testimonios valor probatorio para el juicio oral.

En el juicio oral o en la prueba anticipada ante el juez de garantía, respecto del interrogatorio que se efectúa de los testigos, se aplica el sistema de la declaración dirigida conforme a lo previsto en el artículo 329 inciso tercero del CPP, según el cual "*la declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes*".

En cambio, respecto del interrogatorio que se efectúa de los peritos en el juicio oral o en la prueba anticipada ante el juez de garantía, se aplica el sistema de la declaración ecléctico o mixto conforme a lo previsto en el artículo 329 inciso tercero

---

[363] HERMOSILLA, Francisco. *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal*. Pág. 189. Librotecnia. 2006.

[364] En el antiguo proceso penal, la forma de citación de los testigos aparece regulada en los artículos 194 a 197 del Código de Procedimiento Penal.

En el Plenario Criminal, el juez debe en la resolución que recibe la causa a prueba fijar una o más audiencias dentro del probatorio para recibir las declaraciones de las partes, de testigos o peritos. Las partes del juicio deben ser notificadas con un día de anticipación, a lo menos, para que por sí o por medio de procurador puedan concurrir al acto (artículo 453 Código de Procedimiento Penal).

del CPP, según el cual "*los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes*".[365]

5.11.7. Materialización de la prueba testimonial

Para la materialización de la prueba testimonial se deben seguir los siguientes trámites:

a) Inexistencia de necesidad de contratación de Ministro de Fe.

En el proceso penal, respecto de la declaración de los testigos y peritos no le cabe intervención al Receptor y menos al Secretario, dado que no se contempla su existencia en la estructura de los nuevos tribunales penales. Sin perjuicio de ello, de las declaraciones que presten los testigos ante el Ministerio Público y la Policía debe dejarse un registro, el cual no debe ser íntegro sino que debe contener una breve relación de los resultados de la diligencia (artículos 227 y 228).

En cambio, respecto de la declaración de testigos y peritos ante el tribunal o de una prueba anticipada rendida ante el juez de garantía debe dejarse un registro íntegro por cualquier medio que asegure fidelidad (artículo 41) y ello es de responsabilidad del funcionario del tribunal a quien le corresponda la función de administración de causas (artículo 25 N° 4 COT).[366]

b) Juramento

Los testigos declaran ante el Ministerio Público sin rendir juramento. Al efecto, dispone expresamente la parte final del inciso 1° del artículo 190 que "*el fiscal no podrá exigir del testigo el juramento o promesa previstos en el artículo 306*".

En cambio, conforme a lo previsto en el artículo 306 del CPP, los testigos que declaran ante el juez de garantía en una prueba anticipada o ante el tribunal oral deben hacerlo bajo juramento o promesa de decir verdad, salvo que se trate de menores de 18 años o de personas de quienes el tribunal sospechare que pudieren haber tomado parte en los hechos investigados, dejándose constancia de esa circunstancia en el registro. Además, el tribunal puede si lo estimare necesario, instruir al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.[367]

---

[365] En el procedimiento penal antiguo, durante la fase de Sumario Criminal se aplica el sistema ecléctico o mixto conforme a lo previsto en el artículo 208 del Código, y respecto de los testigos de referencia se aplica el sistema de declaración dirigida conforme a lo establecido en el artículo 209 del mismo. En el Plenario Criminal, se aplica el sistema de la declaración dirigida para el interrogatorio de los testigos conforme a lo previsto en los artículos 465 y 466 de dicho cuerpo legal.

[366] En el antiguo proceso penal, en materia de prueba testimonial no le cabe intervención al Receptor, puesto que en ella debe intervenir como Ministro de Fe el secretario del tribunal, conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

[367] En el antiguo proceso penal, se refiere al juramento el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, y a la advertencia de ser veraz el artículo 204 del mismo.

c) Orden y medidas que deberá adoptar el tribunal para que declaren los testigos.

Dentro del juicio oral, los testigos son interrogados luego de efectuada la presentación de la acusación, demanda civil si la hubiere y la defensa del acusado.

En primer lugar, se debe rendir la prueba de la parte acusadora, determinando ella en el orden que rendirá las diversas pruebas y de acuerdo con dicho orden determinado por ella, la oportunidad en que presentará a cada testigo.

Una vez terminada la rendición de esa prueba, le corresponderá el derecho a la parte acusada en la misma forma respecto del orden de presentación de sus pruebas y oportunidad para presentar a los diversos testigos (artículo 328).

Debemos tener presente que la audiencia del juicio oral conforme a sus principios generales debe ser continua (artículo 282), no interrumpida en cuanto a la presencia de los jueces del tribunal oral para que rija la inmediación (artículo 283), pública (artículo 289) y oral (artículo 291), debiendo resolverse inmediatamente dentro de ella todos los incidentes que se promuevan, sin que las resoluciones que se pronuncien respecto de ellos sean susceptibles de recurso alguno (artículo 290).

Estimamos que la ausencia de un testigo legalmente citado puede dar origen a que se solicite que se tenga por evacuada la declaración del testigo, si se dieren los requisitos conforme a la lectura de registro contemplada en el artículo 331 o a la suspensión del juicio oral conforme a lo previsto en el artículo 283, debiendo en tal caso aplicarse respecto del testigo las medidas de apremio contempladas en el artículo 299 para asegurar su asistencia en la fecha para la cual se ha fijado su continuación.

Finalmente, el tribunal oral debe adoptar las medidas para que asegurarse que "antes de declarar, los peritos y los testigos no puedan comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia" (artículo 329 inciso final).

En la práctica, se autoriza a los testigos que han declarado a retirarse del tribunal como también ocurre en materia civil, lo que estimamos que puede efectuarse sólo si no hubiere oposición de las partes, porque con esa medida se podría estar impidiendo que ellas puedan realizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieren declarado en la audiencia conforme a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 329.[368]

[368] En el antiguo procedimiento penal, se establece que en el Sumario Criminal los testigos serán interrogados en forma separada y secreta por el juez en presencia del secretario conforme a lo previsto en el artículo 205, y en cuanto al orden nos señala el legislador que comenzará el examen por aquellos a quienes se presuma sabedores del hecho, entre los que debe contarse el ofendido, las personas de su familia y aquellas que dieron parte del delito conforme a lo previsto en el artículo 206 de ese cuerpo legal. En el Plenario Criminal, el legislador nos señala que "las diferentes actuaciones de prueba se practicarán en audiencia pública, excepto cuando la publicidad fuere peligrosa para las buenas costumbres, lo cual declarará en auto especial el juez de la causa. Los jueces durante el Plenario cuidarán de señalar horas diversas para recibir la prueba en cada causa" (artículo 454 del Código de Procedimiento Penal).

d) Forma de prestarse la declaración por los testigos.

En el proceso penal debemos tener presente, en primer lugar, que los testigos no son interrogados primeramente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto, como ocurre en materia civil.

El juez presidente de sala del tribunal oral se debe limitar a identificar al perito o testigo y ordenar que preste juramento o promesa de decir verdad.

El artículo 307 dispone que la declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales. Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

Los testigos –y peritos– que, por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. La parte que los presente justificará su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo aquéllos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren (artículo 329, inciso final).

Luego de identificado el testigo y prestado el juramento, el testigo o perito debe sujetarse al interrogatorio de las partes, siendo efectuado en primer lugar por la que lo hubiere presentado y luego por las restantes. Luego de efectuado el interrogatorio del testigo por las partes, los miembros del tribunal oral pueden formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos (artículo 329). Excepcionalmente, el testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio (artículo 310).

En nuestro juicio oral, se contempla ampliamente el interrogatorio y contrainterrogatorio o contraexamen de los testigos por las partes. En este sentido, compartimos lo señalado en cuanto a que "el contrainterrogatorio se establece expresamente como un derecho de la parte que no presentó al testigo, permitiéndole las preguntas sugestivas, lo que es compatible con la contradicción que todo proceso requiere y qe asegura que la prueba ingresada al juicio cumpla con un mínimo de estándar de confiabilidad. Por lo anterior, el hecho de impedir el contraexamen de cualquier interviniente en el proceso penal o limitar en extremo esta facultad podrá constituir un hecho suficiente para fundar un recurso de nulidad, según lo señalado en el artículo 374 letra e) del CPP".[369]

---

[369] VIAL CAMPOS, Pelayo. *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno.* Págs. 16 y 17. Librotecnia. 2006. Santiago. Chile.

Sin perjuicio de ello, no existe inconveniente en que una parte renuncie a efectuar el contraexamen de un testigo, lo que normalmente debreá afectarse si no se sabe cuál es el objetivo que se persigue.

Los objetivos que se persiguen con el contraexamen deberían ser obtener un testimonio favorable del testigo sobre algún punto que respalde la teoría del caso o presunción de inocencia; desacreditar el testimonio del testigo por falta de certeza, coherencia, lógica, precisión, o al testigo mismo por falta de credibilidad, y limitar el testimonio del testigo a aquella parte que es útil para la teoría del caso o de la presunción de inocencia del acusado.

En segundo lugar, es menester advertir que no se contempla en el actual proceso penal que en forma previa a la declaración del testigo se le formulen preguntas de tachas, por la sencilla razón de que este proceso no existen testigos inhábiles (artículo 309).

Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad (artículo 309). Estas preguntas, que forman parte del interrogatorio del testigo, pueden efectuarse dentro de éste en la oportunidad que la parte estime pertinente. Las declaraciones que formula el testigo sobre esta materia son de gran relevancia, dado que deben ser consideradas por el tribunal para asignarle valor a su declaración conforme al sistema de la sana crítica.

Las partes pueden formular al testigo o perito libremente las preguntas que estimen pertinentes, pudiendo durante el curso de su declaración exhibirle los documentos y objetos que constituyan evidencia para que los reconozcan o se refieran al conocimiento de ellos (artículo 333).

Las partes no pueden formular al testigo los siguientes tipos de preguntas:

i) Preguntas engañosas, destinadas a coaccionarlo ilegítimamente o en términos poco claros para ellos (artículo 330 inciso 3°).

ii) Preguntas impertinentes o reiterativas

Además, estimamos que no cabe formularle al testigo preguntas impertinentes, esto es, que no digan relación con los hechos del juicio, o reiterativas, porque ellas no serían útiles y podrían considerarse además dilatorias respecto al desarrollo de la audiencia, principios que se encuentran claramente consagrados en el artículo 276 como pruebas que deben ser excluidas del juicio oral.

iii) Preguntas inductivas o sugestivas

Al efecto prevé el artículo 330 en su inciso 1°, que "en sus interrogatorios las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta".

De acuerdo con ese precepto, debemos entender por pregunta inductiva o sugestiva aquella que se formula de tal manera que sugiere la respuesta al testigo. En este senti-

do, se ha señalado que una pregunta sugestiva es la que sugiere al testigo la respuesta deseada por quien la realiza.[370]

Por otra parte, debe tenerse presente que la prohibición de formular preguntas inductivas o sugestivas, de acuerdo con el texto del precepto, sólo se ha contemplado respecto de la parte que presenta al testigo, pero no respecto de la otra parte que lo contrainterroga.

Al respecto se ha señalado que "los testimonios y los peritajes nunca son neutrales y, de hecho, son presentados por la parte precisamente porque ellos apoyan su versión de los hechos. Siendo así, el artículo 330 prohíbe que la parte que presenta al testigo o perito les dirija preguntas sugestivas (aquellas que contienen su propia respuesta), pues en ese caso éstos no estarían sino dejándose guiar por el abogado que los presentó y a favor de cuya parte vienen a declarar. El contrainterrogatorio, en cambio, opera sobre una lógica completamente distinta: los peritos y testigos ya han declarado frente al tribunal su versión y esa versión apoya a la contraparte (por eso la contraparte los ha convocado al juicio). Lo que el juicio requiere del contraexaminador, entonces, es que éste sea capaz de extraer de estos testigos toda aquella información, versiones, detalles y matices que ellos no han aportado en el juicio –deliberadamente o por un mero sesgo o desidia– y que podrían perjudicar el caso de la parte por quien han venido a declarar. Si el contraexaminador hace eso, habrá puesto a los jueces en mejores condiciones para evaluar dicha información. Esta es la razón por la cual en el contrainterrogatorio las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia del contraexaminador. Se trata en ese caso de testigos hostiles, que siempre estarán dispuestos a desmentir o relativizar la información que éste les sugiere. Nótese, entonces, que de acuerdo con el inciso 1° del artículo 330 las preguntas sugestivas están prohibidas sólo en el interrogatorio directo –el que realiza la parte que presenta al testigo o perito–, pero no en el contrainterrogatorio. Con este fin la redacción final fue deliberadamente modificada respecto del artículo 364 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. Dicha norma no distinguía, prohibiendo las preguntas sugestivas en ambos momentos. Por ello, es que durante el contrainterrogatorio se permite el uso de preguntas sugestivas en que es dable suponer qu el testigo será hostil hacia el aboado que lo contrainterrogará y estará dispuesto a negar cualquier afirmación que éste le haga, incluso aquellas que entreguen la verdadera versión de los hechos. Lo que suele suceder en la práctica es que el testigo, dada su hostilidad, niegue los hechos tal cual sucedieron, aun ante preguntas sugestivas, por lo cual el peligro de contaminación de la información que aporta el declarante a través del uso de preguntas sugestivas desaparece en el contraexamen".

iv) Las preguntas que se basen en la lectura de registros de diligencias sobre declaraciones anteriores para confrontarlas con los dichos del testigo en la audiencia de juicio oral sólo pueden efectuarse luego de terminado el interrogatorio.

---

[370] STRONG, John. Citado por VIAL CAMPOS, Pelayo. *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno.* Pág. 19. Librotecnia. 2006. Santiago. Chile.

Conforme lo dispone el artículo 331 en la audiencia del juicio oral podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192;

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

Por su parte, el artículo 332 dispone que sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

Debemos hacer presente que conforme al inciso segundo del artículo 334, no se podrán utilizar dichos registros para efectuar la pregunta de confrontación si en éstos se dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

v) Preguntas que digan relación con una suspensión condicional del procedimiento, acuerdo reparatorio o procedimiento abreviado.

El artículo 335 dispone que no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado.

Atendida la amplitud de esta prohibición, entendemos que no sería procedente formular a los testigos, peritos o acusado ninguna pregunta sobre estas materias.

En cuanto al derecho de la contraparte de oponerse a las preguntas y la forma de responder por parte de los testigos, podemos señalar lo siguiente:

i) Las partes tienen el derecho de oponerse a las preguntas que formula la otra parte al testigo o perito, por contemplarse ella dentro de alguno de los conceptos antes señalados.

De esa objeción se le debe conferir traslado a la otra parte, debiendo el tribunal resolver el incidente de inmediato, a menos que la parte que hubiere formulado ante

la objeción se allanare a retirarla o reformularla. De la oposición a la formulación de la pregunta se da traslado a la otra parte, y en caso de desacuerdo respecto a su formulación, resolverá el tribunal. La resolución que se pronuncia por el tribunal no es susceptible de recurso alguno (artículo 290).

Las razones por las cuales pueden formularse las objeciones radican en ser la pregunta impertinente, por pretender introducir información que diga relación con una prueba ilícita en el juicio, por tratar de coaccionar al testigo, por ser una pregunta que atenta en contra del secreto profesional del testigo; etc.

ii) Los testigos deben responder de una manera clara, precisa, completa y fidedigna a las preguntas que se les hagan, sin ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre los que declaran (artículo 298) y debe dar razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas (artículo 309 inciso 2°). Las respuestas de los testigos deben ser efectuadas en forma oral, salvo quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en idioma castellano, quienes intervendrán por escrito o por medio de intérpretes (artículo 291).

iii) El testigo no puede sin justa causa negarse a contestar las preguntas, a menos de encontrarse en algunas de las situaciones de parentesco, secreto profesional o autoincriminación ya analizadas (artículos 302, 303 y 305), puesto que si así lo hiciere incurre en la comisión de un delito tipificado en el artículo 299.

iv) Si algún testigo no entiende o no habla castellano, será examinado por medio de intérprete, conforme a lo previsto en el artículo 291 inciso 3°.

Finalmente, todo lo obrado en la diligencia testifical debe ser registrado en forma íntegra, por cualquier medio que ofrezca fidelidad conforme a lo previsto en el artículo 41, sin que se contemple como solemnidad un levantamiento de acta y la firma de ésta por parte del testigo como ocurre en el procedimiento civil y en el antiguo proceso penal, demostrando el registro de juicio oral el modo en que se hubiere desarrollado la audiencia, la observancia de las formalidades previstas en ella, las personas que hubieren intervenido y los actos que se hubieren llevado a cabo. La omisión de formalidades del registro sólo lo privará de valor cuando ellas no pudieren ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos contenidos en el mismo o de otros antecedentes confiables que dieren testimonio de lo ocurrido en la audiencia (artículo 42 CPP).

En esta materia se ha resuelto que *"el dar lugar a la solictud del Ministerio Público de que declare por teléfono, afecta severamente el principio de la inmediación que rige en el juicio oral, ya que impide a los jueces tener contacto visual respecto de la deponente y no es suficiente que exista un contacto verbal directo por cdicha vía; tampoco es procedente dar lugar a la intervención de un ministro de fe que certifique que quien declara es ella, ya que indirectamente equivale a delegar una función, lo que está vedado, toda vez que es el Tribunal el que tiene que verificar la identificación de la deponente.Tampoco corresponde acceder a la petición definitiva del Ministerio Público, de que el Tribunal que se constituya en el domicilio del perito toda vez que*

el artículo 337 está referido a la apreciación de circunstancias materiales, lo que no ocurre en la especie, ya que de lo contrario equivaldría a alterar la forma en que se debe medir el testimonio en el juicio oral, ya que se afectarían, como se ha dicho, los principios de publicidad y continuidad de la audiencia, para una diligencia no autorizada por el legislador, petición que en definitiva será desestimada".[371]

5.11.8. Número de testigos que puede presentar a declarar cada parte

En el proceso penal no se contempla una limitación numérica, sino que finalista respecto del número de testigos que pueden declarar en el juicio oral, puesto que el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 276 inciso 2°).[372]

5.12. Las sucesivas operaciones mentales que conforman el testimonio y las principales causas de error en éste

El testimonio es un dato complejo, un producto psicológico, que interesa analizar para comprobar si está formulado correctamente. De igual manera que, para juzgar con acierto un acto, hay que colocarse mentalmente en la situación de su autor, así también se necesita, para apreciar debidamente un testimonio, comenzar por imaginarse las condiciones en que se encontraba el testigo. FLORIAN recomienda al juez que recorra, en sentido inverso, el camino del testimonio, remontándose de sus manifestaciones externas a las fuentes psicológicas íntimas de donde mana, para reconstruir el complicado procedimiento mediante el cual es percibido el acontecimiento exterior, rememorado después y, finalmente, traducido en la deposición testifical.

Sin entregarse a la psicología pura, resulta indispensable conocer los principales elementos psicológicos del testimonio, o las sucesivas operaciones mentales que lo forman. Se distinguen tres principales: la percepción, la memoria y la deposición.

La *Percepción* sensible de la cosa o del hecho, que tanto difiere según los individuos y las condiciones en las cuales se encuentra. Los testigos se hallan generalmente en una condición negativa desfavorable, muy distinta de la de un observador: su conocimiento se produce por casualidad, involuntariamente, sin preparación y sin

---

[371] Corte de Apelaciones de Punta Arenas. 12.4.2004. *Revista Procesal Penal* N° 22. Págs. 45 y Sgtes. Junio 2004.

[372] En el antiguo penal, se contempla un límite en cuanto al número de testigos sólo en el Plenario Criminal, estableciéndose que cada parte podrá presentar, durante el plenario, hasta seis testigos por cada uno de los hechos que le convengan (artículo 458 de dicho Código).

interés; en consecuencia, sin mucha atención, y ello origina una percepción más o menos incompleta, fragmentaria y desvaída. Mucho dependen las cualidades de la percepción de las condiciones en las cuales se forma: condiciones subjetivas, en que el individuo se encuentra en relación con el desarrollo del suceso (estado afectivo, interés, disposición mental, etc.); condiciones objetivas, en las cuales el objeto, simple o complejo, se presenta (luz, distancia, movilidad, etc.).

La *Memoria,* complejo proceso que comprende varias operaciones: en primer lugar, la conservación de las impresiones sensibles; después, la reproducción de los recuerdos, su evocación y su localización en el tiempo. El objeto y el modo de percepción influyen sobre el poder amnésico de conservación y de evocación. El reconocimiento de los recuerdos requiere un trabajo de selección, de coordinación y de interpretación, que difiere según el sentido crítico y el poder de juicio interno de cada uno. La impulsividad y la falta de dominio se reflejan en el testimonio: tales causas hacen que las afirmaciones sean tan pronto oscuras y ambiguas como excesivamente tajantes y rígidas.

La Deposición, o comunicación de los recuerdos a la autoridad encargada de recogerlos: operación final, destinada a informar al juez, ya directa o indirectamente. Esta es la fase útil que actualiza las precedentes; también es aquélla de la que se han ocupado los juristas y cuyo procedimiento ha sido reglamentado en todas partes ante las diversas jurisdicciones, particularmente con la finalidad de asegurar la veracidad del testimonio. Según FLORIAN prácticamente constituye el momento más importante y, al mismo tiempo, más delicado, donde nuevas dificultades se agregan a las de la percepción exacta y evocación fiel; "la narración debe alcanzar el fin práctico de expresar la percepción, para que jueces y partes se adueñen y se sirvan de ella según los fines inmediatos del proceso". Se trata esencialmente de obtener del testigo el saber máximo, al mismo tiempo que lo más exacto posible. En la deposición intervienen dos factores principales: de una parte, la capacidad de expresar con mayor o menor claridad las percepciones reales recibidas; y, de otra, la voluntad de reproducirlas fiel y francamente. Esos factores varían según las personas y de acuerdo con las condiciones de la deposición. Como observa FLORIAN, la voluntad de recordar y de relatar los recuerdos no cabría obtenerla artificialmente; las amenazas penales resultan insuficientes, y la habilidad del juez posee poco poder contra los disimulos y los rodeos de la mala voluntad del testigo. Por otro lado, actualmente se sabe que el testimonio más sincero puede encontrarse muy perturbado o falseado por las sugestiones u otras influencias extrañas que han de evitarse en cuanto quepa.

En función de esos diversos elementos o procesos debe ser apreciado el testimonio. El defecto de uno u otro resulta suficiente para viciar de alguna manera el resultado, salvo que el testigo no pueda aportar un correctivo.

Ese examen analítico de las condiciones *individuales* se ve ayudado por la determinación de las condiciones *genéricas* en las cuales encuadre cada caso y que influyan sobre el valor del testimonio. Esas condiciones se refieren, unas, a la *persona* del testigo; otras, al *objeto* del testimonio. Las primeras, que WIGMORE llama "rasgos

humanos genéricos", se refieren a la edad, al sexo, al estado mental, a la raza, a la condición social, al carácter moral, etcétera: elementos que permiten determinar la credibilidad personal del testigo según el género al cual pertenezca; pero eso no puede ser más que aproximado. Ambas condiciones dependen de la naturaleza del hecho atestiguado: más o menos verosímil, más o menos fácil de percibir y retener, según las circunstancias de tiempo, lugar, rapidez, iluminación y otras. Constituye todo un programa al que ha de pasársele revista.

Cabe considerar una tercera clase de condiciones, intermedias entre las otras dos, y concernientes a las *relaciones del testigo* con el hecho y con los demás testigos. Desde ese punto de vista se determina si el testigo es independiente e imparcial; o si, por el contrario, está interesado material o moralmente en el asunto, o si solamente existe alguna solidaridad con una parte, si es amigo de ella o, al revés, hostil: constituyen elementos importantes de credibilidad. Pero eso se enlaza con las condiciones subjetivas o personales en lo relativo a las disposiciones afectivas del testigo (interés, pasión, simpatía, espíritu de solidaridad o de partido, etcétera) y a su actitud de buena o de mala voluntad para declarar la verdad (sinceridad o disimulo). En semejante materia, resulta difícil establecer distinciones tajantes; lo esencial consiste en seguir un orden definido y claro.

Otra clase de condiciones intermedias se refiere a las *relaciones del testimonio con el hecho* que haya de ser probado, según que el testigo relate lo que él mismo ha percibido (testimonio directo, *ex proprus sensibus);* que manifieste, por el contrario, lo que otro le ha contado (testimonio indirecto o mediato, *ex auditu alieno);* o, simplemente, que exponga lo oído por rumor público, sin precisa indicación de procedencia (fama común). Solamente la primera clase de testimonio hace verdadera prueba; las otras no ofrecen sino aproximaciones más o menos comprobables. La frase de LOYSEL continúa siendo verdad: "El rumor va por la villa, y en un moyo de creer, no hay manera cierta de saber". La fama general no puede aportar sino un complemento: tampoco está admitida sino a falta de otra prueba y en casos excepcionales o para simples informes de moralidad. Con razón se ha desconfiado siempre del testimonio indirecto: los antiguos legistas y canonistas lo denominaban testimonio *ex credulitate,* y no lo consideraban probatorio por sí mismo, en oposición al verdadero testimonio llamado *ex scientia.* Analizando el testimonio de oídas *(hear-say-testimony),* WIGMORE lo encuentra reducible a una serie doble o múltiple de aserciones intermedias, que se remontan hasta una aserción basada sobre la percepción sensible; ahora bien, la aserción de una persona ausente no resulta generalmente digna de fe, porque carecemos de datos sobre su credibilidad testimonial, de manera que nos vemos reducidos a fundar una inferencia sobre una última aserción por simple conjetura, cuando no por pura imaginación. La prueba, si prueba es, resulta tanto menos segura cuanto más complicada sea la serie testimonial y más larga la hilera hasta alcanzar la fuente del conocimiento, única base seria: los testimonios intermedios escapan a todo examen, y las posibilidades de error aumentan de uno en otro.

Asi ha podido considerarse que esta clase de prueba no entraba dentro del verdadero testimonio. Constituye, asimismo, una antigua e importante regla del Derecho anglonorteamericano la de prohibir a los testigos repetir los rumores del vulgo *(the rule against hearsay)*. Se enlaza estrechamente con el principio fundamental de la oralidad del testimonio, todavía más esencial en el Derecho, fiel al sistema de la libre apreciación de las pruebas, a la virtud del interrogatorio de los testigos por las partes, que se estima el medio mejor para descubrir los errores testificales. Aceptando esa regla *(the hearsay rule)* en el amplio principio así sentado, aparte los "detalles absurdos y pedantes"que la entorpecen en la práctica, WIGMORE la considera como "la cumbre del sistema de prueba anglonorteamericano"y "el triunfo de la armonía entre los datos de la ciencia y las reglas empíricas del procedimiento". El peligro de esta clase de testimonios se deja sentir menos con jueces ejercitados que ante el jurado. Sin desconocerlo, nuestro Derecho, fiel al sistema de la libre apreciación de las pruebas, ha preferido remitirse a las luces y a la prudencia del juez, según la fórmula de la jurisprudencia. Verdad es que, en la vida corriente y en la historia general, estamos obligados desde luego a escuchar los rumores; pero es a falta de cosa mejor y con reservas, en tanto la cuestión que constituye su objeto no sea sometida a discusión.

Aunque, como toda prueba, el testimonio debe satisfacer el principio de no contradicción, las cualidades lógicas presentan para él bastante menos importancia que para los indicios, y ninguna resulta suficiente para proporcionar un criterio de su veracidad. Y es que no se reduce a una operación de raciocinio y, en consecuencia, no solamente está sujeto a un vicio de lógica, sino que puede ser voluntariamente falso, lo cual lo vicia en la base; y porque, además, cada uno de los procesos en que se descompone (percepción, atención, conservación de los recuerdos, evocación, reconocimiento, expresión, etcétera) es susceptible de error. Mientras la inferencia indiciaria, relativamente sencilla en cada hecho, se reconoce como justa si se apoya en una base sólida y sigue un razonamiento correcto, no se ha recorrido sino parte del camino cuando se ha sometido la inferencia testimonial a un análisis lógico. Falta por efectuar una completa apreciación psicológica del hecho testifical, tanto en la relación con el testigo como con la deposición. En ello, la relación de verdad entre el espíritu y la cosa es indirecta, por cuanto pasa por el testigo (primer sujeto) antes de llegar al juez (segundo sujeto): el problema esencial consiste precisamente en saber si el intermediario en cuestión (el testigo) reproduce fielmente la realidad. Ahora bien, interesa analizar cómo se alcanza y cómo cabe deformar esa verdad.

Resulta posible un doble método: el intento de reconocer directamente la verdad por las cualidades del testigo y de su deposición; o, bien, proceder indirectamente por la investigación y eliminación de errores. Por desgracia, no poseemos criterio seguro de la verdad en esta materia; voluntario o no, el error se oculta tan bien bajo la apariencia de la verdad, que no siempre resulta fácil distinguirlo: un testigo que parece seguro puede errar, así como cabe que un enfermo parezca sano. Más fácil es descubrir un error, como una enfermedad, desde el instante en que se sospecha su existencia; pero, como las enfermedades, también los errores pertenecen a múltiples clases: si la verdad

no tiene sino un rostro, "el reverso de la verdad posee cien mil figuras y un campo indefinido" según la expresión brillante de MONTAIGNE (Ensayos, lib. I, capítulo IX). Para reconocerlos y conseguir diagnosticarlos, interesa la clasificación de los errores testimoniales. Al excluir los diversos errores posibles en un testimonio, se llega a la conclusión de su veracidad. Pero conviene no incurrir en omisiones.

La primera distinción que ha de hacerse es la de mentiras y errores involuntarios. La mentira es constitutiva del falso testimonio penado por la ley. Es la que han tenido en cuenta principalmente los juristas. En efecto, resulta singularmente temible, porque vicia, o al menos vuelve sospechoso, todo el testimonio: ¿qué crédito cabe conceder a un testigo mentiroso o de mala fe? Tiene poca importancia la forma en que se haya mentido: positiva, negativa o incierta; pero la primera es la más fuerte y perniciosa; la última aparece atenuada y poco peligrosa. Resulta raro que las simples reticencias o denegaciones constituyan objeto de procesamiento por falso testimonio; pero cabe que sean objeto de él cuando, por su naturaleza, puedan extraviar verdaderamente a la justicia y si no se reducen a una oposición a hablar o responder, constitutiva de un delito menor, la negativa a deponer.

La mentira y el error involuntario revisten con frecuencia casi las mismas formas, al menos como modos intermedios o atenuados; y se encuentra que se deben a causas parecidas, de naturaleza afectiva o patológica. Cuando se trata de una simple exageración, deformación u omisión, no resulta siempre fácil decir si es voluntaria o no. Si un testigo afirma que tales circunstancias, estimadas por él de poco interés, le han pasado inadvertidas, ¿cómo saber si realmente las ha percibido y las ha retenido?; o, si se está convencido de aquello, ¿cómo probarlo? La dificultad de demostrar la mala fe o la intención de engañar es el escollo de los procesos por falso testimonio. En efecto, incumbe siempre a la acusación probar la mala intención, y es normal que se presuma más bien el error que la mentira: *"In dubio praesumitur testem falsum deposuisse potius per errorem et ignorantiam quam dolo"*, así como lo había proclamado FARINACIO en el Derecho romano.

Existen, además, entre esas dos categorías extremas de alteración de la verdad, formas intermedias que la psicología moderna ha desentrañado con el nombre de "seudomentiras", y que obedecen a una preocupación insuficiente por la verdad más que a la conciencia de engañar: se profieren por influjo de una cuestión sugestiva, o de una pasión viva, o de un exceso de imaginación, sin hablar de las de los niños o de las de los enajenados embusteros. Algunas son proferidas con engañador acento de convicción: el propio sujeto no discierne ya con claridad el límite entre lo verdadero y lo falso.

La primera tarea para conocer el valor de un testimonio consiste, pues, en averiguar si es sincero; si no lo es, debemos rechazarlo más o menos completamente. Tan sólo con muchas reservas cabe aceptar algunas de sus partes, cuando la mentira es suficientemente limitada; porque quien resulta capaz de mentir en un punto, lo es generalmente en los demás. Pero a esa primera labor se añade otra, cuya importancia ha sido muy ignorada: la de investigar si el testimonio es exacto, no tachado o susceptible de *error.*

Esa misión es más compleja que la primera, en razón de la multiplicidad de las fuentes de errores: mientras las causas de las mentiras se reducen todas, en mayor o menor grado, a la voluntad de engañar, las de los errores cuentan con las procedencias más diversas, dependientes de la naturaleza de hecho, de la mentalidad del testigo o de las condiciones del testimonio. Por lo tanto, en ese aspecto, el examen de la declaración testifical debe ser lo bastante completo como para eliminar las diferentes posibilidades de error que pueden presentarse incluso en los testigos concienzudos; y, desde luego, no siempre los mayores errores resultan los más fáciles de descubrir.

Para abordar este doble objeto, la mentira y el error, cabe concebir un doble método de crítica, y así suele procederse en la práctica; de la misma manera, los historiadores examinan sucesivamente los documentos en el aspecto de la sinceridad y en el de la exactitud. Verdad es que el diagnóstico de la mentira tiene procedimientos propios, aplicables lo mismo a los testigos sospechosos que a los acusados, como el psicodiagnóstico asociativo y la psicometría (expuestos ya en la primera parte). Pero los otros, como el interrogatorio, el examen de los testigos y de los testimonios, versan sobre la credibilidad del testigo y la averiguación de los errores en general; de modo tal que resulta más sencillo un método de conjunto aplicable a las diversas clases de errores, voluntarios o no. En otro caso, estaríamos expuestos a repeticiones: así, ¿en qué categoría alinear la influencia del interés, del vínculo de parentesco o del espíritu de partido? Su naturaleza permite sospechar tanto de error como de mentira: el testigo interesado en la causa, pariente cercano, o solidario de una de las partes, ha de ser rechazado o fiscalizado tanto por una de esas causas como por la otra. Sabemos ya que la separación no es tan tajante, como podría creerse, entre la mentira y el error, y que con frecuencia sus causas son las mismas. Procederemos, pues, siguiendo así a otros autores, a un examen de conjunto de los testigos y de los testimonios, de acuerdo con un método único.

No ofrece menos interés el conocimiento de las principales clases de error a las cuales están expuestos los testigos. Cabe establecer diversas clasificaciones, según el punto de vista en que uno se sitúe. La más útil es la formable de acuerdo con la naturaleza y la fuente del error, a saber: las alucinaciones, las invenciones, las confabulaciones, las falsas interpretaciones, las confusiones y las ilusiones.

a) Las *alucinaciones* constituyen fenómenos psicopatológicos, por los cuales las representaciones subjetivas se imponen al sujeto con el título de percepciones verdaderas. Son debidas a una turbación mental, y escapan al dominio del razonamiento. Alienados de diversas clases se encuentran sujetos a ellas: cuantos sufren crisis delirantes, de naturaleza tóxica, alcohólica o de otra índole, y los que padecen psicosis sistematizada o alucinadora crónica.

Experimentan sensaciones de torturas, escuchan voces perseguidoras, vislumbran fantasmas que los acosan, etcétera. Tan sólo en casos muy excepcionales se han podido observar alucinaciones en los sujetos normales: y es probable que se debieran a algún trastorno pasajero. De las verdaderas alucinaciones se distinguen las seudoalucinaciones, de las cuales el individuo tiene conciencia y que a veces interpreta

como signos, amenazas u ocultas advertencias. Las alucinaciones resultan bastantes fáciles de reconocer en un testigo, aunque sólo sea por la razón del estado mental con el cual están enlazadas.

b) Las *invenciones* constituyen imaginarias creaciones, debidas a un defecto de dominio racional del sujeto sobre su desenfrenada imaginación; y que, a diferencia de la mentira normal, no se exteriorizan con el fin de engañar. Tales acciones pertenecen a diversos alienados: los histéricos, los delirantes imaginativos y los desequilibrados mitómanos. Caen dentro de la fabulosidad o de la mitomanía; mas los simples mitómanos no delirantes no son víctimas de sus mentiras. Algunos formulan falsas denuncias, apoyadas con todo un aparato escénico: hemos conocido el caso de una joven cocinera que fue encontrada completamente atada por ella misma y que simulaba haber sido víctima de una agresión en un chalet de Royan. FARALICQ cuenta otro caso de una mujer que se arrojó a un pozo y acusó a un chino. En otras ocasiones, la mitomanía puede ir acompañada de autoacusación, sobre todo en los alcohólicos. Para reconocer la fantasía del relato, resulta suficiente, por regla general, la comprobación de ciertos aspectos, reveladores de la irrealidad o de la inverosimilitud; por ejemplo, el modo de la atadura o la simulación del robo; y también dirigir preguntas de detalle acerca de las señas personales y gestos del supuesto agresor. En caso necesario, cabe apelar a un psiquiatra, para reconocer el estado mental del testigo sospechoso.

c) Las *confabulaciones* integran procesos normales, pero desencadenados por un trastorno amnésico: consisten en llenar inconscientemente, por medio de representaciones subjetivas de apariencia plausible, las lagunas del recuerdo, los vacíos de la memoria de los que no se da cuenta exacta el sujeto; pero por los cuales experimenta una necesidad particular de colmar lo que falta. Suelen producirse como resultas de una amnesia localizada o parcial, en la decadencia senil o en las neurosis alcohólicas o traumáticas, especialmente en los casos de heridas en el cráneo. Constituyen un fenómeno bien conocido actualmente, sobre todo, luego de las observaciones de los médicos alemanes WERNICKE y PICK. Hay que desconfiar siempre de un testigo que padezca de amnesia, y no ha de dudarse en hacer que lo reconozca un psiquiatra o un competente médico forense.

Cabría citar numerosos ejemplos de ancianos que han levantado falsas acusaciones de robo sobre lagunas de su memoria. Los viejos ya débiles o los intoxicados resultan testigos peligrosos, pero mucho menos por las defecciones de su memoria que por las elaboraciones confabuladoras consecutivas. En los heridos en el cráneo, los médicos han registrado también numerosos casos en que el sujeto, al no recordar las circunstancias del accidente o los golpes de que fue víctima, cree que eso ha pasado de una manera diferente a la realidad, o acusan a un inocente: ese es, por ejemplo, el caso de un campesino que, atacado por un vagabundo y robado al volver de la feria, acusaba al tratante a quien había vendido sus bueyes; es también el de un viejo, observado por nosotros, que, tras haber recibido de un joven un puñetazo en la cara, de resultas de una discusión, y después de haber caído sin conocimiento al suelo, no

se acordaba del golpe y pretendía haber sido atacado inopinadamente por detrás y haber sido derribado.

d) Las falsas interpretaciones son errores de comprensiòn, que deforman las percepciones y los recuerdos, de modo inconsciente y gradual, por la acción de una idea fija, de una pasión dominante o de una emoción intensa. Varias categorias de enajenados, los melancólicos, los perseguidos perseguidores y los delirantes sistemáticos, llamados intérpretes, lo interpretan todo en el sentido de su delirio o de su idea fija; o sea, sencillamente, dentro del círculo que interesa a aquel delirio o a esa idea. Entre los mismos normales, la pasión y el espíritu de partido provocan también un efecto deformador; y toda idea preconcebida, sobre todo en la base afectiva, lleva a creer que se ha visto o se ha oído aquello que se piensa, apenas sean algo defectuosas las condiciones de percepción y de memoria: eso es lo que echa a perder al testimonio en su base. Y así se produce que los testigos depongan en sentidos diametralmente opuestos acerca de los mismos hechos, según se declaren a favor de una u otra parte; con demasiada frecuencia se les halla divididos en dos bandos: en pro y en contra.

Cuantas veces se sospeche que un testigo delira o tiene una idea fija, no se deben aceptar sus declaraciones sino después de haberse asegurado, mediante un reconocimiento mental si ello es preciso, de que no rozan en manera alguna el círculo patológico de sus ideas. Igualmente, cuando un testigo muestre parcialidad, es preciso realizar una selección de sus declaraciones o, si resulta posible, corregir esa tendencia deformadora. Las falsas interpretaciones son muy corrientes en la vida. En los juicios son tanto más peligrosas cuanto más apariencia verosímil tengan; no han dejado de arrastrar a errores judiciales. Veremos dos ejemplos sacados de la colección efectuada por dos abogados, LAILLER y VONOVEN.

En 1860, un tal Chèron compareció ante el tribunal de Evreux, por haber cazado en propiedad ajena. El guarda de caza afirmaba haberlo reconocido a 10 metros. Mas se averiguó que se trataba de un tal Moulin, que reconoció el delito. Los dos no se parecían en absoluto. Pero el guarda había encontrado a la perra, que llevaba en su collar el nombre y la dirección de Chéron, e inmediatamente se había persuadido de que el cazador era el propietario del animal.

En el curso de una campaña electoral muy violenta, como que se sucedían por aquella época en Córcega, el 13 de junio de 1861, a las 9 de noche, un tal Filipi fue muerto de un pistoletazo. Uno de sus amigos, el señor Blasi, afirmaba haber visto disparar a Renosi. Y Renosi fue condenado. Por suerte, se logró probar muy pronto que el culpable había sido su primo Simoni; y el proceso fue revisado. Ante la Corte de Assises del departamento del Gard, el 23 de marzo de 1883, Blasi reconoció que únicamente había visto a Renosi cuando tenía una pistola en la mano en la posición de un hombre que hace fuego o que va a disparar. Creyó, por lo tanto, que Renosi había consumado su ademán y había tirado: de aquello a persuadirse de haberlo visto disparar efectivamente, no había que franquear, en su espíritu, sino un paso.

e) Las *confusiones* constituyen mezclas de representaciones, en virtud de las cuales una persona o una cosa se toma por otra, o cualidades de un objeto son atribuidas a

otro. Resulta frecuente cuando una percepción carece de claridad o es turbada por la emoción o la sorpresa, y ello puede dar lugar a graves equivocaciones. En los testigos normales son difíciles de reconocer, salvo efectuar un completo examen crítico del testimonio.

Pueden citarse muchísimos casos al respecto. Por ejemplo, el de un guardián de una cárcel sobre el cual se arrojó de improviso un temible preso, llamado Gudor: retrocedió asustado aquél y dejó escapar a éste, por creer que esgrimía un largo cuchillo, cuando sólo tenía un arenque. El subprefecto de Saumur acusó a un individuo de haberle amenazado con un revólver, cuando no tenía sino una pipa; y así lo declaró ante el tribunal. Un testigo de la explosión producida en la calle de los Bons-Enfants en París, en 1892, describió la máquina explosiva como un cilindro de cobre bien provisto de tubos y tornillos; y se trataba de una simple cacerola.

f) Las ilusiones son errores parciales que, por el juego espontáneo de la actividad imaginativa, alteran una percepción o un recuerdo. Se presentan con modalidades muy distintas: se producen en condiciones normales, pero se exacerban con los estados patológicos. Constituyen ligeras y transitorias desviaciones funcionales del mecanismo del conocimiento, debidas a causas diversas, pero reducibles a dos formas principales: tan pronto es el razonamiento como el mecanismo de las asociaciones el que completa y transforma o combina imágenes incompletas, oscuras o desdibujadas: la primera forma predomina en los espíritus discursivos; la segunda, en los imaginativos y afectivos. Todavía más que las confusiones que integran una variedad particularmente poderosa de ellas, las ilusiones sólo se reconocen luego de un completo examen crítico del testimonio.

Este género de error resulta tan frecuente, que cabría citar múltiples ejemplos. Afortunadamente, no presenta gravedad sino cuando versa sobre circunstancias esenciales; mas lo importante en la causa no siempre coincide con lo que así le ha parecido al testigo o con aquello que ha atraído su atención. Autores, psicólogos o prácticos han intentado pasar revista a las numerosas especies de ilusiones, sensoriales y de otra índole, y clasificarlas. Citaremos tan sólo algunos casos judiciales.

Fue ilusión o tal vez confusión mezclada con falsa interpretación, la creencia del general Mercier que el documento n. 26 del sumario secreto contra *Dreyfus*, sobre el cual se basó la acusación ante el consejo de guerra de Rennes, había figurado en el sumario comunicado secretamente al consejo de guerra de París, en diciembre de 1894; el testigo tuvo que reconocer, el 26 de marzo de 1904, que se había equivocado. Ilusión auditiva de carácter colectivo referida por GROSS: tres jóvenes que jugaban a los bolos empezaron a pelearse con un extraño que pasaba por allí; pretendían, de buena fe al parecer, que éste había empezado por dirigirles toda una serie de injurias; pues bien, era sordomudo. Veamos otro caso de ilusión negativa contado por un abogado norteamericano.

Una mujer negra, que deseaba conservar el incógnito, había alquilado una caja de caudales en un banco, y dio un nombre supuesto y una falsa dirección; y ni regresó

ni fue encontrada. Después de transcurridos tres años, se la creyó muerta, y el banco hizo que un cerrajero abriera la caja, en presencia de dos altos empleados; pero sólo encontraron dos trozos de un viejo periódico. Se redactó un informe y se cambió la cerradura. Algunos meses después la mujer volvió a su caja de caudales y, al no poderla abrir, reclamó 825 dólares en billetes y 26 diamantes brutos. Los que habían abierto la caja, empleados muy honorables, afirmaron que nada de valor había allí dentro. La negra montó en cólera y se encaminó en el acto al despacho de un abogado *(attorney)*, que decidió llevar el asunto ante un jurado. Ya allí e interrogada acerca de su nombre supuesto, explicó la mujer que había temido no obtener la caja de seguridad de haber revelado su identidad; porque era peluquera de un personaje del mundo intérlope. El jurado no se atrevió a decidir. Algunos meses más adelante, al abrir la caja del banco, por haber sido alquilada a un nuevo cliente, se halló un sobre grande bien encajado en la bisagra y bajo la tapa: y dentro de aquél se encontraron, desde luego, los billetes de banco y los diamantes.

Veamos un caso de sorprendente ilusión visual de carácter emotivo, relatado por VOIVENEL:

La mujer de Jansou, cuadragenaria, que vivía en Caramán (departamento del Alto Garona) de un subsidio, de un trabajo irregular y de la prostitución, murió el 22 de febrero de 1931 en su choza solitaria, y dejó un hijo de 10 años. Al encontrarse a solas con el cadáver, el niño ocultó la muerte a todos: continuó viviendo y yendo a su trabajo como si nada hubiese ocurrido; declaró a los vecinos que su madre se encontraba enferma, pero que iba mejorando, y realizaba las compras para la casa como si fueran de parte de la madre. Hasta el 30 de mayo, en que un guarda campestre penetró en la casa, a pesar de la oposición del hijo, no se descubrió el cadáver. Al día siguiente, los gendarmes acudieron para iniciar las actuaciones: el niño les declaró que su madre "tenía la cabeza en el borde de la cama". "Últimamente —dijo—, hacia el 16 de mayo, quise trasladar el cadáver: al moverlo, la cabeza se desprendió; pero, al ver tal cosa, no quise ya tocar el cadáver; recogí la cabeza, la coloqué como se encuentra ahora y la tapé". Efectivamente, llamado un médico forense, el gendarme comprobó en unión de aquél, ante la indicación del niño, que la cabeza estaba colocada verticalmente en el centro de la almohada, a unos 80 centímetros detrás de la extremidad del tronco y fuera por completo del eje troncal. El certificado médico confirmaba en ese aspecto el atestado con un diseño aclaratorio, y llegaba a la conclusión de que el cráneo había sido transportado allí bastante tiempo después de la muerte. Ahora bien, el 3 de junio el doctor Sorel, médico forense de Toulouse, a requerimiento del fiscal, comprobó, ante la estupefacción de todos, que la cabeza estaba perfectamente unida al tronco: el cadáver, agregaba, es el único que no la ha perdido. Intentó explicar esa ilusión colectiva por diversas causas: en primer término, la insuficiente claridad de la habitación, pues las comprobaciones se habían realizado al anochecer; después, la posición del cadáver, acurrucado, con las rodillas y la cabeza fuera del mismo eje; finalmente, el efecto tan macabro de aquel espectáculo del cadáver descompuesto del todo y roído por las ratas, lo cual había podido nublar las facultades de observación.

Las mentiras dependen de la conciencia del testigo; las invenciones y las alucinaciones provienen de su estado mental; las confabulaciones, también, pero con la diferencia de que resulta suficiente un trastorno pasajero; las falsas interpretaciones se originan en su estado mental, patológico o no, o simplemente por una pasión, una emoción e, incluso, una idea preconcebida. Así, esas diversas clases de error están enlazadas esencialmente con la personalidad del testigo, en el sentido de que sólo se producen en individuos propicios. De manera diferente sucede con las confusiones e ilusiones: no dependen tan sólo de las facultades y disposiciones del testigo, sino, además, de la naturaleza de la cosa o del hecho percibido, que se prestan a ello en mayor o menor grado, y de las condiciones subjetivas y objetivas en las cuales se haya percibido y retenido: constituyen otros tantos factores que han de ser examinados para conocer el valor del testimonio. Por eso, cuando un testigo declare que, en el curso de una disputa, el acusado sacó un cuchillo y amenazó con él, habrá que averiguar: 1°. si el testigo es por sí mismo digno de fe, desde los puntos de vista de la moralidad, capacidad visual, seguridad de la memoria, etcétera; 2°. si el culpable era fácil de reconocer y si los gestos y ademanes del sospechoso eran bien discernibles en medio de los movimientos de los antagonistas; 3°. si el testigo se hallaba bien situado para observar, si siguió la escena con atención, si no ha tenido tiempo de olvidar los detalles o si no ha dejado que le sugieran otros, etcétera. Esas son las tres clases de elementos que han de ser examinadas para conocer los riesgos de error y la fidelidad probable del testigo. La importancia respectiva de los diversos elementos varía en cada caso. Si se trata, por ejemplo, de algún objeto en movimiento, difícil de reconocer o de precisar, resultará esencial conocer la aptitud particular del testigo con relación a ello y las condiciones en las cuales haya observado.

Como se ve, todo el examen del testimonio debe hacerse desde el doble punto de vista patológico y psicológico; puesto que todo testigo es falible y porque ciertos errores son normales. Resultaría insuficiente atenerse a un examen psiquiátrico aunque el testigo fuera normal: cabría reconocer que no es susceptible de alucinaciones, de invenciones, de confabulaciones y de algunas falsas interpretaciones; pero eso sería todo. Ahora bien, los otros errores posibles requieren examen más completo. El estudio experimental del testimonio, emprendido por BINET, STERN y otros muchos psicólogos, ha puesto de relieve los coeficientes de infidelidad de los testimonios, incluso normales. Por fortuna, esa infidelidad se localiza generalmente en ciertas partes; pero los detalles pueden ser importantes: una confusión de personas basta a veces para que se acuse y hasta para condenar a un inocente. Por lo tanto, ha de intensificarse el examen, y con tanto más detalle cuando el caso sea más normal y menos aparente el error posible. Si el diagnóstico de los errores patológicos o de bulto resulta relativamente fácil y seguro, el de los restantes, como el de las ilusiones corrientes, lo es mucho menos: con frecuencia hay que resignarse a una simple probabilidad y completar la prueba por otros medios.

Las posibilidades de error no deben perderse jamás de vista. El conocimiento de la falibilidad del testimonio contrapesa la tendencia natural a creer espontáneamente en la aserción ajena. Resultaría excesivo adoptar una actitud escéptica; pero es prudente

mantener una reserva crítica. Se dice que conocer un peligro es la mitad de evitarlo. Desde luego, los prácticos no ignoran los errores del testimonio, pero más bien en sus manifestaciones que en sus causas, caracteres y síntomas; pues bien, lo que importa es conocer esos elementos con la precisión bastante para poder establecer un diagnóstico. Las experiencias y los análisis psicológicos han contribuido a un gran paso en tal estudio, sin que resulte aún decisivo. Nos han mostrado los errores cometidos en diferentes condiciones y han dado los términos medios matemáticos de falibilidad o de fidelidad. Mas los resultados generales obtenidos no cabe trasladarlos tal como están al proceso, donde los testimonios no se presentan de la misma manera y donde se trata de diagnósticos individuales: el hecho de que tal clase de testimonio, en un laboratorio, dé lugar a un porcentaje de error que exceda del promedio, no permite concluir si un testimonio de igual índole ante la justicia deberá ser creído o, salvo, examinar ese mismo testimonio en las particulares condiciones en que se presente.[373]

5.13. Valor probatorio de la prueba testimonial

En el actual proceso penal no se contempla la existencia de testigos inhábiles (artículo 309), como tampoco ninguna norma particular respecto del valor probatorio de la prueba testimonial, por lo que ella debe ser apreciada conforme con las reglas de la sana crítica (artículos 297, 340, 342 letra c y 374 letra e), y sólo puede otorgarse valor probatorio por el tribunal de juicio oral a la prueba testimonial rendida dentro del juicio oral (artículos 296 y 340 inciso 2°), con excepción de los casos contemplados en el artículo 331.[374]

---

[373] GORPHE, Francois. *De la apreciación de las pruebas.* Págs. 362 y Sgtes. Ediciones Europa-América. 1955.

[374] En el antiguo proceso penal, respecto de la prueba testimonial se contemplan respecto de su valor probatorio las siguientes reglas, contenidas ellas en el Código de Procedimiento Penal:

1°. No es necesario ratificar en el Plenario a los testigos del Sumario para la validez de sus declaraciones (artículo 469).

2°. La declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, cuya declaración se haya prestado bajo juramento, en que el hecho haya podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo que declara y que dé razón suficiente, expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado, podrá ser estimada por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido el hecho (artículo 459).

3°. La declaración de otros testigos que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 459, se apreciarán en cuanto a su fuerza probatoria por los jueces, pudiendo llegar a constituir presunciones judiciales (artículo 464 incisos 1° y 2°).

4°. Las declaraciones de testigos de oídas, sea que declaren haber oído al reo o a otra persona, pueden llegar a constituir presunciones judiciales (artículo 464 inciso 3°).

5°. La declaración de un testigo estimado inhábil por el juez podrá tener el valor de una presunción judicial (artículo 497).

6°. La declaración de los testigos del Sumario respecto de los cuales no hubiere podido practicarse la ratificación en el Plenario en la forma prevista en el inciso primero del artículo 470, habiendo sido ella exigida por una de las partes, podrán tener el valor de una presunción judicial (artículo 470 inciso 2°).

En cuanto a la forma de aplicación de la apreciación de la prueba testimonial conforme a la sana crítica se ha declarado que *"estamos ante imputaciones, precisas, directas, consistentes y verosímiles tanto objetiva como subjetivamente. La verosimilitud objetiva de las imputaciones se impone si se tiene presente que el desarrollo de los hechos pudieron permitir a las víctimas y a los compradores de especies distinguir al acusado. Las imputaciones también son subjetivamente verosímiles desde que no existe ningún antecedente que permita suponer en los testigos tendencias fabuladores o fantasiosas, ni que tuvieran algún móvil perverso para declarar en contra del imputado".*[375]

El juicio de credibilidad de los testigos al que arriba el tribunal se construye ponderando, entre otros, la inexistencia de motivaciones subjetivas con relación al acusado, la coherencia del relato de la distintas visiones que los testigos tenian del mismo hecho, la persistencia de la incriminación que realizan, todo lo cual demuestra la verosimilitud de sus versiones y que en este juicio acontecieron.[376]

Coincidente con lo anterior, se ha resuelto que las declaraciones que las víctimas y los testigos vertieron en la audiencia, impresionaron a los jueces como precisas y verosímiles, entregando detalles que dan coherencia a sus relatos, mostrándose estas personas conocedoras de los hechos sobre los que han testificado por haber sido presenciados por ellos de una manera inmediata y directa o, bien, haber tomado conocimiento de los mismos en forma próxima a su ocurrencia, retos absolutamente coincidentes con la prueba documental que en cada caso los testigos explicitaron, dando razon de sus dichos, por lo cual el Tribunal otorga pleno valor. Ninguna de las victimas y testigos que depusieron en la audiencia cayeron en contradicciones o impresiones, salvo las propias del transcurso del tiempo, que no inciden en lo medular en cuanto narraron las circunstancias en que acecieron los hechos.[377]

Respecto de la ponderación de las declaraciones de la victima, se ha resuelto que *"los sentenciadores deben verificar cada una de las manifestaciones de la víctima para verificar si ellas soportan un control de credibilidad, y sólo si pudiere apreciarse en esas afirmaciones la ausencia de aspectos subjetivos, como los móviles espurios de resentimiento, odio, venganza, interés patrimonial, efectivo,etc., que lo pongan en entredicho; si después de determinar que el contenido de su declaración es lógico y además se apoya en datos objetivos, que estén suficientemente probados,y si además es persistente, concreto –sin ambigüedades– y coherente –no contradictorio– recién*

[375] Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 7.6.2005. *Revista Procesal Penal* N° 36. Págs. 63 y Sgtes. Junio 2005.

[376] Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 8.6.2005. *Revista Procesal Penal* N° 36. Págs. 75 y Sgtes. Junio 2005.

[377] Tribunal Juicio Oral Viña del Mar. 25.6.2005. *Revista Procesal Penal* N° 36. Págs. 145 y Sgtes. Junio 2005.

entonces, sólo entonces tal versión adquirirá las condiciones de credibilidad y verosimilitud suficientes para destruir esa presunción de inocencia".[378]

La valoración de la prueba testimonial es una función propia del tribunal y no puede ser delegada por ello en terceros. En este sentido, se ha resuelto que la credibilidad de un testimonio no es determinable por un perito, sino que es parte de la labor propia del rol que los jueces ejercen en la audiencia del juicio oral.[379]

En cuanto a las declaraciones de testigos de oídas ha declarado que si bien el tribunal no pone en duda la credibilidad de los dichos de los funcionarios de Carabineros, en cuanto a que efectivamente escucharon la versión de un detenido reconociendo su autoría en el ilícito e incriminando al acusado en el mismo, dichos testimonios de oidas no resultan suficientes a juicio de estas sentenciadopras para tener por establecida la autoría del acusado en tal ilícito en ninguna de las formas establecidas en el artículo 14 del Código Penal, ya que lo escuchado por éstos proviene de uno de los detenidos, quien sin embargo no prestó declaracion formal alguna ante la policia, el Ministerio Público ni en estrados a fin de ratificar sus dichos y, por ende, limitó las facultades probatorias de la defensa, impidiéndole examinar dicha versión, vulnerando el principio de contradictoriedad, que resulta indispensable para verificar la calidad de la prueba rendida en juicio.[380]

Finalmente, un interesante problema se ha presentado en relación con los *testigos de contexto*, esto es, aquellos "que no declaran sobre los hechos de la acusación, sino sobre conductas delictivas pretéritas del acusado, que concordarían con los hechos por los que actualmente se le acusa[381]". Según Héctor Hernández dichos testigos no pueden ser excluidos por razones de pertinencia, porque ellos serían relevantes porque proporcionan antedentes sobre conducta pasada de un sujeto sobre la cual se debe realizar un juicio fáctico y esa información puede ser apta, positiva o negativamente, para fundar una conclusión sobre la verdad de un enunciado fáctico.[382] La exclusión de los testigos de contexto cabría considerarla para respetar el derecho a la presunción de inocencia y en la garantía del juez imparcial, en los casos en que dicho

---

[378] Tribunal Juicio Oral Temuco. 5.6.2004. *Revista Procesal Penal* N° 24. LexisNexis. Págs. 104 y Sgtes. Agosto 2004. En mismo sentido, Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 28.4.2003. *Revista Procesal Penal* N° 10. Págs. 94 y Sgtes. Junio 2003.

[379] Tribunal Juicio Oral Rancagua. 14.9.2005. *Boletin del Ministerio Público* N° 25. Diciembre de 2005. Págs. 21 y Sgtes.

[380] Tribunal de Juicio Oral La Serena. 23.5.2003. *Revista Procesal Penal* N° 11. Págs. 128 y Sgtes. Julio 2003.

[381] Hernández B., Héctor. "Pertinencia como garantia: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba". Accatino, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* Pág. 22. Abeledo Perrot-LegalPublishing. 2010.

[382] Hernández B., Héctor. "Pertinencia como garantia: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba". Accatino, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* Pág. 24. Abeledo Perrot-LegalPublishing. 2010.

antecedente pudiere tener tal fuerza que conduciría a la formación de un prejuicio injustificado y cabrá dentro del concepto de relevancia legal comprendido dentro del artículo 276.[383]

Estimamos que la tesis sostenida por Héctor Hernández tiene un asidero muy significativo en los casos en los cuales centramos una visión de la convicción más allá de una duda razonable en una dimensión subjetiva, pero que dicha exclusión se debilita si propugnamos una concepción objetiva, puesto que en tal caso la reconstrucción fáctica de los hechos en el fallo debería tender a eliminar semejante clase de influencias basadas en prejuicios injustificados. En todo caso, esta observación no es una crítica, sino que más bien una reflexión respecto de la tesis planteada por el profesor Hernández, ya que él no la sustenta en principios o reglas absolutas, sino que en la regla no escrita de la ponderación y propocionalidad, que siempre ha de encontrarse presente como regla no escrita para los efectos de adoptar medidas para la protección de los derechos fundamentales, decidiendo los casos en que se presenta colisión entre derechos fundamentales.[384] Este criterio, por lo demás, encuentra respaldo en nuestro ordenamiento jurídico, dado que el artículo 373 letra a) contempla la infracción sustancial de los derechos fundamentales para que se configure la causal que permite postular la nulidad del juicio oral y la sentencia dictada en él.

6. INFORME DE PERITOS

6.1. Reglamentación

Este medio de prueba se encuentra reglamentado por el Código Procesal Penal en los siguientes preceptos: 33, 139, 182, 198, 199, 259, 280, 303, 314 a 322, 325, 329 a 333, 393, 396, 464, 465 y 481.[385]

6.2. Concepto

El informe o dictamen de peritos consiste en la opinión escrita emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto.

Perito es la persona natural que, con motivo del ejercicio de una función pública o a raíz del ejercicio de su actividad privada, es llamado a deponer en el juicio sobre hechos relativos a su ciencia, arte o práctica para ilustrar en mejor forma a los jueces

---

[383] HERNÁNDEZ B., Héctor. "Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba". ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Págs. 43 y 44. Abeledo Perrot-LegalPublishing. 2010.

[384] Ver HERNÁNDEZ B., Héctor. "Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba". ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, en especial en esta parte, Págs. 43 y 44. Abeledo Perrot-LegalPublishing. 2010.

[385] En el Código de Procedimiento Penal se regula en artículos 221 a 245 y 471 a 473.

en materias ajenas a su conocimiento jurídico, respecto de los cuales ha emitido un informe o dictamen previo.[386]

6.3. Funciones del perito

El perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al tribunal en la estimación de una cuestión probatoria. Esto puede suceder de tres maneras diferentes:

1. Informa al tribunal los principios generales fundados en la experiencia –los resultados de su ciencia– (por ejemplo: que el estómago e intestino de un recién nacido se llenan de aire después de aproximadamente seis horas).

2. Comprueba hechos que únicamente pueden ser observados o que sólo pueden ser comprendidos y juzgados exclusivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales (por ejemplo: el intestino del bebé asesinado X no contiene aire).

3. Extrae conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas (combinación de 1 y 2, por ejemplo, por consiguiente el bebé X ha sido asesinado dentro de las primeras seis horas después del nacimiento).[387-388]

6.4. Paralelo entre el perito y el testigo

El perito como tercero ajeno al juicio se parece al testigo, pero se diferencia de él en lo siguiente:

1. El testigo para serlo requiere no estar afectado por alguna inhabilidad en materia civil (artículos 357 y 358). El perito además de no estar afectado por alguna inhabilidad (artículo 431 N° 1) requiere, además, poseer algún conocimiento de ciencia, arte o técnica y no estar afectado por alguna causal de implicancia o recusación (artículo 113 inciso 2° del CPC).

2. El testigo conoce los hechos con anterioridad al juicio; el perito los conoce con motivo del juicio. En este sentido se dice que los testigos no son fungibles, al no poder ser reemplazados por cualquier otra persona en cuanto al conocimiento que posee de los hechos. En cambio, los peritos son fungibles, puesto que ellos conocen de los

---

[386] Sobre los diversos problemas que plantea la utilización de la prueba pericial en el juicio oral puede consultarse trabajos de DUCE, Mauricio. "La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal". *Revista Procesal Penal* N° 37. Págs. 11 y Sgtes. Julio 2005; *La prueba pericial en los procesos orales. Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros.* LexisNexis. 2007. Santiago. Chile. *Admisiblidad de la prueba pericial en juicios orales. Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* ACCATINO, Daniela (coordinadora). Abeledo Perrot-LegalPublishing. 2010. Santiago. Chile.

[387] ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Pág. 238. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25° edición alemana. 2000.

[388] Véase COLOMA CORREA, Rodrigo (Editor). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral.* MÉNDEZ LONGORIA, Miguel Ángel. "Prueba pericial en Estados Unidos de América". Págs. 69 y Sgtes. LexisNexis. 2003. Santiago. Chile.

hechos con motivo del proceso, por lo que el informe que se les requiere puede ser emitido por cualquier otra persona que posea los conocimientos científicos o técnicos para apreciarlos. Ello se resume, como señala Carnelutti, en que "el juez llama al testigo porque ya conoce un hecho, y al perito, para que lo conozca".

3. El juramento que presta uno y otro es diferente. El testigo jura decir la verdad de lo que se le va a preguntar; en cambio, el perito jura desempeñar fielmente el cargo que se le ha encomendado.

Debemos recordar, que a partir de la modificación del artículo 206 del Código Penal, introducido en la Ley Nº 20.074, cometen delito de perjurio el testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción. La retractación puede constituir una atenuante calificada conforme a lo previsto en el artículo 208, pudiendo en casos calificados llegar a considerarse como eximente de responsabilidad, cuando así se justificare por su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos.[389]

4. El testigo nunca declara acerca del derecho. En cambio, el perito puede efectuar informes acerca del derecho extranjero.

5. Finalmente, se señala que "la nota diferencial entre el testimonio y la pericia ha de buscarse no en la estructura sino en la función; el testigo tiene en el proceso una función pasiva y el perito, activa; el testigo está en él como objeto y el perito como sujeto; el testigo es examinado y el perito examina; el testigo representa lo que ha conocido con independencia de todo encargo del juez, mientras que el perito conoce por encargo de éste. El juez busca al perito, mientras que en cambio respecto del testigo se ve constreñido a servirse del que encuentra" (Carnelutti).

En el proceso penal, creemos que es posible distinguir claramente el testigo, el testigo perito, y el perito como tres especies distintas de medios de prueba.

El testigo es quien, sin estar excluido de esa posición por su papel procesal de otro tipo, debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el juez por medio de una declaración.[390]

Testigo perito son las personas que declaran sobre lo que ellos han observado con motivo de su conocimiento profesional especial. Por consiguiente son testigos, no perito. Así, por ejemplo, un medido declara "yo examiné a X el 15/1/1992 y, así, constaté que estaba embarazada de 4 meses, él es un testigo perito".[391]

---

[389] Véanse *Oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al proceso penal* (Ley Nº 20.074. Ley Violencia Intrafamiliar. Responsabilidad Penal Adolescente. Instructivo Nº 2 de la Ley Nº 20.074. Págs. 17 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. Marzo 2007. Santiago. Chile.

[390] ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Pág. 219. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25ª edición alemana. 2000.

[391] ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Pág. 220. Editores del Puerto. Buenos Aires. Traducción 25ª edición alemana. 2000.

El perito es aquella persona que ayuda al fiscal o al tribunal, en virtud de poseer los conocimientos de los principios de la ciencia o de las reglas del arte u oficio, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante de una causa criminal.

Ejemplo delimitativo:

El ejemplo siguiente torna comprensible los papeles procesales de testigo, testigo-perito y perito: un médico declara en el juicio oral: "El 3/12/1982 por la noche, a las 22 hrs., N quien entretanto falleció, fue traído bañado en sangre a mi casa por dos personas; él contó que había sido atacado por A y que había sido golpeado en la cabeza con un palo; había reconocido a A con seguridad, particularmente por su voz. Luego N perdió el conocimiento. El examen demostró que la parte izquierda del cráneo estalló por un golpe; esa herida fue necesariamente mortal". Aquí el médico es testigo en cuanto informas sobre observaciones propias; en cuanto indica que la cubierta del cráneo estalló, es testigo –perito– pues esa observación la hizo debido a su conocimiento especial–; su aserción de que la lesión ha sido mortal es un dictamen pericial (Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Pág. 240).

En el proceso penal tanto el testigo como el testigo perito se deben regir por las normas relativas al medio de prueba testimonial, no siendo necesario que hayan emitido un informe previo a su deposición. Al efecto, el inciso segundo del artículo 309 establece que son testigos los que dan razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declara, expresando: a) Si los hubiere presenciado (testigo presencial), b) Si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos (testigo perito) y c) Si los hubiere oído referir a otras personas (testigos de oídas).

6.5. Características de la prueba pericial

Es una prueba circunstancial y mediata.

Circunstancial, puesto que se origina y se verifica a través del juicio; y mediata, puesto que no hay en ella un contacto directo entre el tribunal y los hechos.

Finalmente, podemos señalar que esta prueba tiene como característica el ser apreciado su valor probatorio conforme a las reglas de la sana crítica en el proceso civil.

6.6. Procedencia de la prueba pericial

La rendición de la prueba pericial puede tener un carácter obligatorio o facultativo.

En el proceso penal la rendición de la prueba pericial puede tener un carácter obligatorio o facultativo.

A. Procedencia obligatoria de la prueba pericial.

El inciso 2º del artículo 314 del CPP establece que procederá el informe de peritos:

1º. En los casos determinados por la ley, y

2º. Siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio".

Los casos en los cuales se contempla por el Código Procesal Penal la realización de la prueba pericial son:

1°. La autopsia en caso de muerte (artículo 201).

Cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, el fiscal procederá, antes de la inhumación del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, a practicar el reconocimiento e identificación del difunto y a ordenar la autopsia. El cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invocaren título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se hubiere practicado.

2°. La exhumación (artículo 202).

En casos calificados y cuando considerare que la exhumación de un cadáver pudiere resultar de utilidad en la investigación de un hecho punible, el fiscal podrá solicitar autorización judicial para la práctica de dicha diligencia.

El tribunal resolverá según lo estimare pertinente, previa citación del cónyuge o de los parientes más cercanos del difunto.

En todo caso, practicados el examen o la autopsia correspondientes se procederá a la inmediata sepultura del cadáver.

3°. Informe de las heridas para la comprobación de delito de lesiones (artículo 200).

Toda persona a cuyo cargo se encontrare un hospital u otro establecimiento de salud semejante, fuere público o privado, dará en el acto cuenta al fiscal de la entrada de cualquier individuo que tuviere lesiones corporales de significación, indicando brevemente el estado del paciente y la exposición que hicieren la o las personas que lo hubieren conducido acerca del origen de dichas lesiones y del lugar y estado en que se le hubiere encontrado. La denuncia deberá consignar el estado del paciente, describir los signos externos de las lesiones e incluir las exposiciones que hicieren el afectado o las personas que lo hubieren conducido.

En ausencia del jefe del establecimiento, dará cuenta el que lo subrogare en el momento del ingreso del lesionado.

El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo se castigará con la pena que prevé el artículo 494 del Código Penal.

4°. Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal (artículo 198).

Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes.

Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona

que hubiere sido sometida al reconocimiento, o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al Ministerio Público.

5°. Imputado enajenado mental (artículos 10 y 458).

Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el Ministerio Público o juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando la conducta punible que se investiga en relación a éste. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere.

6°. Imputado que cae en enajenación mental (artículos 10 y 465).

Si, después de iniciado el procedimiento, el imputado cayere en enajenación mental, el juez de garantía decretará, a petición del fiscal o de cualquiera de los intervinientes, previo informe psiquiátrico, el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta que desapareciere la incapacidad del imputado o el sobreseimiento definitivo si se tratare de una enajenación mental incurable.

La regla anterior sólo se aplicará cuando no procediere la terminación del procedimiento por cualquier otra causa.

Si en el momento de caer en enajenación el imputado se hubiere formalizado la investigación o se hubiere deducido acusación en su contra, y se estimare que corresponde adoptar una medida de seguridad, se aplicará lo dispuesto en el Párrafo 2° de este Título.

7°. Pruebas caligráficas (artículo 203).

El fiscal podrá solicitar al imputado que escriba en su presencia algunas palabras o frases, a objeto de practicar las pericias caligráficas que considerare necesarias para la investigación. Si el imputado se negare a hacerlo, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la autorización correspondiente.

Además, el fiscal juez puede ordenar el examen pericial en todos los casos en que sea necesario para la comprobación del delito y la persona del delincuente conforme a lo previsto en los artículos 180 y 181.[392]

---

[392] En el antiguo proceso penal, se establece que "el juez pedirá informe de peritos en los casos determinados por la ley, y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio".

Los casos en los cuales se contempla por el legislador la realización de la prueba pericial en materia penal son la autopsia en caso de muerte (artículo 125), el examen de las heridas para la comprobación de delito de lesiones (artículo 139), la tasación de objetos en los delitos contra la propiedad (artículo 147), el cotejo de instrumento tachado de falso en los delitos de falsedad (artículo 150) y el cotejo de letra, firma o rúbrica (artículo 153), revisión de traducción de instrumentos extendidos en idioma diverso del castellano (artículo 186), en caso de ponerse en duda un instrumento privado (artículo186), en caso

B. Procedencia facultativa de la prueba pericial.

Dispone el artículo 316 que el juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo.

6.7. Iniciativa para rendir la prueba pericial

En el proceso penal se ha introducido un cambio trascendental en materia pericial, respecto de la regulación que se contemplaba referente a ellos en el antiguo Código de Procedimiento Penal.

Dicha modificación consiste en que "en general, se va hacia un sistema informal de peritos, más bien testigos peritos o testigos expertos. La parte que quiere probar un punto presenta un testigo a su costa, experto en un tema y que ha desarrollado su informe pericial del modo que estima conveniente, sin un método de designación previa y que tiene que comparecer en juicio. En éste, es interrogado sobre su credibilidad, sobre su trayectoria profesional y se le otorga la credibilidad que se estime". "La ventaja de la normativa que se propone es que da status de perito a las personas traídas por las partes. Actualmente, si se lleva un experto a declarar a petición de parte, lo inhabilitarán y desmejorará su condición" (Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo Informe de peritos. Artículos 226 a 238).

Durante la etapa de investigación, corresponde al fiscal y a las partes designar peritos de su confianza para la realización de las pericias.

Para los efectos que practiquen la labor de reconocimiento los peritos, durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta (artículo 320).

Por otra parte, el artículo 197, titulado Exámenes corporales, dispone que si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Continuación nota [392]

de ampliación del plazo de la detención (artículo 272 bis), cuando el inculpado se niega a contestar fingiéndose loco, sordo o mudo (artículo 327).

Además, el juez puede ordenar el examen pericial en todos los casos en que sea necesario para la comprobación del delito y la persona del delincuente conforme a lo previsto en los artículos 109 y 110 de dicho Código.

En caso de que fuere menester examinar al ofendido, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al juez de garantía, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa. Tratándose del imputado, el fiscal pedirá derechamente la autorización judicial.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia, siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.

Los peritos que deben comparecer al juicio oral se deben determinar por el fiscal en su acusación (artículo 259), por el querellante en su escrito de adhesión a la acusación del Ministerio Público o acusación particular (artículo 261) y por el acusado en su contestación a la acusación (artículo 263 letra c). El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo (artículo 316).

La razón por la cual los peritos deben comparecer a declarar en el juicio oral radica en que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley.

En estos últimos casos, la prueba deberá ser incorporada en la forma establecida en el Párrafo 9° de este Título (artículo 296, Oportunidad para la recepción de la prueba).

Este principio general, se reitera específicamente respecto de los peritos en el artículo 314, al señalar que el Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza, debiendo solicitar en la audiencia de preparación al juicio oral que éstos fueren citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acreditaren la idoneidad profesional del perito.

El artículo 199 ratifica la libertad del fiscal para designar peritos de su confianza al establecer que en los delitos en que fuere necesaria la realización de exámenes médicos para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que éstos sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio médico.

Excepcionalmente, sin embargo, conforme a lo previsto en el inciso 2° de ese precepto, las autopsias que el fiscal dispusiere realizar como parte de la investigación de un hecho punible serán practicadas en las dependencias del Servicio Médico Legal, por el legista correspondiente; donde no lo hubiere, el fiscal designará el médico encargado y el lugar en que la autopsia debiere ser llevada a cabo.

Para los efectos de su investigación, el fiscal podrá utilizar los exámenes practicados con anterioridad a su intervención, si le parecieren confiables.

La necesidad de la comparecencia de los peritos al juicio oral puede verse excluida por las siguientes razones:

a) Convenciones probatorias (artículo 275).

b) Exclusión de pruebas por ser impertinentes o tuvieren por objeto acreditar hechos públicos o notorios (artículo 276).

c) El tribunal admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare

que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo.

Con todo, el tribunal podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio (artículo 276).[393]

La Ley N° 20.074, de noviembre de 2005, introdujo una importante y práctica modificación en esta materia, al disponer en el inciso segundo del artículo 315 que, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo.

Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser sustituida por la presentación del informe.

6.8. Requisitos para ser perito

El artículo 317 contempla la única limitación respecto del perito, al establecer un requisito de capacidad en cuanto a la inexistencia de vínculos de parentesco de éste con el imputado. Prevé ese precepto legal que no podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconociere la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial. Al efecto, "la disposición señala que no podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconoce la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

"La Comisión hizo suya la idea que inspira esta regla que apunta a garantizar la imparcialidad de los peritos, estableciendo una incapacidad respecto de las personas que, por su cercanía con el imputado, presumiblemente no serán objetivos".

Fuera de esta causal del incapacidad, la regla general es la improcedencia dc la inhabilitación de los peritos, siendo improcedente por ello que se hagan valer en su contra causales de implicancia o recusación o tachas para impedirles desempeñar el cargo.

Al efecto, el artículo 318 establece que los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

---

[393] En el antiguo proceso penal, durante la fase de Sumario Criminal, corresponde al juez designar los peritos conforme a lo previsto en el artículo 221 por ser éste a quien corresponde dirigir la investigación, pudiendo las partes designar a su costa peritos asociados, salvo que el tribunal estimare que con ello se pudiere perjudicar el éxito de la investigación conforme a lo establecido en el artículo 224.

En el Plenario Criminal, la oportunidad que tienen las partes para presentar la lista de los peritos es en los escritos principales que conforman el periodo de discusión (artículos 429, 450 y 471 del Código de Procedimiento Penal). El juez puede decretar como medida para mejor resolver informe pericial de acuerdo a lo previsto en el artículo 499 del mismo.

6.9. Procedimiento para designar perito

En el actual proceso penal, los peritos son designados directamente por el fiscal y demás intervinientes, sin que le corresponda intervención alguna al juez de garantía o tribunal de juicio oral.[394]

6.10. Procedimiento para llevar a cabo el peritaje

Podemos distinguir, respecto del procedimiento para llevar a cabo la prueba pericial, tres etapas:

1. Reconocimiento, que es el acercamiento del perito a la cosa o persona que será objeto del informe.

2. El dictamen o informe mismo, que comprende las consideraciones y la conclusión en la cual resume el perito, a través de su ciencia o arte, la apreciación que tiene de los hechos.

3. La declaración del perito en el juicio oral.

Nos referiremos separadamente a cada una de ellas.

1. El reconocimiento.

El reconocimiento lo constituyen las actuaciones que puede realizar el perito para conocer y recopilar antecedentes respecto de la persona, cosa o hecho respecto del cual se le ha recabado el informe.

Aun cuando no se contempla expresamente la forma en que debe el perito efectuar esta labor, no cabe duda que ella debe ser efectuada por parte de éste.

En primer lugar, la práctica del reconocimiento es la única forma en la cual puede éste dar cumplimiento al primer requisito que se contempla respecto de su informe, en el cual debe contener la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare.

Finalmente, la importancia del reconocimiento es reconocida por parte del legislador al establecerse que durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta (artículo 320).

2. El informe o dictamen.

El informe o dictamen es el escrito mediante el cual el perito pone en conocimiento del fiscal o del imputado la labor realizada y la conclusión técnica o científica a la que ha llegado respecto del punto o materia sobre la cual se le ha requerido su opinión.

---

[394] En el antiguo proceso penal, se regula la designación de peritos en los artículos 221 a 222 del Código.

El artículo 315 señala expresamente el contenido que debe tener el informe pericial, el cual nos señala al efecto que, sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;

b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y

c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

La forma como deben actuar los peritos en la realización de su labor nos la señala el inciso final del artículo 314, al indicarnos que los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.

3. La declaración del perito.

La declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos (artículo 319)[395]. Si el perito se negare a prestar declaración, se le aplicará lo dispuesto para los testigos en el artículo 299 inciso segundo.

Sin embargo, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo, sin que sea necesaria la declaración del perito en la audiencia, salvo que alguna de las partes lo solicitare fundadamente.

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332. El juez presidente de la sala identificará al perito o testigo y ordenará que preste juramento o promesa de decir la verdad. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes. Si en el juicio intervinieren como acusadores el Ministerio Público y el querellante particular, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda. Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos.

---

[395] La declaración de un perito por videoconferencia es válida, puesto que constituye una modalidad de comunicación integral, interactiva y sincrónica, que se ajusta a la exigencia del artículo 340 inciso 2° del Código Procesal. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*. Pág. 132. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

A solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia.

Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre si, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia.

Los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar, no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. La parte que los presente justificará su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo aquéllos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren.

En sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta.

Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con su propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. Sin perjuicio de ello, es necesario tener presente que una vez que el perito hubiere prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio partes del informe que hubiere, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del perito, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos.

La cuestión relevante aquí es que lo que interesa al juicio oral es la declaración oral del perito, de manera que éste pueda explicar sus conclusiones en un lenguaje común que todos –y los jueces antes que nadie– puedan comprender. El informe no es la prueba, sino sólo el testimonio prestado en el juicio oral. Una declaración prestada con inmediación y sujeta a contrariedad del debate. En este sentido se ha resuelto respecto de informe de calificación pericial de un menor que si bien es cierto que *"el tribunal después del debate, al oponerse la defensa optó por tenerlos acompañados al juicio de conformidad a lo previsto en el artículo 314 inciso 1° del Código Procesal Penal, considerando que depuso en estrados en calidad de perito la asistente social que aparece suscribiendo dicho informe, reconociéndolo en la audiencia. Sin embargo, tal informe no se valora en parte alguna por el Tribunal, en atención a que se trata de una pericia que de acuerdo a lo previsto en los artículos 319 y 329 del Código Procesal Penal, debe ser rendida mediante la declaración personal en juicio por el profesional que la practica y en modo alguno ella puede ser sustituida por la lectura de los informes que las contuvieren".*[396]

[396] Tribunal de Juicio Oral de Ovalle. 28.2.2005. *Revista Procesal Penal* N° 32. Págs. 102 y Sgtes. Febrero 2005. En el mismo sentido, Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar. 12.4.2005. *Revista Procesal Penal* N° 34. Págs. 139 y Sgtes. Abril 2005.

Discrepamos de dicha opinión si ella se aplica en forma extrema, puesto que consideramos que la prueba pericial está constituida por un conjunto, que consiste primeramente en la declaración de perito, pero también con el informe pericial, que reconocido en el testimonio por el perito puede pasar a pasa a formar parte del proceso, antecedente que podrá ser de gran valor junto con la deposición para determinar su valor probatorio en caso de existir discrepancia de la deposición pericial con lo contenido en el informe. En caso contrario, resultaría absurdo que el legislador se hubiera preocupado de regular el contenido del informe pericial. Es más, estimamos que el perito tendrá ese carácter sólo cuando hubiere evacuado un informe y se hubiere acompañado al proceso, porque si así no fuera nos encontraremos solamente frente a un testigo-perito, el que será posible de ponderar en cuanto a su mérito probatorio como testigo en la medida que posea los conocimientos científicos necesarios y un conocimiento de los hechos al cual puedan ser ellos aplicados. Finalmente, el informe pericial puede pasar a constituir prueba en el juicio oral sin la deposición del perito en los casos que se contemplan en el artículo 331, que se indica a continuación, lo que nos demuestra que el informe pericial puede tener un valor probatorio, independiente del testimonio del perito que lo hubiere efectuado.

En este sentido, se ha señalado respecto de la prueba de peritos, que "el informe deberá presentarse por escrito sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca del mismo".

Podrá darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 280;

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal, y

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado.

El tribunal recibió, como medio de prueba conforme a la letra c) y fundado en las amenazas que habría recibido un testigo de parte de los acusados, la declaración de un testigo cuya identidad se mantuvo en reserva, a fin de poder establecer la efectividad de la alegación de la Fiscalía, testimonio que este tribunal tuvo por verosímil, por el comportamiento advertido por quien lo prestara.[397]

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía (artículo 331).

---

[397] Tribunal Juicio Oral Viña del Mar. 14.9.2005. *Revista Procesal Penal* N° 39. Págs. 135 y Sgtes. Septiembre 2005.

Finalmente, debe señalarse que la prueba pericial también admite su rendición en forma anticipada, conforme los términos del artículo 280, conforme el cual se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 6° del Título III del Libro Segundo, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.

Para estos efectos, el juez de garantía citará a una audiencia especial para la recepción de la prueba anticipada.

6.11. Gastos y honorarios del perito

En el proceso penal, se establece que "los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos corresponderán a la parte que los presentare".

Excepcionalmente, el tribunal podrá relevar a la parte, total o parcialmente, del pago de la remuneración del perito, cuando considerare que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiere importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el tribunal regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza y el total o la parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante será de cargo fiscal.

6.12. Valor probatorio del informe de peritos

En el actual proceso penal, no se regula específicamente esta situación. Sin embargo, de acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba, será el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica quien determinará el valor probatorio del informe de peritos.[398]

De acuerdo con ello, se ha resuelto que *"pretender que el dictamen pericial pueda tener fuerza probatoria que el tribunal no estuviera facultado para rechazar, pugna abiertamente con todo el régimen jurídico procesal porque significaría sustituir la función pública del órgano juzgador y convertir a los peritos, meros colaboradores de la administración de justicia, en los verdaderos falladores de las causas, jurisprudencia que actualmente recobra mayor valor por cuanto el actual sistema procesal*

[398] En el antiguo proceso penal, se establece respecto al valor probatorio de la prueba pericial dos reglas:

a) La prueba pericial puede ser considerada como prueba suficiente de la existencia del hecho observado o deducido con arreglo a los principios de la ciencia arte u oficio, siempre que se trate del dictamen de dos peritos perfectamente acordes, que afirmen con seguridad la existencia del hecho y que dicho dictamen no estuviere contradicho por el de otro u otros peritos (artículo 472).

b) La prueba pericial que no reúna uno o más de los requisitos anteriormente señalados será considerada por el juez como un presunción más o menos fundada, según la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se apoyen, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que ofrezca el proceso (artículo 473 del Código de Procedimiento Penal).

penal permite a los jueces valorar la prueba con libertad, en los términos del artículo 297 del CPP".[399]

7. La inspección personal del tribunal

7.1. Reglamentación

La inspección personal del tribunal como medio de prueba se encuentra reglamentada en el artículo 337 del Código Procesal Penal.[400-401]

7.2. Concepto

Medio de prueba por percepción, consistente en que el magistrado examine por sí mismo o acompañado de peritos las personas, cosas o situaciones de hecho que constituyen objeto de prueba en un juicio (Couture).

Examen que el tribunal realiza por sí mismo de hechos o circunstancias materiales controvertidas en el pleito, para adquirir la convicción acerca de su verdad o exactitud.

Del análisis de esas definiciones se desprende que dos son los elementos configuradores de este medio de prueba:

1. Los hechos que se acreditan a través de este medio de prueba son sólo los apreciados directamente por el tribunal;

2. La inspección personal del tribunal sólo puede ser utilizada para apreciar circunstancias o hechos materiales.

7.3. Características

Las características del medio de prueba inspección personal del tribunal son las siguientes:

1. Es un medio de prueba directo, puesto que en éste es de la esencia que los hechos a acreditarse sean apreciados directamente por el tribunal y nunca a través de un tercero. En él rige plenamente el principio de la inmediación.

2. Es un medio de prueba circunstancial, puesto que éste siempre se genera dentro del proceso y nunca a través de conocimientos personales que el juez pueda tener con anterioridad a la iniciación del proceso.

---

[399] Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó. 12.5.2004. *Revista Procesal Penal* N° 23. Págs. 56 y Sgtes. Julio 2004.

[400] En el Código de Procedimiento Penal se regula en artículos 112 a 120 y 474 a 476.

[401] En el nuevo proceso penal, el juez de garantía nunca realiza inspecciones personales para acreditar hechos, dado que la investigación le corresponde dirigirla al Ministerio Público y esas diligencias sólo tendrán valor probatorio en la medida en que se incorporen a través de algún medio de prueba en el juicio oral. Sin embargo, para cautelar derechos del imputado éste debe ser conducido permanentemente a la presencia del tribunal de garantía, pudiendo citarse a título meramente ejemplar los artículos 10, 95, 102 y 127.

3. Constituye Plena Prueba en el proceso civil, reuniéndose los requisitos que la ley establece.

4. Aparte de ser la Inspección Personal del tribunal un medio probatorio común a todos los procedimientos, se constituye en ciertos casos en una diligencia obligatoria por disposición de la ley dentro de algunos procedimientos. Por ejemplo, la denuncia de obra ruinosa y los interdictos especiales (artículos 571 y 577 del CPC).

7.4. Clasificación

La inspección personal del tribunal admite diversas clasificaciones, atendiendo a los siguientes puntos de vista:

A. De acuerdo a la manera como se practica

Atendiendo a este criterio, la inspección personal del tribunal se clasifica en extrajudicial y judicial.

1. Inspección extrajudicial es aquella que se realiza fuera del proceso sin que exista resolución judicial alguna que la ordene. Esta diligencia que se hubiere llevado a cabo carece de todo valor probatorio.

2. Inspección judicial es aquella que se realiza por el tribunal previa resolución judicial dictada en un proceso, notificada a las partes. Este es el medio de prueba que reglamenta la ley y que concurriendo las circunstancias que aquélla prevé es posible otorgarle el carácter de plena prueba.

B. De acuerdo al sujeto que la origina

La iniciativa para que se lleve a cabo una inspección personal del tribunal puede reconocer su iniciativa en la parte, el juez de oficio o la ley.

7.5. Iniciativa en la inspección personal del tribunal

En el proceso penal, durante la etapa de investigación le corresponde al Fiscal dirigir la investigación, y como tal deberá velar porque se lleven a cabo las diversas actuaciones que se contemplan en el párrafo 3º del Título I del Libro II del CPP (artículos 180 a 226), las que no tienen valor probatorio dentro del juicio oral, a menos que ellas se incorporen a ese juicio por algún medio de prueba. Al juez de garantía sólo le corresponde realizar las diligencias pertinentes para resguardar las garantías del imputado conforme a lo previsto en diversos preceptos que se contemplan a lo largo de ese cuerpo legal. En el juicio oral, es procedente que se realice la inspección personal del tribunal antes de la conclusión del juicio oral (artículo 337).

Al efecto, dispone ese precepto, que "cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, manteniendo todas las formalidades propias del juicio". En el nuevo proceso penal no se contemplan la

existencia de medidas para mejor resolver, entendidas como aquellas que se decretan de oficio, luego de concluida por las partes la discusión y prueba en el juicio.

Sobre la materia, debemos tener presente que "la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado eliminó las referencias a la inspección personal, como medio probatorio, que se contenían en los artículos 231 a 236 y en el antiguo artículo 363 del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados y que pasara a ser 328 en el texto definitivo.

Al justificar esta eliminación, la Comisión distinguió razones que explican la exclusión en el período de la investigación y en el juicio oral.

Señalando los motivos para no mantener la inspección personal en el período de instrucción, la Comisión sostuvo "que no le cabe dudar que el fiscal podrá constituirse en los lugares y examinar objetos las veces que considere útiles para la investigación con la sola exigencia de autorización judicial cuando corresponda. Durante tales diligencias podrá incluso filmar o grabar o mediante cualquier otro medio de reproducción de la realidad, capturar imágenes o sonidos que estime de interés presentar como prueba al juicio oral, respaldado si fuere del caso, con declaraciones testimoniales y periciales.

En el juicio oral, en cambio, pudiera ser de utilidad que, sin perjuicio de la prueba que se rinda sobre dichos lugares u objetos, el tribunal tome conocimiento directo de ciertos aspectos difíciles o imposibles de recrear y que pudieran tener importancia para su adecuada ilustración, como la luminosidad, los olores, la temperatura o la humedad. En ese supuesto, aceptando la procedencia de eliminar la inspección personal como medio de prueba, la Comisión resolvió incorporar una norma en el juicio oral que permita que el tribunal a petición de parte o de oficio pueda para formar su convicción, constituirse en pleno, en un lugar diferente de su asiento habitual. De esta forma se mantiene el principio de la inmediación y el tribunal puede aclarar dudas acerca de las pruebas que se le rinden y terminar de formar su convicción.

En acatamiento de este acuerdo, se introdujo al texto definitivo del Código el artículo 337. Aun cuando la norma regula la alternativa de tomar la determinación oficiosamente, no existe reparo alguno, como se preocupó de testimoniarlo expresamente la Comisión, en que actúe de este modo, a virtud de requerimiento de parte interviniente.[402]

7.6. Procedencia

La procedencia de la inspección personal del tribunal se contempla en cuanto lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias

[402] En el antiguo proceso penal, dentro del Sumario Criminal se contempla expresamente, dado el carácter de investigador del juez, la inspección personal del tribunal tanto respecto de los hechos como de la persona del delincuente, ya sea como primeras diligencias del Sumario o dentro de éste (artículos 7°, 112, 113, 114, 117, 121 y Sgtes., 170, 323, 326, 347, 347 bis, 348, 349, 350, etc.). En el Plenario Criminal es procedente que se realice la inspección personal del tribunal a petición de alguna de las partes dentro del término probatorio (artículo 490) o como medida para mejor resolver (artículo 499, todos del Código de Procedimiento Penal).

relevantes del caso, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias (artículo 337).

7.7. Procedimiento para llevar a cabo la inspección personal del tribunal

Cuando el tribunal oral decreta la inspección personal se prevé que ella debe verificarse manteniendo todas las formalidades del juicio, es decir, debe quedar constancia de la inspección personal en el registro del juicio oral de la diligencia que se practique y deben asistir a ella todas las partes del juicio oral.

7.8. Valor probatorio de la inspección personal del tribunal

En el nuevo proceso penal, no se regula específicamente esta situación. Sin embargo, de acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba, será el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica quien determinará el valor probatorio de la inspección realizada.[403]

8. LAS PRESUNCIONES

8.1. Reglamentación

Este medio de prueba no se encuentra reglamentado en Código Procesal Penal.[404]

8.2. Concepto

Es una actividad lógica; una actividad deductiva. Las presunciones están desarrolladas por la propia ley en el caso de las presunciones legales o es el propio Tribunal el que deduce en el caso de las presunciones judiciales.

"Consiste en el empleo por la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos sustanciales, pertinentes y contradictorios del proceso".

---

[403] En el antiguo proceso penal, la inspección personal del tribunal constituye plena prueba, siempre que ellos consten en un acta autorizada por el secretario, respecto de:

a) Existencia de rastros, huellas y señales que dejare un delito y acerca de las armas, instrumentos y efectos relacionados con él (artículo 474);

b) Hechos que hubieren pasado ante el juez y ante el respectivo secretario (artículo 475), y

c) Observaciones del juez asistido por el secretario en los lugares que hubiere visitado con motivo del suceso o los hechos que hubieren pasado ante uno y otro funcionario (artículo 476 Código de Procedimiento Penal).

[404] En nuestro ordenamiento jurídico se regulan las presunciones en: a) Código Civil: artículos 47 y 1712; b) Código de Procedimiento Civil: artículos 426 y 427, y c) Código de Procedimiento Penal: artículos 485 a 488.

Al efecto, se ha declarado que *"la llamada prueba de presunciones consiste en un razonamiento que, partiendo de un hecho conocido, proporciona certeza sobre el hecho desconocido por la vinculación o relación lógica existente entre uno y otro".*[405]

Respecto de las presunciones conviene resaltar la vinculación que existe con los indicios.

Para algunos, el indicio es igual a la presunción, reservándose el término presunción para el derecho civil y utilizando el término indicio para denotar el mismo concepto en el derecho penal[406], o bien se reserva por otros el término indicios para referirse con ello a las presunciones judiciales como acontece en el inciso 2º del artículo 486.

Para otros, el indicio es el hecho base y la presunción es la inferencia que se realiza a partir del hecho base. En este sentido, se ha señalado que "es la única distinción que consideramos correcta y que una vez adoptada puede contribuir a disipar muchas confusiones y a clarificar otros muchos conceptos. El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquélla. El indicio, *de inde dico*, "de allí digo", es lo que nosotros llamamos dato inferidor, o hecho base. Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es monobásica se compondrá de un solo indicio; si es polibásica, de varios".[407]

De acuerdo con ello, se ha señalado que "en el lenguaje corriente indicio es sinónimo de signo, huella o señal. Indicio es la cosa, el suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro suceso, otro hecho desconocido. Debemos, pues, prescindir en absoluto de considerar el indicio como una forma lógica de pensar, al modo de la presunción. Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego".[408]

8.3. Elementos y clasificación de las presunciones

Respecto de los elementos, clasificación y ámbito de aplicación de las presunciones, nos remitimos a lo señalado previamente en este mismo capítulo, a propósito del objeto de la prueba.

8.4. Valor probatorio de las presunciones judiciales

El Código Civil exige que sean graves, precisas y concordantes.

Que sean graves, significa que la presunción sea ostensible; debe aparecer plenamente configurada de los hechos que le sirven de base, de manera que a partir de

---

[405] Corte Suprema. 1.09.1965. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. T. 62. Sec. 4ª. Pág. 387.

[406] CARNELUTTI. *Lecciones sobre el proceso penal*. Pág. 318. Buenos aires. 1950.

[407] MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Pág. 241. 3ª Edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.

[408] MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Pág. 242. 3ª Edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.

ellos exista un nexo causal que lleve como consecuencia lògica a la determinaciòn del hecho presumido.

Que sean precisas significa que no debe ser vaga, difusa y susceptible de conducir a conclusiones diversas.

Que sean concordantes, significa que ellas deben ser armònicas, no deben ser contradictorias entre sì, de manera que induzcan todas a la misma conclusiòn de haber existido el hecho presumido.

Al efecto, se ha señalado que *"la presunción debe ser grave, o sea, que resulte de una deducciòn lógica que dè la certeza sobre el hecho presunto; debe ser precisa, o sea, que no se preste para deducir consecuencias diferentes a la deducida, y concordante, porque todas las presunciones deben coincidir entre sí dirigièndose al mismo objetivo".*[409]

El Código de Procedimiento Civil modifica el Código Civil y establece que una sola presunciòn puede constituir plena prueba, cuando a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisiòn suficientes para formar su convencimiento (artìculo 426 CPC). En todo caso, debemos tener presente al efecto el haber sostenido nuestra Jurisprudencia que "presumir, para el juez, es una labor enteramente personal y subjetiva. De las probanzas producidas deduce el juez hechos en uso de facultades que la ley le otorga. Si de los hechos pretendidos demostrar en el proceso no resulta posible deducir presunciones que le permitan llegar al convencimiento de la existencia de otro hecho, no puede legalmente sostenerse que se han infringido las reglas reguladoras de la prueba de presunciones"[410], ademàs nuestra Jurisprudencia ha manifestado un criterio uniforme en el sentido de establecer que la construcción de la presunción judicial y la determinación de los caracteres de gravedad y precisiòn suficientes para que constituyan plena prueba con facultades privativas de los jueces el fondo y quedan por ello al margen del control el tribunal de casaciòn.

En el artículo 427 del CPC se encuentra dos presunciones simplemente legales que constituyen medios específicos de prueba que señala el legislador.

La declaraciòn de Ministro de Fe y los hechos declarados por la parte en otro juicio se reputarán verdaderos, salvo prueba en contrario.

En el proceso penal regido por el CPP, no se contempla una regulación de las presunciones judiciales porque con ello estarìa contrariando el sistema general de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crìtica, según el cual le corresponde al tribunal en forma fundada y basado en las reglas de la lógica, las

[409] Corte Suprema. 24.6.1970. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 67 Sec. 1ª. Pàg. 219.

[410] Corte Suprema. 10.1.1973. *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* T. 70. Sec. 4ª. Pàg. 25.

máximas de la experiencia y en los conocimientos científicos dar por acreditados los hechos.[411-412]

9. LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA

Con posterioridad a la dictación del Código de Procedimiento Civil, la técnica ha ido generando en forma creciente nuevos medios de prueba que no se encuentran contemplados en la enumeración que de ellos realiza nuestra legislación.

Los referidos medios de prueba constituyen en la actualidad una realidad y que es imprescindible analizar por el uso de ellos cada vez en forma más masiva en el mundo y en nuestro país.

Además, cada vez es más frecuente notar en los diversos procesos el interés de las partes para acreditar los hechos mediante el uso de los modernos medios de prueba, puesto que las relaciones comerciales tienden a manifestarse a través de ellos.

---

[411] En el antiguo proceso penal, se establece en el artículo 488: "Para que las presunciones judiciales puedan constituir prueba completa de un hecho, se requiere:

1°. Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;

2°. Que sean múltiples y graves;

3°. Que sean precisas, de tal manera que un misma no pueda conducir a conclusiones diversas;

4°. Que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca, y

5°. Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el que se trata".

[412] En el actual proceso penal, no se regulan las presunciones judiciales, dado que conforme al sistema de la sana crítica le corresponde al juez establecer los razonamientos para arribar a los hechos, con la limitación de deber corresponder ellos a los criterios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados.

Sobre el particular, debemos tener presente que "el Senado suprimió el inciso final del artículo 201 aprobado por la Cámara que pasó a ser el actual 297".

Dicho inciso establecía:

"La existencia de un hecho o circunstancia podrá ser deducido por medio de indicios en tanto ellos se funden en hechos reales y sean múltiples, graves, precisos y concordantes".

La Comisión de Constitución de la Cámara Alta estimó pertinente suprimir dicha disposición porque, a su juicio, ella no se compadece con un sistema de libre apreciación de la prueba, sino que más bien corresponde al de la prueba legal o tasada, en la medida que le indica al tribunal la forma en que debe efectuar las deducciones.

Las presunciones judiciales o indicios no constituyen propiamente un medio de prueba, sino que un razonamiento, que consiste en inferir de hechos y circunstancias conocidos por el juez, hechos y circunstancias desconocidos.

El solo hecho de consagrar la libre valoración de la prueba importa que será sólo el tribunal quien libremente deberá hacer un análisis de los hechos y las pruebas para llegar a las conclusiones, sin considerar imputaciones valóricas previas establecidas por el legislador.

En esa medida, entrar a regular el razonamiento que debe efectuar el tribunal haría ilusoria la libertad de apreciación de la prueba.

Sin perjuicio de ello, en el artículo 350 del CPP se establece una limitación a ese razonamiento que efectúa el tribunal para dar por establecidos ciertos hechos por medio de las presunciones judiciales, al establecer que "la pena de muerte no podrá imponerse con el solo mérito de presunciones".

No obstante, es menester advertir que en algunos casos la utilización de estos modernos medios de prueba pueden atentar en contra de los derechos individuales de la persona humana y debe por ello privarse a éstos de todo valor probatorio, en estos casos.

En el actual sistema procesal penal se ha contemplado el sistema de libertad de prueba, al contemplarse que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados *por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley* (artículo 295).

Concordante con ello, se dispone que podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe (artículo 323).

En cuanto al procedimiento para rendir la prueba, es el tribunal quien debe determinar la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo (artículo 323 inciso 2°).

Finalmente, la prueba que se decrete debe haber sido obtenida, rendida y valorada de forma tal que no viole los derechos fundamentales de las partes contempladas en la Constitución y tratados internacionales (artículo 373 letra a).

10. PRUEBA DE LA ACCIÓN CIVIL

Respecto de la prueba de la acción civil ejercida dentro del proceso penal y de las cuestiones prejudiciales civiles que son conocidas por el juez del crimen, de conformidad a lo prescrito en el artículo 324, debemos tener presente que la prueba de esos asuntos civiles se rigen en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y valor probatorio por las disposiciones del CPP, y sólo se sujeta a las normas civiles en relación a la determinación de la parte que debe probar.[413]

Dicho en otras palabras, sólo la carga de la prueba cabe determinarse respecto de la acción civil y de las cuestiones prejudiciales civiles por las normas civiles cuando se hacen valer en el proceso penal, en particular, por la aplicación del artículo 1698 del Código Civil, debiendo regirse todos los demás aspectos de la prueba relativos a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y valor probatorio por las disposiciones del Código Procesal Penal.

XIV. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA CIVIL Y PENAL EN NUESTROS PROCEDIMIENTOS

Finalmente, efectuaremos un paralelo recogiendo las principales diferencias existentes entre los procedimientos penales y los civiles, en este último caso refiriéndonos también al contenido del actual proyecto de Código Procesal Civil.

---

[413] En ese sentido, Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 24.3.2003. *Revista Procesal Penal* N° 9. LexisNexis. Págs. 120 y Sgtes. Mayo 2003.

Código Procedimiento Civil	Proyecto de Código Procesal Civil	Antiguo Proceso Penal	Proceso Penal del CPP
La prueba es actividad de comprobación.	La prueba es actividad de comprobación.	La prueba es actividad de investigación, atendida la relevancia del Sumario Criminal y el valor que tienen esas Pruebas en el Plenario.	La prueba es actividad de comprobación, atendido que revisten valor probatorio en el juicio oral sólo las pruebas que se rindan en él.
El objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes.	El objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes.	El objeto de la prueba son los hechos, cosas, lugar y personas, independiente afirmaciones de las partes.	El objeto de la prueba son los hechos, cosas, lugar y personas, conforme a lo sostenido en la acusación y defensa.
Se aplica la carga de la prueba.	Se aplica la carga de la prueba.	Se aplica principio in dubio pro reo.	Se aplica principio in dubio pro reo.
Poderes limitados del juez en medidas para mejor resolver. Artículo 159.	Poderes amplios para decretar diligencias probatorias durante el juicio. Artículo 18. No existen medidas para mejor resolver	Poderes amplísimos del juez para decretar pruebas durante el Sumario (artículo 109) y en el Plenario (artículo 499).	La investigación no tiene valor probatorio por encontrarse a cargo del Ministerio Público (artículo 3° CPP). No se contemplan medidas para mejor resolver.
Primacía sistema prueba legal o tasada.	Rige plenamente sana crítica (artículo 266)	Sistema prueba legal o tasada para condenar. Sistema de la sana crítica para absolver (456 bis), con una visión subjetiva de la convicción para la absolución.	Rige plenamente sana crítica (artículo 297), que permiten dictar una sentencia condenatoria basada en la totalidad de la prueba sólo en caso de haberse adquirido una convicción fundada, coherente y objetiva más allá de una duda razonable.
Resolución recibe causa a prueba, fija hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.	Los hechos que se dan por probados en juicio se fijan por juez al término de audiencia de preliminar, determinándose las pruebas que se deben rendir en los artículos 254 y 255.	Resolución recibe causa a prueba en el Plenario no fija hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.	Los hechos que se dan por probados en juicio oral se fijan por juez de garantía al término de audiencia de preparación del juicio, determinándose las pruebas que se deben rendir en el artículo 277.

Còdigo Procedimiento Civil	Proyecto de Código Procesal Civil	Antiguo Proceso Penal	Proceso Penal del CPP
Tèrmino probatorio ordinario de 20 dias, siguiendo plazo de 10 dias observaciones a la prueba y citaciòn para oìr sentencia.	La prueba se debe rendir dentro de la audiencia de juicio.	Tèrmino probatorio ordinario de 20 dias, certificado vencimiento probatorio y notificación, examinando juez autos para decretar medidas para mejor resolver, sin que exista citación para oìr sentencia.	La prueba se debe rendir dentro del juicio oral.
Deben probarse sòlo los hechos no controvertidos.	No se rinde prueba sobre los hechos que se celebran convenciones probatorias en la audiencia preliminar. Artículo 262.	Juez debe investigarlo todo, aun cuando no exista controversia.	No se rinde prueba sobre los hechos que se celebran convenciones probatorias en la audiencia de preparación del juicio oral. Artìculo 275.
Sòlo existen medios establecidos en la ley.	Sistema de libertad de prueba.	La ley contempla un nùmero abierto de medios de prueba	Sistema de libertad de prueba.
Procede reconocimiento tàcito de instrumentos privados	Procede reconocimiento tàcito de instrumentos privados. Artículo 273.	No procede reconocimiento tàcito de instrumentos privados.	No procede reconocimiento tàcito de instrumentos privados.
Es admisible la confesiòn ficta en el mecanismo de absolución de posiciones.	El medio de prueba es la declaración de parte, sin que exista el pliego de posiciones. Se puede tener por confeso respecto de hechos afirmados por la parte que pide declaración. Artículos 255 letra e) y 295.	No es admisible la confesiòn ficta.	No es admisible la confesión ficta.
Las inhabilidades de testigos se clasifican en absolutas y relativas.	No se contemplan inhabilidades respecto de los testigos	Las inhabilidades de testigos son ùnicas.	No se contemplan inhabilidades respecto de los testigos.
Tachas acogidas restan todo valor probatorio a los testigos.	El valor del testigo se determina por juez según sana crítica, sin que existan tachas.	Los declaraciones de testigos respecto de los cuales se acoja una tacha pueden ser presunciòn judicial.	El valor del testigo se determina por juez según sana crítica, sin que existan tachas.

Código Procedimiento Civil	Proyecto de Código Procesal Civil	Antiguo Proceso Penal	Proceso Penal del CPP
El informe de peritos tiene valor probatorio sin necesidad de declarar el perito en juicio y son nombrados por el tribunal en caso de falta de acuerdo de las partes.	Los peritos son nombrados directamente por cada parte sin intervención del tribunal y deben declarar en el juicio.	Los peritos son nombrados generalmente por el tribunal en el Sumario y su informe tiene valor sin necesidad de declarar en el juicio.	Los peritos son nombrados directamente por cada parte sin intervención del tribunal y deben declarar en el juicio oral.
Caben las presunciones de derecho.	Caben las presunciones de derecho.	No son admisibles las presunciones de derecho de responsabilidad.	No son admisibles las presunciones de derecho de responsabilidad.
Se regulan los elementos de las presunciones judiciales y no existe limitación para aplicación de presunciones judiciales.		Se regulan los elementos de las presunciones judiciales y como único medio de prueba no permiten aplicar la pena de muerte.	No se regulan las presunciones judiciales, y se encuentra derogada la pena de muerte.
En la práctica, no rige la inmediación	Debe regir plenamente la inmediación, artículo 8°	En la práctica, no rige la inmediación	Rige plenamente la inmediación
Prima en la prueba la demostración, existiendo una investigación limitada en las medidas para mejor resolver.	Prima en la prueba la demostración, puede el juez decretar diligencias durante el juicio, carecen de valor probatorio las pruebas que no se rindan en el juicio y no se contemplan las medidas para mejor resolver. Artículos 8° y 258	Prima en la prueba la investigación, lo que se demuestra por la conducción de ella por el juez en el Sumario Criminal, y por la amplitud en como son concebidas las medidas para mejor resolver en el Plenario Criminal.	Prima en la prueba la demostración, careciendo de valor probatorio en el juicio oral las actuaciones realizadas durante la investigación y no se contemplan dentro de éste las medidas para mejor resolver.

Capítulo Octavo

Breves nociones acerca de algunos procedimientos penales especiales

1. Procedimientos penales especiales propiamente tales

Generalidades

El legislador se encarga de establecer en el Libro IV del CPP, bajo el título "De los Procedimientos Especiales y Ejecución", una serie de procedimientos para cumplir algunos presupuestos previos al juzgamiento de una persona en el procedimiento penal como son el desafuero, la querella de capítulos y la extradición, o para el juzgamiento de los crímenes y simples delitos en que es aplicable el procedimiento abreviado, de los delitos de acción penal privada en el procedimiento de acción penal privada, y de los simples delitos respecto de los cuales el Ministerio Público requiriere una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo y las faltas a ser juzgados a través del procedimiento simplificado.

Los procedimientos especiales establecidos en el Libro IV, tradicionalmente, han sido clasificados en procedimiento previos o antejuicios y procedimientos penales especiales propiamente tales.

Son *procedimientos previos o antejuicios* aquellos que deben verificarse con anterioridad o durante la tramitación de un proceso penal a fin de cumplir previamente con un presupuesto que permite el juzgamiento válido de una persona en el juicio penal mismo.

En cambio, revisten el carácter de *procedimientos especiales propiamente tales* aquellos que se encargan de regular el desarrollo íntegro de un proceso para el juzgamiento en él de una determinada clase de delitos.

Los referidos procedimientos, si bien es cierto que revisten el carácter de especiales, son de aplicación general, puesto que se someten a la tramitación establecida en ellos todos los asuntos que reúnen los requisitos generales que hacen procedente la aplicación de dichos procedimientos, salvo norma especial en contrario.

Dentro del Libro IV del CPP, los procedimientos especiales, pero de aplicación general, que se contemplan son los siguientes:

1. El Procedimiento Abreviado.
2. El Procedimiento Simplificado.
3. El Procedimiento por Crimen o Simple Delito de Acción Penal Privada.

Son procedimientos especiales, dado que el procedimiento ordinario es el procedimiento ordinario o juicio oral en lo penal regulado en el Libro II del CPP, cuyas normas reciben una aplicación supletoria en los procedimientos especiales cuando ellos no contengan una norma que regule alguna materia determinada.

Además, reciben aplicación las disposiciones generales contempladas en el Libro I del CPP, y en subsidio, respecto de las materias por ellas no reguladas rigen las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 52), salvo normas especiales diversas contempladas en el procedimiento especial.

En este sentido, se dispone a propósito del procedimiento abreviado que se aplicarán en él las disposiciones consignadas en el Título III del Libro IV, y en lo no previsto en éste, las normas comunes previstas en el Código y las disposiciones del procedimiento ordinario (artículo 415). Respecto del procedimiento simplificado, se señala que dicho procedimiento se regirá por las normas especiales del Título I del Libro IV y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Procedimiento Ordinario contenidas en el Libro Segundo, pero sólo en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza (artículo 389).

Ahora bien, no obstante que estos procedimientos son especiales, reciben una aplicación general atendida la amplitud de las materias respecto de las cuales se contempla sean regidos por cada uno de ellos.

Además, fuera del CPP existen una serie de procedimientos especiales para el juzgamiento de una determinada clase de delitos y/o personas.

Revisten el carácter de procedimientos especiales los contemplados en la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado; los procedimientos militares de tiempo de paz y tiempo de guerra del Código de Justicia Militar; Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad; D.F.L. N° 1 de 18 de octubre de 1995, que fija texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, etc.

II. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

1. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1.1. Reglamentación

El procedimiento abreviado se encuentra reglamentado en el Título III del Libro IV del CPP (artículos 406 a 415).

El procedimiento abreviado se rige por las disposiciones consignadas en el Título III del Libro IV, y en lo no previsto en éste, por las normas comunes previstas en el Código y las disposiciones del procedimiento ordinario (artículo 415).

1.2. Concepto

El procedimiento abreviado es aquel procedimiento especial, conocido por el juez de garantía, destinado a conocer y fallar la acusación en aquellos casos en que el fiscal solicite en su acusación una pena que no supere cierto límite previsto por el legislador, aceptándose expresamente por el imputado los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren como la aplicación de este procedimiento en lugar del juicio oral, sin que en caso alguno pueda aplicarse en la sentencia condenatoria que pudiere pronunciarse una pena superior ni más desfavorable al imputado a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso.

Al respecto, se ha señalado que "el procedimiento abreviado no constituye verdaderamente un juicio, ya que lo esencial a este último es la contradictoriedad de la pretensión y/o contrapretensión deducida y la resolución del conflicto por parte del tribunal en base a la ponderación de la prueba incorporada por las partes.

"Sin embargo, en el procedimiento abreviado no existe la incorporación de prueba en la forma establecida por la ley, sino sólo la referencia a los antecedentes de la carpeta de investigación fiscal, cuestión que, si bien no cumple los requerimienos de la prueba formal propia del juicio contradictorio, al menos, satisface una exigencia mínima probatoria de momento que está respaldada por la aceptación del imputado".[1]

1.3. Justificación de existencia del procedimiento abreviado y la negociación como mecanismo de solución al conflicto penal

La existencia de este tipo de procedimientos se relaciona indefectiblemente con las finalidades del proceso y la coherencia del sistema procesal, respecto del reconocimiento de la justicia penal negociada.

Los mecanismos negociales de justicia penal se insertan y son funcionales al sistema de enjuiciamiento criminal en el que reciben aplicación. Su finalidad se justifica, por lo general, en la necesidad de contar con vías más rápidas y económicas que el juicio oral[2], en aquellos casos en que no existe controversia entre acusador e imputado respecto de los hechos que constituyen las imputaciones materia del proceso. A través de él se logra una importante economía de recursos, tiempo, obtención de "condenas rápidas", e implican importantes beneficios para el acusado, tanto desde la óptica del tiempo de duración del procedimiento y por ello, eventualmente, la extensión de las

---

[1] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas de proceso penal. Problemas actuales del procedimiento abreviado*. Pág. 251. Librotecnia. 2009. Santiago. Chile.

[2] Según consta en la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.074, a propósito de la ampliación de la oportunidad para acordar la tramitación conforme a las normas del procedimiento abreviado, los representantes del Gobierno manifestaron que la solución de esta norma apunta a la eficiencia, ya que el sistema no funcionaría con un 100% de juicios orales en curso. Por otra parte, expresaron que el imputado al aceptar esta fórmula renuncia a su derecho a juicio, donde podría ser absuelto en definitiva. Además, por cada juicio oral que no se realiza el Estado ahorra, aproximadamente, cuarenta millones de pesos. Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Pág. 176.

medidas cautelares, como por la menor condena. En suma, parece de una primera impresión, el sistema en su conjunto se beneficia a través del establecimiento de mecanismos consensuados de resolución del conflicto.

Las críticas, por su parte, se relacionan precisamente con que con ella se pone en práctica la "justicia negociada", al margen de los fines públicos del proceso, que ya no busca el establecimiento de la verdad, sino la simple eficacia, y en que las condenas obtenidas se basan en el consenso entre persecutor e imputado, cuestión que origina evidentes distorsiones en dicha relación, dado que el equilibrio entre garantías y eficacia del sistema tiende a ceder a favor de este último, desatendiendo y en muchas ocasiones ignorando las primeras.

"FERRAJOLI sostiene que las prácticas negociales (contractuales, incluso) entre la parte acusadora y la defensa se alejan dramáticamente del paradigma adversativo al que dicen responder. En efecto, la contradicción entre partes supone justamente un cierto equilibrio en los poderes de intervención procesal, así como la existencia (y relevancia) de un tercero imparcial que sustancie el procedimiento y dirima el conflicto. En palabras de FERRAJOLI: "La marginación del momento jurisdiccional propio, o sea, la fase de juicio oral, que, constreñida entre la fase prejudicial de la detención preventiva y los pactos de la pena, está condenada a convertirse (...), no en la regla sino en la excepción"[3].

Sobre la materia se nos ha sintetizado claramente las dos posiciones encontradas que se presentan respecto de este procedimiento abreviado por el penalista y procesalista argentino Julio Bernardo Maier, quien señala que "El núcleo del debate acerca de esta institución se vincula claramente, a la decisión acerca del papel que cumple el procedimiento penal: quienes reducen ese papel a la función de garantía, disponible para el imputado –que, por ello, precisamente, puede renunciar a ella en ejercicio de su derecho a la autonomía de su voluntad y en aproximación al "proceso de partes"–resultan firmes defensores de esta vía procesal; quienes, por el contrario, piensan que el procedimiento penal, en especial el juicio público, a más de una garantía individual a disposición del afectado, representa para el estado y sus funcionarios una condición de legitimación acerca de la utilización de la pena estatal –máxima medida de coerción que el orden jurídico autoriza–, se oponen a él, al menos si se lo usa casi indiscriminadamente para imponer penas graves, como la privativa de libertad. La contraproposición de opiniones representa, en suma, otro enfrentamiento similar a aquel que considera disponibles o indisponibles ciertos bienes jurídicos básicos, que pueden ser resumidos en los derechos humanos reconocidos en el sistema penal".[4]

---

[3] CORREA ROBLES, Carlos y REYES LÓPEZ, Mauricio. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, citando a FERRAJOLI, Luigi. 2001. "Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal". En MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.). 2001. *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. Pág. 49.

[4] MAIER, Julio B. y BOVINO, Alberto (comps). *El procedimiento abreviado*. Prólogo. Pág. III. Ediciones del Puerto. 2001. Buenos Aires.

En el sistema procesal penal se ha justificado la existencia del procedimiento abreviado, señalándosenos que "al identificar los beneficios del sistema de juzgamiento abreviado, se incluyen en ellos: el ahorro de recursos del sistema judicial; el ahorro de recursos por parte de la víctima, incluyéndose su propio tiempo y la reducción de los gastos legales; y el ahorro de recursos del imputado, que incluye el tiempo que deja de gastar en el proceso, el tiempo que deja de pasar en prisión preventiva, el menor tiempo de condena que obtiene como producto del acuerdo y la reducción de gastos legales en su defensa. En cuanto a los costos éstos se traducen fundamentalmente en la posibilidad de que mediante este procedimiento se establezcan penas inferiores o superiores a aquellas que resultan socialmente óptimas, entendiendo que serían tales aquellas que se hubiesen generado como producto del proceso que la comunidad ha definitivo como el regular (juicio oral completo)".[5]

El Mensaje del proyecto del nuevo Código señaló: "En segundo lugar, se propone la creación de algunos procedimientos simplificados en que por la vía de acuerdos entre todos los intervinientes o de algunos de ellos, se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger".

...

"Entre las posibilidades de simplificación de los procedimientos que se proponen, la principal es el llamado procedimiento abreviado regulado en el Título II del Libro IV. Se trata fundamentalmente de la posibilidad de que el imputado renuncie a su derecho al juicio oral cuando manifieste su acuerdo en los hechos contenidos en la acusación y en los antecedentes de la instrucción que la fundan.

Por medio de este procedimiento se busca dar una salida expedita a aquellos casos en que no exista una controversia sobre los resultados de la investigación realizada por el fiscal. Se ha preferido esta fórmula a aquélla en que se exige una aceptación explícita de culpabilidad para permitir al juez un control más intenso sobre los antecedentes del caso. El proyecto faculta al juez incluso para absolver en el caso que, a pesar del reconocimiento de hechos realizado por el acusado, éstos no sean constitutivos de delito o el conjunto de los antecedentes de la instrucción lo llevaren a adoptar esa decisión.

Dada la trascendencia de la renuncia del acusado al juicio oral, que según ya se ha dicho constituye el núcleo central de garantías del sistema propuesto, se impide su aplicación a casos en que se arriesguen penas privativas de larga duración o la de muerte. Asimismo, se otorgan al juez amplias facultades para controlar que el consentimiento del imputado haya sido libre e informado, pudiendo incluso rechazar el acuerdo y dar paso al juicio oral si no lo estimare así".

Los mecanismos negociados de resolución del conflicto penal, independientemente de su concepción y procedimientos, presentan una fase de negociación entre el ente

[5] MAIER, Julio B. y BOVINO, Alberto. Ob. cit. Págs. 456 y 457. 2001.

acusador y el imputado, en el cual ambas realizan concesiones y cuyo contenido varía dependiendo el sistema, pero en que básicamente el imputado renuncia a una o más oportunidades de actuación en el proceso, y el órgano persecutor accede a otorgarle ciertas ventajas, ya de abstenerse de ejercer ciertas facultades o asegurarle ciertos beneficios o privilegios, consistentes en pactos sobre el contenido de la imputación, la pena, u otros de características similares. El control judicial, puede ser más o menos estricto, y referido ya al contenido mismo de los acuerdos celebrados o de la voluntad del imputado para llegar a ellos.

Conforme lo señalado el procedimiento abreviado se inserta dentro de aquellas instituciones que nos remontan a los mecanismos negociados de solución al conflicto penal, cuyas máximas expresiones se encuentran en el sistema anglo-norteamericano y especialmente el *plea bargaining* estadounidense, el que se ha convertido en el método predominante de resolución de los conflictos penales a finales del siglo XIX y principios del siglo XX[6], y en el que la libertad del fiscal y acusado son tan amplias que muchos lo caracterizan simplemente como un contrato procesal, inserto dentro de las amplias facultades de que disponen los fiscales norteamericanos respecto del ejercicio de la acción penal pública.[7]

En Chile, y sin perjuicio de las evidentes concepciones doctrinarias sobre la materia, podemos apreciar tanto en su establecimiento en el CPP, primero, como en la modificación experimentada el año 2004 para darle mayor aplicación, después, que su finalidad es primordialmente instrumental, tendiente a hacer más eficaz el sistema, por la vía de una más expedita resolución del conflicto penal en los casos en que resulte procedente, con el consiguiente ahorro en costos y tiempo, evitando sobrecargar el sistema.

1.4. Naturaleza jurídica del acuerdo del imputado para que se pueda aplicar el procedimiento abreviado

Respecto de la naturaleza jurídica del acuerdo que debe prestar el imputado para la aplicación del procedimiento abreviado, se han sostenido cuatro enfoques: Transacción; Confesión; Allanamiento y Renuncia a juicio oral y Sometimiento a un procedimiento bajo ciertas condiciones.

Claramente no puede tratarse de una transacción, porque no versa el acuerdo sobre la pretensión penal que conduciría al término del juicio, sino que sobre el procedimiento que debe aplicarse para pronunciarse sobre el conflicto penal, pudiendo dictarse dentro del mismo una sentencia tanto condenatoria como absolutoria.

---

[6] LA FAVE, ISRAEL, KING, 2000. *Criminal Procedure.* 3ª edición. St. Paul MINN. West Group. Págs. 956-957, citado por CORREA ROBLES y REYES LÓPEZ, Memoria de Prueba citada.

[7] Sobre las críticas al sistema del plea bargaining ver *Langbein "tortura y plea bargaining"*, en MAIER-Bovino (comps.). Ob. cit. Págs. 3 y Sgtes. 2001.

Por otra parte, no existe una confesión, sino que una mera aceptación del acusado acerca de la existencia de determinados antecedentes fácticos, respecto de los cuales es posible sustentar diversas interpretaciones y alcances como respecto de su significación jurídica que no implican por ello que necesariamente deben serle los hechos aceptados perjudiciales al acusado. Tampoco en el acuerdo abreviado existe un allanamiento, esto es, la aceptación de los antecedentes fácticos y jurídicos de la pretensión penal por parte del acusado, dado que puede por éste sustentarse su inocencia, por la diversa significación o falta de eficacia de los hechos de la investigación para acusar como la diversa significación jurídica, exención o extinción de la responsabilidad penal que pudiera existir respecto de ellos, lo que puede conducir a la dictación de una sentencia absolutoria.

En consecuencia, concordamos en que en la especie nos encontramos ante una renuncia, dentro de la cual, se distingue entre la renuncia al juicio oral y la renuncia a la prueba. Como ya dijéramos, la conformidad del imputado implica la renuncia al juicio oral y, en los hechos, también implica una renuncia a la prueba al aceptar lo establecido en la investigación y en la acusación, liberando al Ministerio Público de la necesidad de rendir prueba por aceptar para su juzgamiento los antecedentes reunidos en la investigación.

Ésta parece ser la teoría que acoge nuestro CPP. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se dejaron las siguientes constancias, a propósito de este requisito: "Se estimó necesario también que el imputado acepte expresamente someterse al procedimiento, atendido que este procedimiento no contempla recepción de prueba y afectaría su derecho al debido proceso, por ello se le exige que renuncie al juicio a que tiene derecho", es decir, la intención de la Comisión es que este procedimiento sustituya al juicio oral y no que se trate de un incidente previo a él.

Sin embargo, con posterioridad se señaló: "al respecto se indicó que hay dos maneras de abordar este tema. En el sistema norteamericano en que se le pregunta al imputado si se declara culpable o inocente, y el otro el sistema europeo que se refiere solamente al procedimiento en que el imputado se mantiene como inocente pero acepta renunciar a un juicio, sistema que no ha funcionado en la práctica porque la rebaja de pena es mínima y se rigidiza demasiado la investigación para poder utilizar los antecedentes en el juicio. Lo que pretende el proyecto es combinar ambos sistemas, exigiendo la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación, pero además que haya un examen de los antecedentes reunidos por la fiscalía para evitar que la condena se produzca por la sola confesión del imputado y se obliga al fiscal a limitar la pena solicitada".[8]

[8] OTERO L., Miguel. *Código Procesal Penal.* Pág. 83. LexisNexis-ConoSur. Mayo 2002. En el mismo sentido, CERDA G., Rodrigo y HERMOSILLA, Francisco. *El procedimiento abreviado (Nuevo sistema procesal penal).* Pág.40. Editorial Metropolitana. 2003. Santiago. Chile.

1.5. Tribunal competente

El tribunal que siempre es competente para conocer del procedimiento abreviado es el juzgado de garantía que hubiere intervenido en la investigación formalizada (artículos 14 letra c) COT y 407 y 409 CPP).

Atendidos los principios del sistema procesal y las garantías que éste consagra, la crítica salta a la vista. A través de la competencia entregada al juzgado de garantía que intervino en la fase de investigación formalizada, se vulnera la independencia y el derecho a un juez imparcial.

En efecto, el tribunal encargado de resolver en el procedimiento abreviado es el mismo que tomó ya conocimiento de hechos y aspectos que pueden ser relevantes para fundar un juicio de culpabilidad en la sentencia que debe dictar. Sólo puede considerarse como aminorante de la crítica, el menor compromiso que puede tener el juez con el resultado del procedimiento, dado que éste ya no investiga –como en el sistema inquisitivo–, sino que controla jurisdiccionalmente la investigación que efectúa el Ministerio Público.

1.6. Requisitos legales previstos para la aplicación del procedimiento abreviado

Los requisitos que prevé el legislador y que deben concurrir copulativamente para que sea aplicable el procedimiento abreviado, son los siguientes:

a) La pena solicitada por el fiscal no debe superar el límite señalado en la ley.

b) Que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación en que se fundan.

c) Que el querellante no se oponga, o de existir oposición ésta se rechace por infundada.

Nos referiremos separadamente a cada uno de ellos.

a) Que el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

La pena concreta solicitada por Fiscal debe tratarse de una privativa de libertad no superior a 5 años de presidio menor en su grado máximo, o penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto. Así, por ejemplo, en este último caso, sería procedente aplicar el procedimiento abreviado si la pena requerida fuere la inhabilidad perpetua.

Tratándose de la pena cuya imposición requiriere el fiscal, hemos de decir que ésta debe ser considerada en concreto, respecto del caso en particular, y no en relación al marco penal abstracto aplicable al hecho ilícito en general.

Por ello "el fiscal tiene una posibilidad amplia para ofrecer pena, incluyendo el balance de las atenuantes y agravantes, la pena que debe considerar el fiscal es la

concreta del caso y no la abstracta contemplada en la ley, con lo que se evita el temor de que puedan incorporarse delitos más graves"[9].

De esta manera, el legislador dejó entregada al Ministerio Público la facultad de determinar en qué casos específicos es procedente solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, ponderando las circunstancias particulares del hecho investigado, disponiendo el fiscal en cada caso concreto de un margen importante para aplicar las reglas sustantivas de determinación de la pena. Así el fiscal se encuentra habilitado para recalificar los hechos, por ejemplo, o bien para considerar diversas condiciones modificatorias de responsabilidad que concurrieran en el caso específico.

Como consecuencia de la consideración a la pena concreta, es que el procedimiento abreviado es aplicable a todo tipo de delitos, independientemente de la connotación social e incluso de la lesividad que aquél pueda tener, siempre y cuando la pena privativa de libertad que el fiscal solicite en la acusación no supere el límite legal de cinco años previsto en la norma.

Ahora bien, la pena requerida tanto por el querellante, si lo hubiere, como por el fiscal, pueden ser modificadas para ajustarse al límite indicado, previsto por la ley, estableciéndose que para estos efectos la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación, requisito indispensable para que proceda la aplicación del procedimiento abreviado, puede ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos y con ello rebajar la pena del delito.[10]

---

[9] PFEFFER, Emilio. 2006. *Código Procesal Penal anotado y concordado.* 2ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 627.

[10] La Ley N° 20.074 modificó la oportunidad para requerir la aplicación del procedimiento abreviado y estableció como incentivo para el imputado, la facultad conferida al fiscal de entender cómo posible circunstancia atenuante la del 11 N° 9 del Código Penal, derivado de la aceptación de hechos y antecedentes requeridos para la aplicación del procedimiento, sin perjuicio de las reglas generales para la determinación de la pena. Debe tenerse presente que antes de dicha modificación se había señalado respecto del análisis de los requisitos establecidos para la aplicación del procedimiento abreviado que "una importante observación es que consideramos que el Código no establece estímulo alguno para que los imputados se sientan atraídos para recurrir a él.

"Al respecto, consideramos que era indispensable establecer estímulos para que el imputado quiera llegar a un acuerdo con el Ministerio Público, como ser, una atenuación de la pena.

"De no existir estos alicientes, puede suceder que se hagan realidad algunos comentarios que ya se escuchan en el foro, de los eventuales futuros abogados defensores de los imputados.

"¿En qué consisten ellos?

"Todos sabemos que en el nuevo CPP, la prueba aportada durante la fase de investigación a cargo del Ministerio Público no tiene ningún valor en el juicio oral, salvo los casos excepcionales de la prueba anticipada que se regula en los artículos 191 y 280, o de las convenciones probatorias a que se refiere el artículo 275. Por lo tanto, todas las declaraciones y probanzas que se hayan obtenido o realizado en la etapa de investigación van a tener que ser reproducidas íntegramente en el proceso oral.

Continúa nota

En efecto, si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal y el querellante, en su caso, las formularán verbalmente en la audiencia que el tribunal convocare para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todos los intervinientes.

Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificar dicha acusación según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado. Para estos efectos, el inciso tercero del artículo 407 expresamente autoriza al fiscal para que la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación pueda ser considerada por éste como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, Nº 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena (artículos 406 inciso 1º y 407 incisos 2º y 3º).[11]

Sobre la materia, debemos tener presente que la facultad de modificar la acusación no es absoluta ni puede ejercerse arbitrariamente, por lo que el fiscal no puede efectuar cualquier tipo de modificación, como sería, por ejemplo, la que implique desatenderse abiertamente de los hechos establecidos con los antecedentes recopilados durante la investigación.

Es así que durante la tramitación de la modificación legal contenida en la Ley Nº 20.074 se discutió la posibilidad de habilitar al fiscal para "rebajar hasta en un grado la solicitud de pena contado desde el mínimo señalado en la ley para el delito de que se trate, sin perjuicio de las demás reglas que sean aplicables para la determinación de la pena". Se estimó que ello podría redundar en una rebaja excesiva de penas, además de la eventual sensación de impunidad respecto de una serie de delitos[12], por lo que finalmente se mantuvo el precepto en los términos señalados, sin que la norma contemplara directamente la rebaja de penas, quedando entregada la facultad al fiscal, vía atenuantes.

Continuación nota [10]

"Como lo advirtió un ex Presidente de la Excma. Corte Suprema en la Comisión de Constitución de la Cámara, 'diversos abogados me han comentado que será más conveniente ir a juicio oral que al procedimiento abreviado, por las dificultades que se producirían al rendir las pruebas'.

"Creemos que este peligro podría haber desaparecido si se hubiere hecho más atractivo el procedimiento abreviado, mediante el establecimiento de estímulos que hubieren sido verdaderos incentivos para recurrir a él por parte de la defensa del imputado. Por ejemplo, y así se propuso en sede legislativa por el Instituto Chileno de Derecho Procesal, permitir que el Fiscal pueda convenir una pena atenuada hasta en uno a dos grados al mínimo de la que la ley establece para el respectivo delito". ("El procedimiento abreviado en el nuevo CPP". PECCHI C., Carlos. Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2002).

[11] "Respecto de la atenuante de colaborar sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos, hay que considerar que conforme al artículo 407 del Código Procesal Penal, la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, podrá ser considerada por el Fiscal como suficiente para estimar que concurre esta atenuante, sin que el querellante se haya opuesto a ello, ya que como se dijo, se adhirió a la acusación del Ministerio Público y no presentó acusación particular". I. Corte de Apelaciones de Chillán, causa Rol 17-2008, sentencia de 13 de febrero de 2008.

[12] Primer Trámite Constitucional, Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado. Pág. 175.

Finalmente respecto de la penalidad, debemos señalar que actualmente el procedimiento abreviado procede, tratándose de penas privativas, sólo cuando la pena requerida es inferior a 5 años y superior a 540 dias, ya que la acusación fiscal en que requiera una pena inferior a los 540 días debe tramitarse obligatoriamente conforme a las normas del procedimiento simplificado, según lo dispuesto en el actual artículo 390 inciso segundo, como veremos al referirnos a dicho procedimiento especial.[13]

Ahora bien, la atenuante del Nº 9 del artículo 11 no procede en forma automática, en el procedimiento abreviado, lo que ha sido confirmado en abundante jurisprudencia de los tribunales ordinarios. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló:

"9º) Que, en consecuencia, no puede asimilarse esta modificatoria de responsabilidad penal a una ventaja adicional del procedimiento abreviado. En efecto, este procedimiento garantiza al acusado que en el evento que se dicte sentencia condenatoria, no podrá imponérsele una pena superior a la solicitada por el Fiscal, aunque sí una de menos entidad y es, precisamente, en ello que radica la ventaja que para el imputado representa ser juzgado en este procedimiento.
10º) Que, por otra parte, debe considerarse que constituye presupuesto indispensable para la aplicación del procedimiento de que se trata que el imputado, estando en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación en que ella se funda, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación del mismo, de manera que esta aceptación no puede al mismo tiempo configurar la minorante en análisis, si como sucede en este caso, ella no está avalada por otros elementos que aquél hubiere aportado a la investigación".[14]

La misma Corte, en idéntico sentido, ha expresado:

"Que la atenuante del artículo 11 Nº 9 solicitada por la defensa se rechazará, dado que no concurren antecedentes que la sustenten. En efecto, el hecho de aceptar el procedimiento abreviado de parte del imputado, es decir, no controvertir los hechos de la acusación y aceptar los antecedentes de la investigación no deviene automáticamente en el nacimiento de la atenuante indicada. De ser así, se podría producir una consecuencia peligrosa para toda la estructura del sistema, cual es que todo procedimiento abreviado traería consigo una modificatoria de responsabilidad penal, obligando al Ministerio Público a desarrollar una actividad argumentativa frente a una verdadera suerte de presunción que el legislador no ha previsto. En la especie, la renuncia que realiza el imputado a su derecho a tener un juicio oral, público y contradictorio de manera libre, supone de otra parte obtener un marco penal más favorable, con toda certeza que no podrá imponérsele una pena más elevada que la

[13] El inciso 2ª del artículo 390 dispone que si el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la acusación se tendrá como requerimiento, debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas del Título I del Libro Cuarto, es decir, conforme las normas del procedimiento simplificado.

[14] Corte de Apelaciones de Santiago, causa RUC 0500321450-K, ingreso Corte 78-2005.

que solicitaba el Ministerio Público y, con ello, evitar las consecuencias de una exposición abierta como lo es el juicio oral. No existe investigación alguna que mejore o disminuya por ir a un juicio oral. Otra cosa es lo que se logre acreditar en él. Mas, cerrada la investigación y practicada la acusación, no es posible seguir recopilando antecedentes para llevarlos como prueba al juicio".[15]

Pero además de no proceder en forma automática la minorante de responsabilidad indicada, para que efectivamente aquella concurra, es necesario que exista una verdadera y sustancial colaboración.

En efecto, la norma que contiene la atenuante dispone que ésta se aplica "*si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos*". Antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.806, el Código Penal se refería a la "espontánea confesión". De acuerdo a los criterios jurisprudenciales desarrollados a propósito de la "espontánea confesión", para que ésta fuera procedente y atenuara la responsabilidad penal, era necesario que se cumplieran estrictas circunstancias. Dichos criterios se han mantenido bajo la nueva atenuante de "colaboración" sustancial.[16]

Así lo ha entendido la jurisprudencia al señalar:

"...consta que el acusado presta declaración voluntaria ante Carabineros aun antes de ser detenido y luego ante la fiscalía, renunciando a su derecho a no autoincriminación, lo que evidencia subjetivamente una colaboración de contribuir en la investigación brindando los elementos necesarios que permitieron concluir prontamente con ésta. Al respecto para dar por configurada la atenuante mencionada, debemos entender que sin la colaboración del imputado por vía de la confesión y aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa". (...)

"Efectivamente, la declaración oportuna, veraz y efectiva, en la que reconoce el hecho ilícito y su participación, es sustancial, pues sin ella no podríamos sostener con tal convicción ambos hechos y los supuestos del delito de robo en que nos encontramos. Como se ve, la colaboración del acusado aportó elementos variados convincentes y abundantes a la determinación fáctica del fiscal y del Tribunal, pues no se hubiese llegado a tal conclusión sin sus declaraciones, pues a este juicio, cabe concluir que excluida dicha colaboración, sin lugar a dudas el resultado de la persecución hubiera sido distinto...".[17]

---

[15] Corte de Apelaciones de Santiago, causa RUC 0500398487-9, Ingreso Corte 223-2005.

[16] "*Como hemos visto, algunos entendieron que el artículo 11 número 9 en su actual concepción, sería de una aplicación más laxa que su antecesor lo que, a nuestro modo de ver, no ha ocurrido. Por el contrario, el criterio jurisprudencial ha sido similar al seguido para interpretar la fenecida aminorante de la confesión espontánea*". GONZÁLEZ, Miguel Ángel. "La circunstancia atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal y su evolución legislativa: desde la confesión espontánea a la colaboración sustancial". *Gaceta Jurídica* N° 318. Santiago. 2006. Pág. 22.

[17] Juzgado de Garantía de Loncoche, causa RIT 676-2001.

"En efecto, con esta minorante se pretende premiar al imputado que, por via de aportar antecedentes, facilita la labor de persecución del Estado, desarrollando asi una actuación a la que no está obligado en modo alguno desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento.

Sin embargo, aun si consideráramos que los acusados por la via de sus confesiones han colaborado al esclarecimiento de los hechos, de todas formas deberiamos concluir que no concurre la atenuante, pues no cualquier ayuda es apta para producir el efecto morigerador de su responsabilidad, desde que la norma predica que la misma debe ser sustancial, es decir, se requiere que de modo considerable, si no decisivo, aporte a la aclaración de un delito. Sólo estas poderosas razones de politica-criminal, autorizan para alterar el régimen punitivo normal del Código en el entendido que sin la colaboración del imputado por via de su confesión u aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, como testigos, instrumentos o evidencias materiales, la persecución penal habria sido imposible o altamente dificultosa. Asi por lo demás lo deja claro la Comisión de Legislación y Justicia del Senado, lo que se manifiesta también en haber considerado como modelo el Código Penal austriaco del año 1974, que concibe como atenuante, también con un alto estándar de procedencia: "cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad".

(...)

De este modo, si bien se modificó la redacción de la norma para compatibilizarla con los principios ya indicados, debe necesariamente estimarse que la alta exigencia que planteaba la norma para atenuar la responsabilidad penal, esto es, que el único medio para establecer la participación del procesado fuera su confesión espontánea, se mantienen, requiriéndose también hoy dia que la contribución del imputado sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos".[18]

"...lo esencial y más importante de la investigación son precisamente sus fines y éstos no son otros que la comprobación del hecho y la identificación y responsabilidad de los partícipes en el mismo, elementos ambos que se encontraban plenamente establecidos con antelación al primer contacto personal que Carabineros tuvo con el acusado... ".[19]

"Si bien el imputado confesó la perpetración del delito, ello no necesariamente configura la atenuante, pues lo que la constituye no es ese reconocimiento sino la colaboración al esclarecimiento de los hechos".

(...)

"Cierto es que en oportunidades una confesión plena puede constituir la colaboración exigida en la norma, pero no cuando el ilicito y la participación están cabalmente demostrados a la hora de la intervención del acusado".[20]

---

[18] Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, considerando 15, 27 de junio de 2002, RUC 010080348-7, RIT N° 11-2002.

[19] Tribunal Oral de Talca, causa RIT 9-2003.

[20] Tribunal Oral de Antofagasta, causa RIT 69-2005.

b) El imputado debe encontrarse en conocimiento y aceptar expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren, manifestando su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado (artículo 406 inciso 2°)

Resulta evidente que el procedimiento abreviado sólo puede ser aplicable respecto de hechos que hubieren sido previamente investigados y respecto de los cuales se formule una acusación, dado que se requiere que el imputado se encuentre en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, y que se trate y decida acerca de la aplicación del procedimiento abreviado en la audiencia (artículo 406 inciso 2°).

Antes de resolver la solicitud del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse que éste ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, que conociere su derecho a exigir un juicio oral, que entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiere significarle y, especialmente, que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros.

El consentimiento del acusado debe recaer sobre:

i) Los hechos materia de la acusación.

ii) Los antecedentes de la investigación que la fundaren.

iii) Su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado.

El consentimiento expreso del imputado resulta fundamental para la aplicación de este procedimiento, ya que ello implica su renuncia a una de las garantías básicas del sistema procesal, cual es el juicio oral. Con su aceptación a la aplicación del procedimiento, renuncia al juicio oral y, con ello también a la prueba, al aceptar los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación sobre los cuales aquélla se basa.[21]

[21] Obviamente, si bien el procedimiento abreviado constituye una evidente innovación del CPP en nuestro sistema, la renuncia y la conformidad del acusado en el proceso penal podemos encontrarlo claramente recogido en el Código de Procedimiento Penal.

En efecto, en la fase del plenario criminal, se consagra la existencia del término probatorio, sin perjuicio que dadas las características del sistema inquisitivo en éste consagrado el verdadero y único juicio, en la mayoría de los casos, es el sumario, etapa en la que el tribunal de manera secreta, oficiosa, independiente de las "partes", llevó adelante la investigación, declarándola cerrada y presentando el mismo la acusación de oficio que da inicio a la etapa de plenario, fase de discusión y de eventual prueba para el acusado. Y señalamos la prueba como eventual, precisamente porque el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal establece que: "Puede el procesado renunciar a la práctica de las diligencias del juicio plenario y consentir en que el juez pronuncie sentencia sin más trámite que la acusación y su contestación. El juez accederá a la petición formulada a este respecto siempre que el Ministerio Público o el querellante particular no se opongan, alegando que tienen prueba que producir durante el plenario".

Esta disposición, y la práctica más o menos habitual de acogerse a ella es la que permite afirmar que la renuncia al "juicio" y a la prueba se encontraban ya contemplados en nuestro sistema, con lo cual la sentencia penal bajo el antiguo sistema se dictaba en no pocas ocasiones exclusivamente sobre la base de los antecedentes recopilados durante la fase de investigación. Obviamente las semejanzas distan

En todo caso resulta imprescindible tener presente, que la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado (artículo 412 inciso 2º).

De acuerdo con ello, concordamos plenamente con lo señalado por el profesor Carlos Pecchi, en cuanto a que "en aquellas situaciones en que se requiere como requisito de procedencia, que el imputado reconozca su participación en el delito, estimamos que no basta que el cuerpo del delito esté acreditado y que el imputado reconozca su participación en él, sino que debe exigirse que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendido los demás antecedentes de la investigación. Como lo señaló el Senador don Enrique Zurita Camps en la discusión parlamentaria, "la confesión debe guardar armonía con otros hechos para ser creíble". Es peligroso, agregó, llegar al endoso de los delitos.

"Y en verdad, sin esta exigencia puede suceder que en diversas ocasiones se va a estar juzgando a inocentes que asumen la responsabilidad de hechos cometidos por otros individuos. Esta posibilidad no debe constituir mayor novedad, ya que todos debemos recordar, seguramente, experiencias profesionales en que se produjo esta situación.

"Debe evitarse que esta institución pueda contribuir a ocultar al verdadero culpable.

"Corresponderá arbitrar las medidas para evitar que ello suceda al juez de garantía al momento de prestar la autorización o aprobación al correspondiente acuerdo".[22]

El reconocimiento que se exige al acusado para la aplicación del procedimiento abreviado no se relaciona con la aceptación de culpabilidad en los hechos. Incluso más, no obstante el reconocimiento sobre los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación, el acusado puede igualmente alegar durante el juicio abreviado que no es penalmente responsable, o en menor medida que lo sostenido por el Ministerio Público. Es por ello que el juez de garantía puede dictar sentencia absolutoria en el proceso, ahora tramitado conforme las normas del procedimiento abreviado cuando, valorados los antecedentes de la causa, el juez estimare que no se satisface el estándar de condena previsto por el artículo 340, o bien que los hechos acreditados no constituyen delito. En el caso de imponerse una condena en la sentencia, aquélla no puede ser superior ni más desfavorable a la que hubiere sido requerida por el fiscal y el querellante, en su caso.

Es por ello que se ha resuelto que *"El reconocimiento y aceptación de los hechos materia de la acusación y los antecedentes que la fundaren no implica per se asumir*

Continuación nota [21]

mucho de poder asimilar la renuncia al término probatorio bajo el Código de Procedimiento Penal, con la renuncia al juicio oral y la conformidad del acusado con los antecedentes de la investigación y los hechos materia de la acusación.

[22] PECCHI C., Carlos. "El procedimiento abreviado en el nuevo CPP". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2002.

la responsabilidad penal de los mismos, estando por ello facultado el tribunal para absolver cuando a pesar de este reconocimiento, los hechos no son constitutivos de delitos o concurre alguna causal de extinción de la responsabilidad penal. Asumir la tesis contraria conlleva que el reconocimiento pasa a ser una suerte de allanamiento a la condena, lo que vulnera el principio de presunción de inocencia que se mantiene conforme lo dispone el artículo 4° del Código Procesal Penal, en tanto el imputado no fuere condenado por sentencia firme".[23]

Por otro lado, la posibilidad de absolución cumple la esencial función de evitar que se condene al acusado basándose en el solo mérito de su confesión. Justamente, si la admisión de los hechos y de los antecedentes investigativos bastara para justificar un fallo condenatorio, no sólo se privaría al juez del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que se admitiría la posibilidad de condenar en base a la mera confesión, infringiéndose así un principio legitimante básico del proceso penal. Así se estableció en el Senado durante la tramitación del proyecto de CPP.

Finalmente, hemos de decir que cualquier vicio que afectare el consentimiento del imputado acusado genera la nulidad, lo que puede reclamarse, oportunamente, tanto a través de las reglas generales que sancionan con nulidad los actos viciados, cuando han generado un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad (artículos 159 y siguientes), como por la vía del recurso de apelación respecto de la sentencia dictada en el procedimiento que no contó con el consentimiento exento de vicios (artículo 414).

Lo anterior no alcanza, sin embargo, a la retractación posterior del acusado, desde que una vez prestado su consentimiento libre y espontáneo en la audiencia pertinente, de lo que debe cerciorarse el juez de garantía, ve precluida toda opción de reclamo posterior, ya que dicha decisión se torna en irretractable.

En todo caso, como lo ha resuelto nuestra Jurisprudencia, *"no corresponde, en el marco del procedimiento abreviado, que la parte apelante pretenda se revisen los hechos por ésta aceptados, toda vez que dicho procedimiento se basa precisamente en la aceptación de los mismos".*[24]

c) No puede existir oposición del querellante a la tramitación en procedimiento abreviado, o de haberlo, debe ser rechazado

El querellante sólo puede oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado por el legislador.

---

[23] Corte de Apelaciones de Temuco, RDJ N° XLI. Pág. 21.

[24] Corte Apelaciones de Santiago. 20.1.2006. *Revista Procesal Penal* N° 43. Págs. 53 y Sgtes. Enero 2006.

El actor civil no tiene facultades para oponerse a la tramitación conforme el procedimiento abreviado.

En el evento de existir varios acusados o varios delitos atribuidos a un mismo acusado, puede aplicarse el procedimiento abreviado a los acusados o delitos respecto de los cuales concurran los presupuestos señalados.

1.7. Titular

Según lo dispuesto en el artículo 409, el legitimado activo para solicitar el procedimiento abreviado es el Ministerio Público; sin perjuicio de la necesidad de contar adicionalmente con la conformidad del acusado, requisito indispensable para la aplicación de dicho procedimiento.

Para que resulte procedente dar aplicación al procedimiento abreviado, es fundamental el acuerdo entre el fiscal y el imputado. Así el inciso 1° del artículo 407 dispone que la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser "*acordada*" en cualquier etapa del procedimiento, siendo el consentimiento del acusado requisito de procedencia.

1.8. Tramitación de la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado

1.8.1. Oportunidad para formular la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado

La solicitud para aplicar el procedimiento abreviado puede requerirse desde la formalización de la investigación, en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral[25-26], distinguiéndose según si se hubiere formulado la acusación fiscal o no:

a) Si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal, y el querellante, en el caso de existir, deberán formular verbalmente la o las acusaciones en la audiencia que citare el tribunal para resolver la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, a la que se deberá citar a todos los intervinientes.

---

[25] Modificación contenida en la Ley N° 20.074, durante la cual: "Los representantes del Ministerio de Justicia hicieron presente que... no se había querido rearmar todo el procedimiento abreviado, sino que introducir determinadas modificaciones que llevaran en la misma dirección. Por ello, en esta norma, se flexibilizaba la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado, no solamente en la audiencia de preparación del juicio oral sino que desde el inicio del procedimiento hasta la audiencia señalada. En el artículo siguiente, es decir, en el 407 se establecía el incentivo, pero no como el producto de una calificación efectuada por la ley ante el hecho de aceptarse los hechos y los antecedentes de la investigación, sino como una posible circunstancia atenuante que el fiscal puede reconocer". Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional. Pág. 387.

[26] En la actualidad no es posible solicitar la aplicación del procedimiento abreviado en la audiencia del juicio oral, como ocurría antes de la modificación legal indicada.

b) Por escrito, en la acusación fiscal (artículo 259 letra h).

c) Si se hubiere deducido la acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado. Para estos efectos, la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena (artículos 406 inciso 1° y 407 incisos 2° y 3°). Esta modificación minorante de responsabilidad introducida por la Ley N° 20.074 tuvo por finalidad hacer más atractiva la oferta de la Fiscalía de aplicación del procedimiento abreviado y, por otra parte, facilitar la adecuación de la pena al límite legal de cinco años que hace aplicable el procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 406.

1.8.2. Oposición del querellante

El querellante puede oponerse al procedimiento abreviado sólo cuando se cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos diferente de la consignada por el fiscal en su acusación;

b) Cuando en su acusación particular hubiere atribuido una forma de participación diferente de la consignada por el fiscal en su acusación;

c) Cuando en su acusación particular hubiere señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación, y

d) Que como consecuencia de una o más de las circunstancias precedentes la pena solicitada excediere el límite señalado por la ley para hacer aplicable el procedimiento abreviado (artículo 408).

En consecuencia, queda suficientemente claro del texto legal y de la historia de la ley, que el actor civil no puede oponerse al procedimiento abreviado, caso que podría acontecer en el cual la víctima hubiere optado por deducir únicamente la demanda civil dentro del proceso penal.

1.8.3. Consulta al acusado

Antes de resolver la solicitud del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse respecto de los siguientes aspectos:

a) Que éste ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria;

b) Que conoce el imputado su derecho a exigir un juicio oral;

c) Que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiere significarle, y

d) Especialmente, que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros (artículo 409).

1.8.4. Resolución del juez de garantía acerca de la aplicación del procedimiento abreviado

Cumplidos los trámites antes señalados, el juez debe dictar una resolución aceptando o rechazando la aplicación solicitada del procedimiento abreviado.

A. RESOLUCIÓN QUE ACEPTA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El juez de garantía aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando concurran los siguientes requisitos:

a) Los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado;

b) La pena solicitada por el fiscal no excediere los límites previstos por el legislador, y

c) Verificare que el acuerdo hubiere sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

B. RESOLUCIÓN QUE RECHAZA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El tribunal deberá rechazar la aplicación del procedimiento abreviado en los siguientes casos:

a) Cuando estimare que no concurre uno cualquiera de los requisitos antes señalados para acoger la solicitud, o

b) Cuando considerare fundada la oposición del querellante.

En cualquiera de estos casos, el juez de garantía dictará una resolución en la cual deberá:

a) Rechazar la solicitud de procedimiento abreviado;

b) Dictará el auto de apertura del juicio oral;

c) Tener por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes a que se refiere el inciso segundo del artículo 406;

d) Tener por no efectuadas las modificaciones de la acusación o de la acusación particular efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento (artículo 407 inciso 4°), y

e) Disponer que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado sean eliminadas del registro de la audiencia de apertura de juicio oral (artículo 410), no pudiendo contener la resolución de apertura de juicio oral por ello ninguna alusión relativa a la materia.

Sobre la materia, siguiendo lo señalado por el profesor Carlos Pecchi C., cabría preguntarnos "¿cuáles son las facultades del juez de garantía al autorizar o aprobar estos acuerdos de la justicia negociada o consensuada? Debe limitarse solamente a realizar un estudio formal y constatar si en cada caso se cumplen los requisitos de procedencia que el Código enumera para aplicar una determinada institución o, por

el contrario, está habilitado para pronunciarse sobre el mérito del acuerdo logrado para el procedimiento abreviado.

La observación que acabamos de analizar nos motiva para pronunciarnos por la posición última: no realizar una simple revisión formal, sino que hacer un estudio sobre el fondo del acuerdo y propender a la más estricta observancia del principio de legalidad. Esto es, que la pena solicitada se ajuste plenamente al margen o marco legal.

Al respecto nuestra opinión es que debe primar siempre la decisión de un órgano jurisdiccional, como lo es el juez de garantía, sobre la intención de una autoridad no jurisdiccional, como lo es el fiscal, quien por lo demás debe actuar como regla general sometido al principio de la legalidad en cuanto a su actuación respecto del inicio y persecución del ejercicio de la pretensión punitiva estatal.

Sin embargo, surge la duda en cuanto a la intensidad con que dicho análisis debe ser efectuado por el tribunal. Respecto del control de los límites de la pena y del conocimiento por parte del acusado de sus derechos y de su consentimiento libre y voluntario, entendemos, no debieran surgir mayores dudas. Pero el artículo 410 dispone que el juez aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado. La "suficiencia" de los antecedentes investigativos, entendemos, se refieren a la coherencia entre los datos que arroje la investigación fiscal y la acusación formulada, hechos y antecedentes de los cuales el acusado está en conocimiento y manifiesta aceptación. En este sentido, el acusado debe manifestar su aceptación expresa con los hechos que constan en la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaron. Es esa coherencia, la que debe constituir el juicio del tribunal para dar su aceptación a la solicitud.

Ahora bien, el tribunal no debe efectuar un juicio acabado sobre dichos datos y antecedentes, no se le exige que aplique las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia en dicha valoración. El legislador le exige que le parezcan "suficientes", y no podría ser de otra manera, ya que de lo contrario le exigiría efectuar un "antejuicio" de mérito.

En este sentido, se nos ha señalado que lo que debe regir en esta materia es la tesis de la plausibilidad o razonabilidad jurídica en "la decisión de procedencia o improcedencia del abreviado y estimamos que la calificación jurídica intensa, de fondo, sólo corresponde realizarla por el juez de garantía en la sentencia definitiva. No nos parece procedente adelantar el juicio de fondo, ni pedir la exhibición de todos los antecedentes de la investigación para examinarlos a cabalidad, pues ello implicaría adelantar parcialmente el juicio y en lo concerniente a la decisión, prejuzgar".[27]

Finalmente, hemos de decir que ni la aceptación ni el rechazo del juez respecto de la aplicación del procedimiento abreviado son susceptibles de recursos procesales. La oportunidad destinada a controlar la concurrencia de los presupuestos de la aplicación del procedimiento abreviado es el conocimiento de la causa en segunda instancia,

[27] CERDA G., Rodrigo y HERMOSILLA, Francisco. Ob. cit. Pág. 46. 2003.

conforme a lo previsto en el artículo 414 inciso 2°, el que dispone que: "En el conocimiento del recurso de apelación la Corte podrá pronunciarse acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado previstos en el artículo 406".

1.9. Tramitación del procedimiento abreviado

Aceptada la aplicación del procedimiento abreviado, el juez abrirá debate respecto del conflicto penal.

Para tal efecto, otorgará la palabra al fiscal, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren.

A continuación, se dará la palabra a los demás intervinientes.

En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Terminado el debate el juez deberá dictar sentencia definitiva, emitiendo el fallo de absolución o condena. No existiendo normas especiales en el procedimiento abreviado, corresponde aplicar plenamente las normas relativas a la valoración de la prueba y al estándar de convicción establecidos para el juicio oral.

1.10. La sentencia en el procedimiento abreviado y recursos que proceden en su contra

La disposición del artículo 340 y el estándar de convicción requerido por el tribunal contenido en dicha disposición, resulta plenamente aplicable al procedimiento abreviado por mandato expreso del artículo 415.

De esta forma, si el juez de garantía mantuviera una duda razonable que obstare a la satisfacción del estándar, deberá dictar sentencia absolutoria. En caso contrario, deberá condenar.

Así se ha señalado que "la circunstancia que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundan, haya aceptado expresamente y manifestado su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado, en los términos que dispone el artículo 406 del Código Procesal Penal, a juicio de estos sentenciadores, no obsta a que el juez en la sentencia definitiva absuelva al acusado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 413 del señalado cuerpo legal, como ha ocurrido en la especie, atendido el mérito de lo concluido por el tribunal a quo en el basamento 4° del fallo en alzada".[28]

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de señalar que dadas las particularidades del procedimiento abreviado, que presupone la aceptación de los hechos materia de la acusación y los antecedentes que los fundaren por parte del acusado, las posibilidades reales para que el acusado genere una duda razonable en el tribunal son particularmente limitadas. Lo anterior no obsta a que el juez de garantía pueda absolver al acusado por insuficiencia probatoria, ya que la conformidad prestada no implica reconocimiento de culpabilidad, como señalamos, sino la imposibilidad de desconocer los hechos

[28] 1. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 934-2006, sentencia de 7 de junio de 2006.

admitidos, pudiendo sin embargo impugnarse el mérito probatorio durante el juicio. De acoger la tesis contraria, deberíamos concluir necesariamente que la discusión en el juicio abreviado debería versar exclusivamente sobre cuestiones de derecho.[29]

1.10.1. Limitaciones del juez de garantía respecto de la sentencia que debe pronunciarse

Las limitaciones que se contemplan por el legislador respecto de la sentencia definitiva que debe dictarse en el procedimiento abreviado, una vez concluido el debate, son las siguientes:

1°. La sentencia en el procedimiento abreviado sólo puede recaer sobre los hechos que se encuentren descritos en la acusación, sin que ellos puedan ser alterados en la sentencia definitiva, puesto que en tal caso se atentaría contra el principio de la congruencia. En consecuencia, no es posible en el procedimiento abreviado condenar por hechos que no han sido parte ni objeto de una acusación del Ministerio Público.[30]

2°. En caso de ser condenatoria, la sentencia definitiva no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso.

3°. La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado.

4°. En ningún caso el procedimiento abreviado obstará a la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, cuando correspondiere.

5°. La sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta.

1.10.2. Contenido de la sentencia en el procedimiento abreviado

La sentencia dictada en el procedimiento abreviado contendrá:

a) La mención del tribunal, la fecha de su dictación y la identificación de los intervinientes;

b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación y de la aceptación por el acusado, así como de la defensa de éste;

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieren por probados sobre la base de la aceptación que el acusado hubiere manifestado respecto a los antecedentes de la investigación, así como el mérito de éstos, valorados en la forma prevista en el artículo 297;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar su fallo;

e) La resolución que condenare o absolviere al acusado. Tal como señalamos, la circunstancia de que el acusado reconozca los hechos materia de la acusación y los

[29] En este sentido, consultar CERDA G., Rodrigo y HERMOSILLA, Francisco. Ob. cit. Pág. 155. 2003.

[30] Juzgado de Garantía de Linares. 24.2.2003. *Revista Procesal Penal* N° 8. LexisNexis. Págs. 188 y Sgtes. Abril 2003.

antecedentes de la investigación que la fundaren, no implica siempre y necesariamente la condena del acusado en el procedimiento abreviado, quien puede obtener una sentencia absolutoria, cuestión que obviamente, debemos señalar, será en todo caso excepcional.

La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley;

f) El pronunciamiento sobre las costas, y

g) La firma del juez que la hubiere dictado.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente.

Finalmente debemos señalar que la sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta (artículo 412), motivo por el cual recibe aplicación el artículo 68 que dispone:

"Si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquél en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal.

En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario. Si la demanda no fuere deducida ante el tribunal civil competente dentro del referido plazo, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido.

Si en el procedimiento penal se hubieren decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, éstas se mantendrán vigentes por el plazo indicado en el inciso primero, tras el cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere...".

1.10.3. Recursos en contra de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado

La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo será impugnable por apelación, que se deberá conceder en ambos efectos.

1.10.4. Competencia del tribunal de segunda instancia

En el conocimiento del recurso de apelación la Corte podrá pronunciarse acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado previstos en el artículo 406.

1.10.5. Normas supletorias

Se aplicarán al procedimiento abreviado las disposiciones consignadas en el Título III, y en lo no previsto en él, las normas comunes previstas en este Código y las disposiciones del procedimiento ordinario (artículo 415).

En consecuencia, reciben en el procedimiento abreviado aplicación supletoriamente las normas del Libro I (disposiciones comunes) y Libro II (procedimiento ordinario).

2. EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

2.1. Reglamentación

El procedimiento simplificado se encuentra reglamentado en el Título I del Libro IV del CPP (artículos 388 a 399).

2.2. Generalidades

Las diversas legislaciones contemplan procedimientos destinados a resolver delitos de menor entidad, en donde se puede apreciar ausencia de gravedad respecto de los hechos imputados. A su vez, la simplificación se relaciona también con el derecho del imputado a ser juzgado en un breve plazo, ante aquellos delitos, por lo demás, de escasa complejidad, que no justifican la aplicación del procedimiento ordinario, en virtud del principio de proporcionalidad.

Las críticas frente a éstos se relacionan con la eventual precipitación de los fiscales quienes pueden efectuar imputaciones apresuradas, con solicitud de penas bajas para evitar la oposición del imputado. Por otra parte, es evidente que frente a ello el mismo derecho a defensa del imputado puede verse menoscabado.

En el proyecto de Código este tipo de procedimiento era sólo aplicable respecto de las faltas, por lo que el título pertinente se denominaba "Procedimiento por faltas", al igual que bajo el Código de Procedimiento Penal. Durante la tramitación parlamentaria se amplió respecto de aquellos "delitos menores, que constituyen el mayor número de delitos y que recargarían en demasía a los tribunales orales".[31]

2.3. Concepto

El procedimiento simplificado es aquel procedimiento especial, conocido por el juez de garantía, destinado a conocer y fallar las faltas y los hechos constitutivos de simple delito, para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

2.4. Tribunal competente

El tribunal que siempre es competente para conocer del procedimiento simplificado es el juzgado de garantía (artículos 14 letra d) COT y 390 CPP).

---

[31] Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Pág. 1523.

2.5. Ámbito de aplicación del procedimiento simplificado

El procedimiento simplificado sólo es aplicable para el conocimiento y resolución de los procesos penales que versan sobre los siguientes delitos:

a) Las faltas[32].

b) Los simples delitos, de acción penal pública o previa instancia particular, siempre que el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (es decir, entre 61 días y 540).[33]

Actualmente se contempla expresamente la continuación de una investigación iniciada conforme a las normas del procedimiento ordinario, por aquellas previstas para el procedimiento simplificado, ya que conforme con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 390 si el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la acusación se tendrá como requerimiento, debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas del Título I, es decir, según las normas del procedimiento simplificado.

La continuación, de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, en este caso no constituye una facultad, sino un imperativo, ya que concurriendo el supuesto relativo a la pena, la acusación se tendrá como requerimiento.

Tratándose de la pena cuya imposición se requiere por el Ministerio Público, hemos de señalar también que ésta debe ser considerada en concreto respecto del caso en particular y no en relación al marco penal abstracto previsto para el simple delito.

Tratándose de simples delitos de acción penal privada respecto de los cuales concurran dichos requisitos, ellos deben tramitarse conforme a las normas de procedimiento contemplados respecto de todos los delitos de acción penal privada.

En el procedimiento simplificado no procederá la interposición de demandas civiles, salvo aquella que tuviere por objeto la restitución de la cosa o su valor (artículo 393 inciso 2°).

2.6. Clasificación de los procedimientos simplificados

De acuerdo a la regulación que se efectúa del procedimiento simplificado, es posible distinguir los siguientes tipos o especies respecto de éste:

a) Procedimiento simplificado, con resolución inmediata (artículo 395);

b) Procedimiento simplificado, con realización de juicio previo (artículo 396), y

c) Procedimiento monitorio (artículo 392).

---

[32] Este procedimiento es aplicable respecto de todas las faltas, con excepción de aquellas que debieren sancionarse sólo con pena de multas, respecto de las cuales procede el procedimiento monitorio, salvo que en este caso hubiere manifestado el imputado su disconformidad dentro del plazo legal (artículo 392 inciso final), en el que el reclamo se tramita conforme las normas del procedimiento simplificado.

[33] Actualmente no es posible que el fiscal someta simples delitos cuya pena sea inferior a la indicada, a las normas del procedimiento abreviado, como permitía el artículo 388, previo a la modificación contenida en la Ley N° 20.074.

2.7. Tramitación del procedimiento simplificado

El procedimiento simplificado puede iniciarse directamente, en el caso de faltas y simples delitos, o bien, en este último caso, haber comenzado conforme a las reglas del juicio ordinario y luego continuarse según las reglas del procedimiento simplificado, en atención a la pena solicitada por el fiscal (artículo 390 inciso final).

La continuación de la tramitación de un simple delito por las reglas del procedimiento simplificado tiene carácter obligatorio, conforme los términos del actual inciso 2° del artículo 390, ya que dispone que:

"Asimismo, si el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la acusación se tendrá como requerimiento, debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas de este Título".

2.7.1. Forma de inicio del procedimiento

El procedimiento simplificado puede comenzar:

a) Por denuncia (artículo 390);

b) De oficio por el Ministerio Público (artículo 390), y

c) Por querella (artículo 394).

Excepcionalmente, tratándose de las faltas indicadas en los artículos 494, N° 5[34], y 496, N° 11[35], del Código Penal, sólo podrán efectuar el requerimiento precedente las personas a quienes correspondiere la titularidad de la acción conforme a lo dispuesto en los artículos 54 y 55.

Finalmente, es necesario tener presente que si la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal, se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitieren formarse una convicción diferente.[36]

---

[34] Las lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias.

[35] El que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad.

[36] La Ley N° 19.950, de 5 de junio de 2004, incorporó al Código Penal el artículo 494 bis, el cual establece que:

"Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual.

En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°". Por esa misma Ley N° 19.950 se modificó el N° 3 del artículo 446 del Código Penal, conforme al cual actualmente se dispone que los autores de hurto serán castigados: "3° Con presidio menor en su

2.7.2. Actitudes del Fiscal frente a los antecedentes recibidos

El fiscal posee facultades de control previo, ya que recibida por éste la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los delitos que hacen procedente la aplicación del procedimiento simplificado, el fiscal puede optar por a) no formular el requerimiento, sin que por ello se dé inicio al procedimiento simplificado, o por el contrario, b) formular el requerimiento para dar inicio al procedimiento simplificado.

a) Casos en que el fiscal puede decidir no formular el requerimiento para dar inicio al procedimiento simplificado.

Recibida por el fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los delitos que hacen procedente la aplicación del procedimiento simplificado, el fiscal puede optar por no formular el requerimiento, sin que por ello se dé inicio al procedimiento simplificado en los siguientes casos:

i) Cuando fueren insuficientes los antecedentes aportados;

ii) Se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado, o

iii) El fiscal decidiere hacer aplicación de la facultad que le concede el artículo 170.

b) Casos en que el fiscal debe formular el requerimiento para dar inicio al procedimiento simplificado.

Recibida la denuncia, si no nos encontramos ante ninguno de los casos anteriores que autorizan al fiscal a no formular el requerimiento, el fiscal deberá practicarlo ante el juez de garantía para dar inicio al procedimiento simplificado.

2.8. Requerimiento

El requerimiento es el acto solemne del fiscal, por el cual solicita al juez de garantía competente dar inicio a un procedimiento simplificado mediante la citación inmediata a audiencia respecto de un imputado a quien se atribuye la comisión de una falta o de un simple delito respecto del cual solicitare la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.[37]

Asimismo, si tramitándose un simple delito por las normas del procedimiento ordinario, el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la acusación se tendrá como requerimiento,

---

Continuación nota [36]

grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales". Finalmente, se dispuso intercalar en el inciso primero del artículo 451, entre la palabra "hurtos" y las expresiones "a una misma persona" los términos "aunque se trate de faltas", entre comas, de acuerdo con el cual actualmente "En los casos de reiteración de hurtos aunque se trate de faltas, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior. Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447".

[37] Ver artículos 388, 390, 391 y 392 del CPP.

debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas del procedimiento simplificado. Se dispone en términos imperativos el cambio de procedimiento ("la acusación se tendrá como"), en razón de que la penalidad requerida se ajusta a los márgenes de este último procedimiento (artículo 390 inciso 2°)

2.8.1. Contenido del requerimiento

El requerimiento del fiscal, que se debe formular por escrito ante el juzgado de garantía competente, deberá contener (artículo 391):

a) La individualización del imputado;

b) Una relación sucinta del hecho que se le atribuyere, con indicación del tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes;

c) La cita de la disposición legal infringida;

d) La exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación;

e) La pena solicitada por el requirente, y

f) La individualización y firma del requirente.

Excepcionalmente, el requerimiento puede ser formulado en forma oral, pero cumpliendo con el contenido por el legislador, en una audiencia de control de detención, cuando se trate de una persona sorprendida in fraganti cometiendo una falta o un simple delito de aquellos a que da lugar este procedimiento.

Al efecto, dispone el artículo 393 bis que, sin embargo, tratándose de una persona sorprendida in fraganti cometiendo una falta o un simple delito de aquellos a que da lugar este procedimiento, el fiscal podrá disponer que el imputado sea puesto a disposición del juez de garantía para el efecto de comunicarle en la audiencia de control de detención, de forma verbal, el requerimiento a que se refiere el artículo 391, y proceder de inmediato conforme a lo previsto en este Título (artículo 393 bis). Debemos recordar que esta situación de detención es excepcional, dado que conforme al artículo 124 en las faltas no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado con excepción de la citación, lo que sólo podrá llevar a cabo respecto del imputado sorprendido cometiendo algunas de las faltas contempladas en el inciso 4° del artículo 134 del CPP, cuyo texto es el fijado por las Leyes N°s. 17.789 de 30 de enero de 2002, y 19.950 de 5 de junio de 2004.[38-39]

---

[38] En este sentido se ha fallado el Juzgado de Garantía de Antofagasta. 16.4.2003. *Revista Procesal Penal* N° 10. LexisNexis. Págs. 166 y Sgtes. Junio de 2003, que "*tratándose de una persona sorprendida in fraganti cometiendo una falta o un simple delito de aquellos a que da lugar el procedimiento simplificado, el fiscal podrá disponer que el imputado sea puesto a disposición del juez de garantía para el efecto de comunicarle en la audiencia de control de detención, de forma verbal, el requerimiento a que se refiere el artículo 391, y proceder de inmediato conforme a lo dispuesto en el Título I del Libro IV.*

[39] Ver III. 1.3. Procedencia de la citación, dentro del Capítulo Segundo, referido a las medidas cautelares.

En el requerimiento no es necesario que se indiquen los medios de prueba, desde que a la audiencia las partes deben concurrir con todos sus medios de prueba (artículo 393). Si alguna de las partes quiere rendir prueba testimonial o pericial y requiere citación, debe solicitarlo con una anticipación de 5 días a la fecha de audiencia.

2.8.2. Resolución que debe recaer en el requerimiento

Recibido el requerimiento, el juzgado de garantía competente deberá dictar una resolución, en la cual debe:

a) Ordenar la notificación del requerimiento al imputado, la que se hará personalmente bajo el apercibimiento señalado en el artículo 33, debiendo acompañar copias del requerimiento y de la querella en su caso, como de la resolución recaída en ellas. El imputado debe ser citado en la forma señalada con, a lo menos, diez días de anticipación a la fecha de la audiencia.

b) Citar a todos los demás intervinientes a la audiencia.

c) Fijar el día, hora y lugar en que se llevará a efecto la audiencia, la que no podrá tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días contados desde la fecha de la resolución.

Finalmente, debe ordenar que las partes comparezcan a la audiencia, con todos sus medios de prueba. Si alguna de ellas requiriere de la citación de testigos o peritos por medio del tribunal, deberán formular la respectiva solicitud con una anticipación no inferior a cinco días a la fecha de la audiencia.

Como puede apreciarse, no existe control jurisdiccional de ningún tipo respecto del requerimiento fiscal, el que por el contrario si se prevé tanto en el juicio ordinario (artículo 270), como en el abreviado (artículos 409 y 410), e incluso en el procedimiento monitorio (artículo 392).

Ante la falta de control jurisdiccional, el juez de garantía no se encuentra facultado para rechazar la descripción de los hechos ni calificación jurídica contenida en el requerimiento del fiscal.

Por otra parte, tampoco existe concebido el derecho a oposición del querellante, en los términos que regula el procedimiento abreviado, y aun cuando éste es citado, en tanto interviniente, no se contempla el derecho de oposición, desde que la procedencia en el caso de los simples delitos depende de la pena concreta requerida por el fiscal, y no la del querellante.

2.9. La audiencia del procedimiento simplificado

a) Constitución de la audiencia.

El juez de garantía deberá tener por iniciada la audiencia.

Debe tenerse presente que en este procedimiento simplificado, la audiencia no podrá suspenderse, ni aun por falta de comparecencia de alguna de las partes o por no haberse rendido prueba en la misma (artículo 396 inciso 2°).

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que:

1) La comparecencia del fiscal requirente y el querellante, en su caso, es importante, porque ellos se encontrarán legitimados para deducir el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se pronuncie sólo si hubieren concurrido al juicio (artículo 399).

2) Si no hubiere comparecido algún testigo o perito cuya citación judicial hubiere sido solicitada de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 393 y el tribunal considerare su declaración como indispensable para la adecuada resolución de la causa, dispondrá lo necesario para asegurar su comparecencia. La suspensión no podrá en caso alguno exceder de cinco días, transcurridos los cuales deberá proseguirse conforme a las reglas generales, aun a falta del testigo o perito (artículo 396 inciso 3°).

b) Fijación del objeto de la litis.

Al inicio de la audiencia, el tribunal efectuará una breve relación del requerimiento y de la querella, en su caso.

c) Acuerdo reparatorio y suspensión condicional del procedimiento.

Cuando se encontrare presente la víctima, el juez instruirá a ésta y al imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento mediante un acuerdo reparatorio de conformidad a lo previsto en el artículo 241, si ello procediere atendida la naturaleza del hecho punible materia del requerimiento.

El fiscal puede proponer en la audiencia la suspensión condicional del procedimiento, si se cumplieren los requisitos del artículo 237.

d) Interrogatorio del juez de garantía de la admisión de responsabilidad del imputado.

Concluidos los trámites precedentes, el tribunal preguntará al imputado si admitiere responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicitare la realización de la audiencia. Para estos efectos, el fiscal podrá modificar la pena requerida para el evento de que el imputado admitiere su responsabilidad.

Nótese que en el procedimiento simplificado se exige al imputado admitir "responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento", en tanto que en el procedimiento abreviado se exige de parte de aquel reconocimiento respecto de los hechos y antecedentes de la investigación, lo que como advertimos, no implica reconocimiento de culpabilidad ni necesariamente implica la dictación de una sentencia condenatoria por parte del tribunal.

No obstante lo anterior, estimamos que, también respecto de aquellas faltas y simples delitos objeto del procedimiento simplificado, el tribunal se encuentra facultado para apreciar la concordancia entre el reconocimiento y los restantes antecedentes de la investigación, motivo por el cual el reconocimiento de "responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento", no obsta la eventual dictación de una sentencia absolutoria.

d.1.) Juicio simplificado y dictación de sentencia inmediata

Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente.

En estos casos, el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento, permitiéndose la incorporación de antecedentes que sirvieren para la determinación de la pena.

Debe señalarse en este punto que la Ley Nº 20.074 introdujo importantes modificaciones en lo relativo a la resolución inmediata en caso de admisión de responsabilidad, permitiendo la aplicación de penas proporcionales al delito.

Antes de la modificación al artículo 395 por la Ley Nº 20.074, en el evento que el requerido admitiere responsabilidad, el juez podía aplicar únicamente una pena de multa. Sin embargo, excepcionalmente, podía aplicar la pena de prisión cuando se cumplieren copulativamente los siguientes requisitos:

a) Que el juez le hubiere advertido al imputado acerca de la posibilidad de aplicársele en la sentencia la pena de prisión, lo cual debia hacer sólo al momento de dirigirle la pregunta acerca de si admitiere responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento; y

b) Que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la imposición de una pena de prisión, los cuales se harán constar por el juez de garantía en la sentencia.[40]

El mecanismo legal generaba serias distorsiones prácticas. Así quedó constancia durante la discusión parlamentaria que introdujo las modificaciones al artículo 395:

"El Honorable Senador señor Viera Gallo expresó que le quedaba claro el problema de la concordancia legal en lo relativo a la pena, pero que le parece que esta facultad del fiscal amerita estudio porque podría dar lugar a serias arbitrariedades en lo relativo a la garantías de las personas.

El Honorable Senador señor Chadwick planteó que la mecánica de las normas en análisis es la siguiente: el fiscal requiere al imputado, determinando la naturaleza del delito y la pena que le correspondería. Después, en la audiencia donde se conoce el requerimiento, se negocia con el imputado configurando causales de atenuación para bajar la pena, a cambio de un reconocimiento de responsabilidad. En este esquema, continuó, el fiscal tiene todo el procedimiento en su favor, por lo cual resulta imprescindible que se determine algún límite.

---

[40] Debe recordarse que el procedimiento simplificado, originalmente, estaba concebido sólo para sancionar las faltas (de hecho, se denominaba en el proyecto de esta forma), y que durante la discusión parlamentaria se incorporaron los simples delitos a su ámbito de aplicación. Es por lo anterior que, tal como informó acertadamente el profesor Raúl Tavolari durante la tramitación de la modificación legal de la Ley Nº 20.074, "esta disposición quedó originalmente mal concebida, porque en principio el procedimiento simplificado sólo fue conceptuado para faltas con sanción de multas, pero durante la tramitación del proyecto se amplió el ámbito de cobertura de dicho procedimiento a los simples delitos para los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. No obstante esta ampliación, no se modificó la norma del artículo 395, lo que generó graves inconvenientes prácticos".

Lucgo, el Honorable Senador señor Viera-Gallo explicó que es muy importante que exista un límite para la discrecionalidad del fiscal, de forma que la pena que en definitiva se aplique no aparczca como injusta socialmente. Por otra parte, continuó, por la comprensible carga de trabajo que soportan los fiscales, es muy factible que ocupen esta norma incluso más de lo apropiado, generando, en definitiva, muchas penas bajas. Esta situación infringe uno de los principios rectores el Ministerio Público, como es tomar en cuenta a la víctima. Por otro lado, en este tipo de delitos menores es donde hay mayor sensación de impunidad por parte de la ciudadanía, que exige a este respecto penas ejemplarizadoras.

Por su parte, los representantes del Ejecutivo manifcstaron que todo este sistema parte siempre de la base del reconocimiento de culpabilidad del imputado, por tanto, en estos casos, sí hay control social porque hay un culpable. El Honorable Senador señor Chadwick concordó con los planteamientos del Honorable Senador señor Viera-Gallo y afirmó que, tal como está planteado el sistema, el único límite para el fiscal es llegar a un acuerdo, por tanto, en definitiva, se puede terminar con penas irrisorias que no respeten el principio de la legalidad.

El profesor Raúl Tavolari subrayó que el principio de legalidad en la aplicación de las penas debería deducirse de la simple lectura de esta disposición, por lo que sería mucho mejor modificar la norma, clarificando expresamente la limitación legal planteada.

El Honorable Senador señor Espina indicó que la modificación planteada es conveniente porque en el sistema actual, frente a un posible acuerdo, el fiscal necesariamente debe plantear en su requerimiento una pena más baja y si, en definitiva, el imputado no acepta su responsabilidad, el fiscal queda vinculado con su requerimiento original con una pena baja.

Por el contrario, con la modificación es factible quc el fiscal requiera una pena alta y, en la audiencia, negocie con el imputado y su defensa para llegar a un acuerdo. Con todo, es importantc que la determinación que haga el fiscal tenga algún límite".[41-42]

---

[41] Segundo Informe Comisión Constitución. Pág. 170.

[42] Respecto del alcance del artículo 395 del CPP, previo a su modificación, se había resuelto por la Corte Suprema, que "no admite en cuanto a su ámbito de aplicación, distinción alguna entre faltas o simples delitos y, por ende, y no mediando norma expresa debe entenderse comprensiva de ambas situaciones".

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza jurídica y efectos de ese precepto legal, la Corte Suprema había señalado que "el artículo 395 posee naturaleza procesal en cuanto se inscribe en un procedimiento sancionatorio privilegiado, pero posee no obstante también normas sustantivas penales al señalar sanciones para ciertas faltas y simples delitos que, dados ciertos supuestos de hechos, permiten variar la penalidad original de la figura típica de que se trata.

La resolución inmediata como opción que la norma del artículo 395 posee, no resulta gratuita en el orden de garantías y derechos procesales a que tiene derecho un imputado, puesto que para que opere, primero tiene que reconocer su participación punible en el hecho ilícito, lo que importa una autoincriminación y luego de cumplida esa condición y renunciando a la realización del juicio debe aceptar que se dicte sentencia soportando como sanción mínima la pena de multa, situación que evidentemente

En consecuencia, el fiscal puede modificar la pena requerida para el evento que el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho, y de ser así, el tribunal dictará sentencia inmediatamente, no pudiendo en este caso imponerse una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público en el requerimiento, permitiéndose la incorporación de antecedentes que sirvieren para la determinación de la pena, entendiendo por tales no sólo las circunstancias atenuantes o agravantes, sino en que otras circunstancias, como la magnitud del mal provocado.[43]

Sobre la materia se ha resuelto que *"del tenor de los artículos 395, 395 bis y 396 del CPP se advierte que frente a un procedimiento simplificado, el legislador distingue dos hipótesis: a) cuando el imputado no admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento; y b) cuando el imputado sí admite tal responsabilidad.*

Continuación nota [42]

restringe severamente la norma de garantía señalada en el artículo 1° del CPP, en cuanto dispone que toda persona tiene derecho a un juicio previo oral y público". (Corte Suprema. 27.3.2002. Recurso de nulidad interpuesto y acogido en virtud dispuesto inciso 3° del artículo 376. *Revista Procesal Penal* N° 1. LexisNexis. Págs. 42 y Sgtes. Septiembre de 2002. En el mismo sentido, Corte Suprema. 1.4.2002. Recurso de nulidad interpuesto y acogido en virtud dispuesto inciso 3° del artículo 376. *Revista Procesal Penal* N° 1. LexisNexis. Págs. 54 y Sgtes. Septiembre de 2002. Corte Suprema 7.4.2003. Recurso de nulidad. *Revista Procesal Penal* N° 10. LexisNexis. Págs. 35 y Sgtes. Junio de 2003; Corte Suprema 30.4.2003. Recurso de nulidad. *Revista Procesal Penal* N° 10. LexisNexis. Págs. 46 y Sgtes. Junio de 2003; Corte de Apelaciones La Serena. 24.9.20002. *Revista Procesal Penal* N° 3. LexisNexis. Págs. 37 y Sgtes. Noviembre de 2002).

De acuerdo con ello, en caso de aplicación del artículo 395 del CPP resultaba procedente únicamente la pena de multa y excepcionalmente la de prisión, resultando improcedente la aplicación de la pena de comiso establecida para la infracción en el artículo 30 de la Ley N° 19.473 y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público al imputado. (Corte de Apelaciones de La Serena. 27.12.2002. Rol 368. *Revista Procesal Penal* N° 6. LexisNexis. Pág. 34. Febrero de 2003).

También que la sentencia impugnada al sancionar a los imputados con pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, en un procedimiento de resolución inmediata, ha impuesto con error de derecho, una pena más gravosa que la prevista en el artículo 395 del CPP y, en consecuencia, ha efectuado una errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, pues no puede legalmente imponer una sanción superior a la de prisión en su grado máximo. Se trata, como se aprecia de un error en la interpretación del artículo 395 ya citado, y no una violación de la garantía constitucional contemplada en el N° 3 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, lo que constituye la causal de nulidad del artículo 373 letra b) que faculta a este tribunal para invalidar sólo el fallo recurrido y dictar sentencia de reemplazo de acuerdo a la ley, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del CPP. (Corte Suprema. 26.4.2004. Rol 513-04. *Revista Procesal Penal* N° 22. LexisNexis. Págs. 29 y Sgtes. Junio 2004).

[43] Los representantes del Ejecutivo justificaron esta modificación señalando que, en este caso, al igual que como se había propuesto originalmente, se establecía un tope para la pena que podría imponer el juez, sobre la base de la solicitada por el Ministerio Público, permitiéndose allegar nuevos antecedentes para la fijación de la pena que se impondría definitivamente. No obstante, el texto originalmente aprobado por la Comisión, se había concentrado exclusivamente en la posibilidad de acreditar circunstancias atenuantes y agravantes para este último objetivo, siendo que también existen otros antecedentes que pueden afectar la determinación de la pena, como sucede en el caso del artículo 69 del Código. Segundo informe Comisión Constitución. Pág. 474.

En la primera de ellas, hay juicio, por cuanto se dan todos los elementos jurisdiccionales que le son propios –de conocimiento, con sus fases de discusión y prueba, de decisiòn o juzgamiento y de ejecuciòn de lo resuelto– haciendo posible la concurrencia del principio de congruencia entre el de conocimiento y decisión, plasmándose en la sentencia definitiva, concepto que se contiene en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal por remisiòn del artículo 52 del Código Procesal del ramo.

En la segunda hipòtesis, en cambio, por propia disposición legal, no hay juicio, pues malamente puede haberlo si no ha habido etapas de discusión y prueba, especialmente si se considera que frente al requerimiento fiscal el imputado se limita a admitir su responsabilidad, circunstancia que excluye el momento jurisdiccional del conocimiento del respectivo conflicto jurídico de naturaleza penal. No existiendo juicio, consecuencialmente, no puede haber sentencia definitiva, que constituye la expresión máxima de la jurisdicciòn, comprendida en cada instancia de un proceso, a la que a travès de ella se le pone tèrmino. Al concluir que no ha habido juicio y sentencia definitiva, el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia dictada resulta manifiestamente improcedente, lo que aparece impracticable, pues es imposible que haya un juicio que sustituya otro inexistente".[44]

Discrepamos de lo sostenido en el fallo en cuanto a la inexistencia de sentencia definitiva, por cuanto el legislador prevé en el artículo 395 expresamente su pronunciamiento, como también en cuanto a que dicho reconocimiento de los hechos importe la inexistencia de un juicio. En todo caso, tambièn se produce la consecuencia de la improcedencia del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que debe pronunciarse, pero el fundamento por el cual se produce es por el incumplimiento del requisito general de la inexistencia o falta de concurrencia del agravio, conforme al principio general previsto en el artículo 352, según la cual sólo se encuentran legitimados para recurrir los *intervinientes agraviados* por la sentencia.

En cuanto a la naturaleza jurìdica, se nos ha indicado que *"el artìculo 395 autoriza al tribunal para dictar sentencia de inmediato luego de la admisiòn de la responsabilidad en los hechos que da el imputado, resultando innecesario siquiera reseñar los antecedentes que obrarían en la carpeta del fiscal. En dicha etapa del procedimiento, el juez de garantía debe ejercer lo central de su rol institucional, por cuanto debe cautelar que la manifestaciòn de voluntad del imputado constituya un acto consciente e informado. Así, habièndose renunciado válidamente al juicio oral, se libera al juez de la carga de verificar la forma de ocurrencia de los hechos contenidos en el requerimiento fiscal y su fundamentación probatoria, limitándose a ponderarlos tal cual fueron presentados. Luego de cautelar las garantías del imputado, el juez de garantía pasa a ejercer sus funciones jurisdiccionales, ponderando los antecedentes de la investigación con criterios de plausibilidad fàctica y de adecuaciòn a la normativa. La naturaleza de la*

[44] Corte de Apelaciones de Talca. 13.3.2007. *Revista Procesal Penal* N° 57. Págs. 74 y Sgtes. Marzo 2007.

admisión de la responsabilidad del artículo 395 del estatuto procesal penal tiene que ver con lo que podría denominarse un procedimiento de autoincriminación reglada. La consecuencia que subyace a la renuncia a la presunción de inocencia y al juicio previo que produce la admisión, dispensa al Ministerio Público de la necesidad de acreditar con sus pruebas los presupuestos fácticos de la imputación en un juicio. También, el tribunal es dispensado de la necesidad de motivar técnicamente la sentencia para dar por establecidos los hechos del requerimiento, no siendo aplicables las exigencias que contempla el estatuto procesal penal para la sentencia en un juicio oral".[45]

Finalmente, se ha señalado que mientras el inciso 1° del nuevo artículo 395 sólo faculta al Fiscal para modificar la pena requerida para el evento que el imputado admitiere su responsabilidad, el inciso 2° de ese mismo nuevo texto también es claro en cuanto lo único que no está permitido al juez, en el caso que el imputado admita su responsabilidad, es el imponer a éste una pena superior a la solicitada en el requerimiento. Finalmente, para que no se considere una advertencia, debe recordarse: a) que la norma del antiguo 395 del Código Procesal Penal, según la cual el juez podía aplicar la pena de prisión cuando hay antecedentes calificados, no era una norma procesal sino sustantiva; y b) que, al permitir el nuevo texto del artículo 395, en su inciso 2°, la incorporación de antecedentes que sirvieren para la determinación de la pena, no ha hecho otra cosa que precisar, para la adecuada determinación y medida de la sanción, lo que genéricamente constituían los antecedentes calificados referidos en el lenguaje del antiguo artículo 395 del Código Procesal.[46]

En todo caso, se ha señalado que en el procedimiento simplificado cabe la dictación de sentencia absolutoria cuando se ha aceptado responsabilidad sobre hechos no constitutivos de delito; aceptación de responsabilidad de hechos punibles no penados amparados por una causal de eximente que no requiere de prueba de hechos nuevos, sino que una calificación jurídica de hechos como la del incumplimiento de un deber (artículo 10 N° 10 Código Penal); por recalificación de los hechos objeto de la aceptación de responsabilidad. Lo que no cabe en este procedimiento sería absolver por la existencia de una duda razonable, por existir una aceptación indubitada por el imputado de responsabilidad respecto de los hechos señalados por el Ministerio Público y ser la razón por la cual no se realiza el juicio oral. De existir una duda razonable antes de la rendición de la prueba, más que dictar una sentencia absolutoria, cabría rechazar la aplicación del juicio simplificado y ordenar que el procedimiento siguiera como juicio oral simplificado.[47]

---

[45] Juez Titular Luis Francisco AVILÉS MELLADO del 14° Juzgado de garantía de Santiago Sentencia de 2.7.2005. *Revista Procesal Penal* N° 37. Págs. 192 y Sgtes. Julio 2005, y Sentencia de 17.4.2007. *Revista Procesal Penal* N° 58. Págs. 183 y Sgtes. Abril 2007. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago. 25.8.2005. *Revista Procesal Penal* N° 38. Págs. 57 y Sgtes. Agosto 2005.

[46] Corte de Apelaciones de Santiago. 28.12.2005. *Revista Procesal Penal* N° 42. LexisNexis. Págs. 68 y Sgtes. Diciembre 2005.

[47] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. Ob. cit. Pág. 221. 2009.

d.2.) Preparación del juicio oral simplificado.

Si el imputado no admitiere responsabilidad, el juez procederá, en la misma audiencia, a la preparación del juicio simplificado, el cual tendrá lugar inmediatamente, si ello fuere posible, o a más tardar dentro de quinto día (artículo 395 bis).

d.3.) Realización del juicio oral simplificado.[48]

La audiencia no podrá suspenderse, ni aun por falta de comparecencia de alguna de las partes o por no haberse rendido prueba en la misma.

Sin embargo, existe un caso excepcional en el que el legislador dispone la suspensión de la audiencia, cual es si no hubiere comparecido algún testigo o perito cuya citación judicial hubiere sido solicitada de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 393 y el tribunal considerare su declaración como indispensable para la adecuada resolución de la causa, en cuyo caso dispondrá lo necesario para asegurar su comparecencia. La suspensión no podrá en caso alguno exceder de cinco días, transcurridos los cuales deberá proseguirse conforme a las reglas generales, aun a falta del testigo o perito.

Debemos tener presente que la sede en que corresponde sostener cualquier discusión en torno a los hechos que conforman la imputación es el juicio oral simplificado, que es contradictorio y adversarial, por lo que no puede pretenderse que en la audiencia del artículo 395 del CPP se genere un debate en torno a los registros que, en último término, obligue al juez a tener que ponderarlos.

El juicio oral simplificado se realizará, cumpliéndose con los siguientes trámites:

1. Se dará lectura al requerimiento del fiscal y a la querella, si la hubiere.
2. En seguida se oirá a los comparecientes.
3. Se recibirá la prueba.
4. Se preguntará al imputado si tuviere algo que agregar.
5. Con su nueva declaración o sin ella, el juez pronunciará en la misma audiencia su decisión de absolución o condena.
6. Se fija por el juez de garantía una nueva audiencia, para dentro de los cinco días próximos, para dar a conocer el texto escrito de la sentencia.
7. En la sentencia, el juez debe o puede efectuar las siguientes declaraciones adicionales:

7.1. En caso de reiteración de faltas de una misma especie se aplicará, en lo que correspondiere, las reglas contenidas en el artículo 351 (artículo 397), y

7.2. Cuando resultare mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses.

---

[48] GALLARDO FARÍAS, Eduardo. Juez de Garantía de Santiago. *Revista Procesal Penal* Nº 38. LexisNexis. Pág. 134. Agosto 2005.

Respecto de los casos en que procede aplicar esta institución, se ha resuelto que *"la suspensión de la imposición de la condena debe ser observada atendiendo al principio de proporcionalidad de las penas, en relación a la entidad del bien jurídico vulnerado y la magnitud del disvalor social que los delitos representan".*[49]

Transcurrido dicho plazo de seis meses sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 398).

Por otra parte, debemos tener presente que actualmente no es posible aplicar simultáneamente el beneficio de la remisión condicional de la pena y la suspensión de la pena, incompatibilidad que la Ley Nº 20.074 estableció en forma expresa.

Cuando el condenado, objeto de una suspensión de la imposición de condena en procedimiento simplificado, es objeto de una nueva formalización antes de cumplirse el plazo de seis meses que señala el artículo 398 inciso segundo, no procede dictar en su favor sobreseimiento, sino sólo dejar sin efecto la suspensión y ordenar el cumplimiento de la condena.[50]

Por otra parte, no es posible confundir la suspensión condicional del procedimiento, que puede actualmente decretarse también dentro del procedimiento simplificado, con la suspensión del cumplimiento de la pena.

La suspensión condicional del procedimiento es aquella salida alternativa que se concede por medio de una resolución judicial en caso de cumplirse los requisitos previstos en la ley, previo acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público, mediante el cual se suspende la tramitación del procedimiento penal durante un plazo judicial no superior a tres años, sometiéndose al imputado al cumplimiento de una o más condiciones durante éste, las que de cumplirse conducen a la dictación de un sobreseimiento definitivo por extinción de la responsabilidad penal.

Por el contrario, la suspensión del cumplimiento de la condena por falta es un beneficio otorgado en la sentencia que impuso una pena, alternativo a ésta. Así se ha dicho que la actual norma se enmarca dentro de lo que la dogmática denomina "pena natural", es decir, existen casos en que la culpabilidad del autor es compensada por las consecuencias del hecho delictivo mismo, que para el imputado tiene similares efectos que una pena. Hay casos en que los fines preventivos de la pena no se ven afectados o vulnerados por la no imposición de ésta. No hay que olvidar que la suspensión de la imposición de la pena no constituye un "perdón" del condenado, porque éste se somete a un período de observación de 6 meses. A ello se agrega que

[49] Juzgado de Garantía de Ovalle. 30.9.2002. *Revista Procesal Penal* Nº 3. LexisNexis. Págs. 136 y Sgtes. Noviembre 2002.

[50] Juzgado de Garantía de Antofagasta. 18.2.2003. *Revista Procesal Penal* Nº 8. LexisNexis. Págs. 177 y Sgtes. Abril 2003.

el artículo 398 es una facultad del juez de garantía, por lo que nunca procederá sin argumentos calificados y su objetivo es permitir que los primerizos no se integren a un círculo delictual.[51]

Las principales diferencias que podemos constatar entre la suspensión condicional del procedimiento y la suspensión de cumplimiento de una pena son los siguientes:

Suspensión condicional del procedimiento	**Suspensión cumplimiento de la pena**
Es una salida alternativa a la solución del conflicto penal.	Es un beneficio alternativo al cumplimiento de la pena.
Suspende la tramitación del juicio por el plazo que fije el tribunal, el que no puede ser inferior a un año ni superior a tres años.	Supone que se dictó sentencia condenatoria en el juicio, decretándose por el plazo de 6 meses la suspensión de la pena.
Mantiene presunción de inocencia, y el carácter de imputado respecto del beneficiado con ella.	No existe presunción de inocencia, encontrándonos en presencia de un condenado.
Si se cumplen las condiciones, se decreta sobreseimiento definitivo.	Si se cumplen condiciones, se deja sin efecto sentencia definitiva y se decreta sobreseimiento definitivo.
En caso de no cumplirse las condiciones, se revoca la suspensión y el proceso debe seguir adelante.	Si el condenado es objeto de una formalización o de un nuevo requerimiento, dentro del plazo legal, deberá cumplir condena impuesta.

2.10. Recursos en el procedimiento simplificado

Contra la sentencia definitiva sólo podrá interponerse el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro Tercero. El fiscal requirente y el querellante, en su caso, sólo podrán recurrir si hubieren concurrido al juicio.

2.11. Acciones civiles

En el procedimiento simplificado no procederá la interposición de demandas civiles, salvo aquella que tuviere por objeto la restitución de la cosa o su valor.

Si por tratarse de un simple delito que se tramitaba conforme a las reglas del juicio ordinario y en virtud de la pena requerida en la acusación corresponde su continuación conforme el procedimiento simplificado, cabe aplicar el artículo 68, la prescripción de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquél en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal.

[51] Defensor Nacional, señor Rodrigo QUINTANA, Segundo Informe Comisión de Constitución, Pág. 172.

En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario. Si la demanda no fuere deducida ante el tribunal civil competente dentro del referido plazo, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido.

Si en el procedimiento penal se hubieren decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, éstas se mantendrán vigentes por el plazo indicado en el inciso primero, tras el cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere.

2.12. Medidas cautelares personales

Una primera teoría, rechaza la aplicación de medidas cautelares personales en el procedimiento simplificado, por cuanto antes de la dictación de la Ley N° 20.074, el artículo 155 contemplaba su procedencia luego de la formalización de la investigación y el artículo 230 razona sobre la base de la formalización de la investigación para proceder a resolver sobre una medida cautelar. Las medidas cautelares no son aplicables en virtud del principio de legalidad, al no estar expresamente previstas para este procedimiento; porque en la duda debe ser interpretada la norma a favor del imputado (artículo 11 CPP); por no poder ser aplicables las normas por analogía (artículo 5° inciso 2°) la autorización expresa de la detención en caso de flagrancia por las faltas en el artículo124 y no en los otros casos, a contrario sensu, las hace impracticables.[52]

Una segunda teoría, sustentada por el Ministerio Público, sostiene que son aplicables las medidas cautelares personales por la remisión que efectúa el artículo 389 a las normas del Libro I, donde se encuentran reguladas las medidas cautelares personales; porque la modificación introducida por la Ley N° 19.798 al artículo 124 impide solamente decretar medidas cautelares respecto de faltas o delitos que la ley con penas privativas o restrictivas de libertad, siendo por ello procedentes los casos de simples delitos a los que se asignan una pena no superior a presidio menor en su grado mínimo. Esta tesis gozaría del respaldo mayoritario de la jurisprudencia.[53]

2.13. Normas supletorias

Se aplicarán al procedimiento simplificado las disposiciones consignadas en el Título I del Libro IV, y en lo no previsto en él, las normas del procedimiento ordinario del Libro II (artículo 389).

---

[52] Véase TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos.* Págs. 427 y Sgtes. DURÁN SANHUEZA, Rafael. *Procedimiento Simplificado y monitorio en el Código Procesal Penal chileno.* Págs. 236 y Sgtes. Librotecnia. 2008.

[53] Véase DURÁN SANHUEZA, Rafael. *Procedimiento Simplificado y monitorio en el Código Procesal Penal chileno.* Págs. 239 y Sgtes. Librotecnia. 2008.

3. PROCEDIMIENTO MONITORIO

3.1. Reglamentación

El procedimiento monitorio se encuentra reglamentado en el Título I del Libro IV del CPP (artículo 392).

3.2. Concepto

El procedimiento monitorio es aquel procedimiento especial, conocido por el juez de garantía competente, destinado a conocer sólo de las faltas respecto de las cuales el fiscal solicitare que se aplicare únicamente la pena de multa por un monto específico y respecto de la cual el juez de garantía se pronuncia de inmediato haciendo procedente la aplicación de la sanción, a menos que el imputado oportunamente reclamare en contra del requerimiento o la multa impuesta, en cuyo caso el procedimiento deberá continuar tramitándose conforme a las normas del procedimiento simplificado.

3.3. Tribunal competente

El tribunal que siempre es competente para conocer del procedimiento monitorio es el juzgado de garantía (artículos 14 letra d) COT y 392 CPP).

3.4. Ámbito de aplicación del procedimiento monitorio

El procedimiento monitorio solamente es aplicable para el conocimiento y resolución de los procesos penales que versan sobre faltas respecto de las cuales el fiscal solicitare que se aplicare únicamente la pena de multa por un monto que debe especificar.

En todo caso, debemos tener presente que las faltas que son sancionadas con pena distinta a las de multa pueden ser perseguirse también a través del procedimiento simplificado, en la medida en que el Fiscal requiriere respecto de ellas la aplicación de la pena de multa.[54]

En consecuencia, el procedimiento monitorio tiene un carácter sustancial más que formal en dos aspectos:

a) Porque el fiscal puede requerir pena de multa respecto de faltas que tengan contemplada otro tipo de sanción, y

b) Porque el juez sólo puede imponer la pena de multa al querellado respecto de la falta que se le imputa.

En su aspecto procesal, el procedimiento monitorio, que no es más que una especie de procedimiento simplificado, y no procederá la interposición de demandas civiles, salvo aquella que tuviere por objeto la restitución de la cosa o su valor (artículo 393 inciso 2°).

[54] Véase HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Pág. 496.

3.5. Tramitación del procedimiento monitorio

3.5.1. Requerimento

El fiscal debe formular un requerimiento en la forma y con el contenido que ya vimos precedentemente, a propósito del procedimiento simplificado.

Sin embargo, tratándose del procedimiento monitorio se exige en forma adicional y obligatoria que en el requerimiento se indique por el fiscal el monto específico de la multa que solicitare imponer al imputado.

3.5.2. Evaluación de los antecedentes del requerimiento por el tribunal

a) El juez de garantía no estima suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa.

Si el juez no considerare suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta por el fiscal, debe proceder a continuar con la tramitación del procedimiento en la forma señalada respecto del procedimiento simplificado (artículo 392 inciso final, última parte).

b) El juez de garantía estima suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa.

Si el juez estimare suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, deberá acogerlos inmediatamente, dictando una resolución que así lo declare.

Dicha resolución contendrá, además, las siguientes indicaciones:

i) La instrucción acerca del derecho del imputado de reclamar en contra del requerimiento y de la imposición de la sanción, dentro de los quince días siguientes a su notificación, así como de los efectos de la interposición del reclamo;

ii) La instrucción acerca de la posibilidad de que dispone el imputado en orden a aceptar el requerimiento y la multa impuesta, así como de los efectos de la aceptación, y

ii) El señalamiento del monto de la multa y de la forma en que la misma debiere enterarse en arcas fiscales, así como del hecho que, si la multa fuere pagada dentro de los quince días siguientes a la notificación al imputado de la resolución prevista en este inciso, ella será rebajada en 25%, expresándose el monto a enterar en dicho caso.

c) Actitudes del imputado frente a la notificación de la resolución.

c.1) El imputado paga la multa dentro del plazo legal.

Se entiende que el imputado acepta la resolución, la que queda ejecutoriada y cumplida por parte de éste. En este caso, se goza del beneficio por el solo ministerio de la ley de entenderse la multa rebajada para su pago en un 25%, derecho del cual sólo es necesario dejar una mera constancia en la resolución que se dicta con el solo mérito del requerimiento y que se extingue también por el solo ministerio de la ley al transcurso del plazo de los quince días.

Sin perjuicio de ello, debemos entender que ese plazo de quince días cuando venciere en feriado, se considerará también ampliado por el solo ministerio de la ley hasta las 24 horas del día hábil siguiente que no fuere feriado (artículo 14).

c.2) El imputado no paga la multa o reclama respecto de su procedencia o monto dentro del plazo legal.

Si el imputado no pagare dicha multa o transcurriere el plazo de quince días desde la notificación de la resolución que la impusiere, sin que el imputado reclamare sobre su procedencia o monto, se entenderá que acepta su imposición.

En dicho evento la resolución se tendrá, para todos los efectos legales, como sentencia ejecutoriada y deberá procederse a hacerse efectivo su cumplimiento, debiendo tenerse presente al efecto lo previsto en los artículos 49 y 69 del Código Penal.

c.3) El imputado reclama respecto de la procedencia de la multa o de su monto dentro del plazo legal.

Si dentro del plazo de quince días contados desde la notificación de la resolución que la impusiere, el imputado manifestare, de cualquier modo fehaciente, su falta de conformidad con la imposición de la multa o su monto, se proseguirá con el procedimiento en la forma prevista para el procedimiento simplificado, esto es, deberá darse aplicación a lo previsto en los artículos 393 y siguientes.

3.6. La prescripcion en el procedimiento monitorio

Respecto del plazo de prescripción de la acción penal en la falta, debemos recordar que ella es de seis meses y comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el hecho punible (artículo 95 Código Penal), el que se interrumpiría el día en que cometiere un crimen o simple delito. Dicha prescripción se suspende el día en que el procedimiento se dirige contra el delincuente, hoy más bien dicho, imputado. Debemos entender que el procedimiento se dirige contra el imputado, el día en el cual el Fiscal hubiere presentado un requerimiento ante el Tribunal que cumpla con todos los requisitos legales, considerando que el requerimiento sería un equivalente a la formalización de la acusación (artículo 233 letra a).[55] Por otra parte, esta interpretación se debería aplicar a la suspensión de la prescripción en el procedimiento simplificado, y a partir de la interposición de la querella en el procedimiento de acción penal privada, siguiéndose un criterio uniforme al respecto.

En cuanto a la prescripción de la pena, debemos recordar que ellas prescriben en el plazo de seis meses contados desde que se han impuesto en una sentencia ejecutoriada o desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiera principiado a cumplirse, como sería el caso en el cual se permitiere el pago de la multa en cuotas (artículo 98 Código Penal). La expresión sentencia de término no tiene cabida, porque ella es la que pone fin a la última instancia, pero para los efectos del cumplimiento de una pena lo que importa es que nos encontremos ante una sentencia ejecutoriada. Una

[55] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. Ob. cit. Pág. 331. 2009.

sentencia del tribunal de garantía que impone la multa en el procedimiento monitorio es sentencia de término, porque pone fin a última y en este caso, única instancia, pero no se encuentra ejecutoriada si en su contra se deduce un recurso de nulidad. De allí que, el plazo de prescripción de la pena de seis meses, se producirá desde que se hubiere notificado el cúmplase de la sentencia si hubiere sido impugnada, o desde que hubieren transcurrido los plazos para deducir los recursos, sin que ellos se hubieren interpuesto.

4. EL PROCEDIMIENTO POR CRIMEN O SIMPLE DELITO DE ACCIÓN PENAL PRIVADA

4.1. Reglamentación

El procedimiento por delito de acción penal privada se encuentra reglamentado en el Título II del Libro IV del CPP (artículos 400 a 405).

4.2. Concepto

Es un procedimiento especial, pero de aplicación general, para el juzgamiento de todos los crímenes o simples delitos de acción penal privada contemplados en el artículo 55 del CPP y de aquellos a los cuales se les otorgue tal carácter en leyes especiales.

4.3. Tribunal competente

El tribunal que siempre es competente para conocer del por delito de acción penal privada es el juzgado de garantía (artículos 14 letra e) COT y 400 CPP).

4.4. Características

El procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada presente en el nuevo sistema procesal penal presenta las siguientes características:

a) El procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada sólo puede comenzar por querella y por la persona habilitada para promover la acción penal, que no es otra que la víctima (artículos 53 inciso 3°, 55 inciso 1° y 400 inciso 1°).

b) El juez de garantía es el competente para conocer del procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada.

c) El juez no debe dar curso de oficio a las querellas por delitos de injurias y calumnia después de 5 años desde que se cometieron (artículo 431 del Código Penal); ni a las calumnias e injurias causadas en juicio si no hubiere éste concluido (artículo 426 del Código Penal).

d) En los delitos de acción penal privada no se contempla la intervención del Ministerio Público, al poder ser ejercida la acción sólo por la víctima y a través de una querella, pudiendo los fiscales sólo ejercer y sustentar la acción penal pública en la forma prevista por la ley (artículo 77).

e) En los delitos de acción penal privada no se puede decretar la prisión preventiva (artículo 141 letra b)).

f) En los delitos de acción penal privada juega el abandono de la acción penal privada (artículo 402).

Esta es la sanción consistente en la pérdida de la pretensión penal por:

i) No haber comparecido el querellante a la audiencia del juicio; o

ii) Inactividad del querellante en el procedimiento por más de 30 días.

Se entiende que existe inactividad en caso de falta de realización de diligencias útiles por parte del querellante para dar curso al proceso y que fueren de su cargo. *"Para que se declare el abandono es requisito esencial la existencia de un juicio, lo que sucede únicamente al estar notificado el querellado tanto de la querella como de la citación al juicio, lo que si no ha sucedido por la imposibilidad material de dar con el paradero del querellado hace improcedente la declaración del abandono".*[56]

El abandono de la acción penal privada puede ser declarado por el tribunal de oficio o a petición de parte y produce los efectos de sobreseimiento definitivo (artículo 402).

También será procedente que se declare el abandono de la acción penal privada si habiendo muerto o caído en incapacidad el querellante, sus herederos o representante legal no concurrieren a sostener la acción dentro del término de noventa días.

Sin embargo, se ha resuelto que para aplicar la norma del artículo 402 sobre abandono de la acción en procedimiento por delito de acción privada se requiere que se cumplan los requisitos de validez de la audiencia. De esta forma, si el imputado no asiste a la audiencia, siendo su presencia condición necesaria para su realización, resulta indiferente si el querellante asistió o no, razón por la cual no es posible concluir la consecuencia del abandono de la acción privada por inasistencia de este último.[57]

g) En el actual proceso penal no se efectúa distinción alguna para la tramitación de los delitos de injuria y calumnia respecto del resto de los delitos de acción penal privada como ocurría para determinar su forma de iniciación en el antiguo procedimiento penal, siendo procedente en la actualidad el trámite de la conciliación respecto de todos los delitos de acción penal privada en la audiencia que debe seguirse para resolver estos delitos.

h) Procede como causal de extinción de la responsabilidad penal el perdón del ofendido (artículo 93 N° 5 del Código Penal).

i) En los delitos de acción penal privada no se aplican supletoriamente en forma prioritaria las normas del procedimiento ordinario, sino que las normas del procedimiento simplificado, con excepción de la suspensión de la condena prevista en el artículo 398.

---

[56] Juzgado de Garantía de Coronel. 7.9.2004. *Revista Procesal Penal* N° 27. Págs. 211 y Sgtes. Noviembre 2004.

[57] Juzgado de Garantía de Antofagasta. 21.2.2003. *Revista Procesal Penal* N° 8. LexisNexis. Págs. 179 y Sgtes. Abril 2003.

En todo caso, reciben plena aplicación en el sistema procesal penal la aplicación de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de la libertad que se contemplan en la Ley N° 18.216.

4.5. Tramitación de los procedimientos por delitos de acción penal privada

4.5.1. Forma de inicio

El procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada sólo puede comenzar por querella y por la persona habilitada para promover la acción penal, que no es otra que la víctima (artículos 53 inciso 3°, 55 inciso 1° y 400 inciso 1°).

La querella de la víctima debe cumplir con los siguientes requisitos:

La querella debe ser presentada por escrito, en el cual deberá cumplir con los requisitos de los artículos 113 (requisitos de la querella) y 261 (requisitos acusación), en lo que no fuere contrario a lo dispuesto en el Título pertinente.

En la misma querella se podrá solicitar al juez la realización de determinadas diligencias destinadas a precisar los hechos que configuran el delito de acción privada, las que el tribunal debe decretar antes de citar a las partes a la audiencia de conciliación (artículo 400 inciso 3°).

Deberá acompañar una copia de la querella por cada querellado a quien la misma debiere ser notificada.

4.5.2. Resolución que recae en la querella

El juzgado de garantía competente deberá dictar una resolución en la cual debe ordenar su notificación al imputado, debiendo acompañar copias de la querella en su caso, como de la resolución recaída en ella.

En dicha resolución se debe disponer que el imputado sea citado en la forma señalada por la ley con, a lo menos, diez días de anticipación a la fecha de la audiencia de conciliación. Además, ordenará citar a todos los demás intervinientes. La resolución debe fijar el día, hora y lugar en que se llevará a efecto la audiencia de conciliación, el que no podrá tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días contados desde la fecha de la resolución.

Finalmente, el tribunal debe ordenar que las partes comparezcan a la audiencia, con todos sus medios de prueba y la del querellante y el imputado, quienes podrán comparecer a la audiencia en forma personal o a través de mandatarios con facultades para transigir. Sin perjuicio de ello, deberán concurrir en forma personal, cuando el tribunal así lo ordenare.

Si alguna de ellas requiriere de la citación de testigos o peritos por medio del tribunal, deberán formular la respectiva solicitud con una anticipación no inferior a cinco días a la fecha de la audiencia.

Sin embargo, si en la querella se hubiere solicitado al juez la realización de determinadas diligencias, destinadas a precisar los hechos que configuran el delito de acción

privada, se abre una etapa previa de investigación antes de que el tribunal pueda citar a las partes a la audiencia de conciliación y juicio (artículo, 400 inciso 3°).

Esta etapa previa de investigación ha sido objeto de múltiples cuestionamientos en el procedimiento de acción penal privada, fundada en poderosas razones de carácter sistémico.

En primer lugar, la crítica más evidente es que se rompe en este procedimiento con el principio básico que el juez que investiga no debe juzgar, desconociéndose así que la investigación le corresponde exclusivamente al Ministerio Público por mandato del artículo 83 de la Carta Fundamental.

En segundo lugar, se debe entender que estas diligencias que solicita el querellante en los delitos de acción penal privada deben ser siempre excepcionales, y se justificaría que se decretarán sólo en la medida en que ellas no se hubieren podido llevar a cabo por el querellante por carecer de la facultad de imperio.

Pretender que el juez de garantía investigue respecto de los delitos de acción privada, llevando a cabo diligencias que debería realizar una parte, no sólo resulta poco sistémico, sino que un contrasentido, dado que no puede pretenderse que se realice por el juez una actividad investigativa en relación con estos delitos de menor significación y que ello se encuentre prohibido en los delitos de acción penal pública.

Por lo demás, nos encontramos en presencia de una verdadera cautela instructora anticipada, conforme a lo que nos enseña Calamandrei, y por ello podrán ser decretadas cuando estemos ante casos urgentes y sean imprescindibles para los efectos solamente de preparar la entrada al juicio. Sin que concurran dichos motivos, nunca deberían ser decretadas por el juez de garantía las diligencias solicitadas por el querellante. En este caso, haciendo un símil, nos encontraríamos ante las medidas prejudiciales preparatorias del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil.

Si sistémicamente acudimos al procedimiento ordinario penal como al simplificado para aclarar esta situación particular, no cabe duda que las únicas diligencias en el procedimiento de acción penal privada que puede solicitar el querellante son las que tienen que estar destinadas a preparar la entrada al juicio y no las que tienen por objeto rendir pruebas, dado que ellas forman parte de una fase investigativa que jamás ha sido prevista por el legislador que se encuentre en manos de un tribunal.

Si interpretáramos en forma demasiado extensiva dicho precepto, se atentaría contra el principio de igualdad de armas, dado que la etapa previa de investigación se encontraría consagrada sólo en beneficio del querellante, pero sin considerar en caso alguno que el querellado también podría requerir la realización de dichas diligencias, con lo cual un proceso previsto como "de partes" pasaría a ser un procedimiento "inquisitivo" y en beneficio de sólo uno de los particulares que intervienen en el juicio, lo que unida a la investigación en manos de un tribunal en lugar del Ministerio Público, sumaría otro reproche a la dudosa constitucionalidad a la forma en que se ha estructurado este proceso.

En tercer lugar, debemos tener presente que la realización de determinadas diligencias destinadas a precisar los hechos que configuran el delito de acción privada, debe ser

entendido en forma amplia, esto es, no sólo las que dicen relación con la determinación del hecho punible, sino que también aquellas que puedan permitir la identificación del presunto imputado según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema.[58]

Esto ha permitido que se puedan presentar querellas contra aquellos que resulten responsables de acuerdo con las diligencias investigativas que se decreten por parte del tribunal. En tal caso, es evidente que el proceso ha comenzado para el querellante desde que se hubiere dado curso a la querella decretando las diligencias solicitadas, y que deberá instar por su prosecución dentro de los plazos previstos por la ley para que no sea declarado su abandono, sin perjuicio de tener presente lo anteriormente señalado en que ellas deben ser decretadas sólo cuando sean indispensables para preparar la entrada al juicio.

En cuarto lugar, creemos que resulta evidente que si estas diligencias revisten un carácter probatorio y se pretendieren decretarse en un proceso en el cual se conoce la identidad del querellado, el tribunal debería citar a una audiencia con el fin de debatir si es procedente decretar dichas diligencias; y además, si ellas consisten en la rendición de prueba anticipada ante el tribunal sólo cabria reconocerles eficacia en la medida en que ellas se practiquen en una audiencia en la cual se posibilite el contradictorio.

Finalmente, si dichas diligencias se estima que han sido previas al juicio y se han llevado a cabo sin la participación del querellado, debería considerarse como diligencias de investigación y no tendrán valor en el juicio oral simplificado.

Con ello, más que una delimitación temporal de este período[59], debe establecerse su limitación por el propósito excepcional y limitado basado en el objeto que deben tener las diligencias, el que no puede ser otro que preparar la entrada a un juicio, y no pretender que se realice un verdadero sumario chico, en rememoración a tiempos ya pasados, y en beneficio de solamente una de las partes.

4.5.3. La audiencia

a) Constitución de la audiencia

El juez de garantía deberá tener por iniciada la audiencia.

i) En caso que no asista el querellante o un mandatario de éste con poder suficiente para llegar a componer el litigio.

En este caso, se tiene abandonada la acción del querellante, y el tribunal de oficio o a petición de parte deberá decretar el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 402).[60]

---

[58] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. Ob. cit. *Iniciativa de la producción de evidencia en el procedimiento de acción penal privada. Intervención del juez de garantía.* Pág. 127. 2009.

[59] Véase SALAS ASTRAIN, Jaime. Ob. cit. Pág. 132. 2009.

[60] Véase en este sentido, en cuanto a efectos que produce la asistencia a la audiencia del querellante sin abogado, Corte de Apelaciones de Santiago.12.12.2005. *Revista Procesal Penal* N° 42. Págs. 57 y Sgtes. Diciembre 2005.

ii) Que no asista el querellado o asistiendo ambas partes no se produce el acuerdo.

Asistiendo ambas partes, al inicio de la audiencia, el juez instará a las partes a buscar un acuerdo que ponga término a la causa. Tratándose de los delitos de calumnia o de injuria, otorgará al querellado la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta.

De no lograrse el acuerdo o ante la ausencia del querellado, la audiencia continúa de acuerdo con las normas del procedimiento simplificado (artículos 400, 396 inciso 2° y 405).

b) Desistimiento de la querella.

Si el querellante se desistiere de la querella se decretará sobreseimiento definitivo en la causa y el querellante será condenado al pago de las costas, salvo que el desistimiento obedeciere a un acuerdo con el querellado.

Con todo, una vez iniciado el juicio no se dará lugar al desistimiento de la acción privada, si el querellado se opusiere a él.

4.6. Normas supletorias

En los delitos de acción penal privada se aplican supletoriamente las normas del procedimiento simplificado, con excepción de la suspensión de la condena prevista en el artículo 398 (artículo 405).

En consecuencia, realizadas las diligencias solicitadas por el querellante, se cita a las partes a la audiencia de conciliación y fracasada la conciliación, se debe proceder a llevar adelante el juicio simplificado.

Si el querellado admite su responsabilidad, se debe llevar a cabo en la audiencia el procedimiento simplificado, y el tribunal procederá a dictar sentencia inmediatamente conforme a lo previsto en el artículo 395.

Si el querellado no admite su responsabilidad en los hechos, procederá que se continúe conforme a la normas del procedimiento oral simplificado, debiendo proceder a la preparación del juicio simplificado, el cual tendrá lugar inmediatamente, si ello fuere posible o a más tardar dentro de quinto día (artículo 395 bis). Preparado el juicio simplificado, deberá llevarse éste adelante conforme al procedimiento previsto en el artículo 396, con las modificaciones pertinentes al no contemplarse la participación del Ministerio Público en los procedimientos de acción penal privada.

Si se nos pidiera una muestra adicional a las tantas existentes respecto al verdadero menosprecio que demuestra el legislador respecto de los delitos de acción penal privada, creemos que la forma en que se ha regulado este procedimiento en relación con estos crímenes o simples delitos es actualmente la mejor muestra de ello.

No obstante, este desprecio nos parece sumamente grave en este caso, porque ha generado que se contemple un procedimiento que se aparta, como hemos visto, de los principios básicos que se tuvieron presentes para establecer la reforma procesal penal: la investigación no se radica en el Ministerio Público, sino que en el juez; el juez que investiga también juzga; se contempla un verdadero "sumario previo" si se

interpreta en forma extensiva la facultad del querellante de solicitar diligencias; y todas las diligencias probatorias solicitadas por el querellante no está previsto que se deban rendir dentro de una audiencia regida por un contradictorio.

Si dichos principios básicos del sistema procesal penal para el juzgamiento de un crimen o simple delito estimamos que tienen un reconocimiento en nuestra Carta Fundamental, nos encontraríamos con que el procedimiento de acción penal privada sería de dudosísima constitucionalidad.

4.7. Paralelo entre el procedimiento por crimen o simple delito acción penal pública y el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada

Podemos efectuar un breve paralelo entre los procedimientos por crimen o simple delito de acción penal pública y aquel de acción privada, cuyo resultado se demuestra a continuación:

Procedimiento ordinario o de juicio oral	**Procedimiento crimen o simple delito acción penal privada**
Se puede iniciar por las 3 maneras de iniciar el proceso por crimen o simple delito acción penal pública.	Se puede iniciar sólo por querella criminal, artículo 572.
Excepcionalmente puede querellarse una persona capaz, que no fuere la víctima (artículo 111 incisos 2° y 3°).	Sólo la víctima puede querellarse, artículos 53 inciso 3° y 55.
La dirección de la investigación le corresponde exclusivamente y el ejercicio de la acción penal en forma preferente al Ministerio Público.	No interviene el Ministerio Público, ya sea ejerciendo la acción o realizando diligencias de investigación.
Es competente para conocer del juicio oral el tribunal oral en lo penal.	Es competente para conocer del procedimiento por delito de acción penal privada el juez de garantía.
No procede abandono de la acción penal pública	Procede abandono de la acción penal privada
No procede renuncia, desistimiento y transacción respecto de acción penal pública como modo de poner término al proceso.	Procede renuncia, desistimiento y transacción acción penal pública como modo de poner término al proceso.
No se extingue responsabilidad por perdón del ofendido.	Se extingue responsabilidad por perdón del ofendido.
Se tramitan conforme al procedimiento ordinario que comprende etapas de investigación, audiencia de preparación de juicio oral y audiencia de juicio oral.	Se tramita en una sola audiencia conforme a las normas del procedimiento simplificado, sin perjuicio de incorporar al inicio de la audiencia el trámite obligatorio de llamado a conciliación de las partes.

Procedimiento ordinario o de juicio oral	**Procedimiento crimen o simple delito acción penal privada**
La prisión preventiva tiene una aplicación excepcional y cuando las demás cautelares personales sean insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido y la sociedad. Se aplican las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios. Además, en el procedimiento oral simplificado procede la suspensión de condena respecto de una falta.	Nunca puede decretarse la prisión preventiva. Sólo es posible concebir la aplicación del acuerdo reparatorio, en atención a que no es posible la suspensión condicional que contempla como presupuesto el acuerdo del fiscal con el imputado, sin que el Fiscal tenga participación en este procedimiento. No procede la suspensión de condena.
Se puede acordar por el Fiscal y el imputado, cumpliéndose los demás requisitos legales, la aplicación del procedimiento abreviado.	Nunca cabe aplicar el procedimiento abreviado para conocer y resolver un delito de acción penal privada.

II. LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS O ANTEJUICIOS

1. GENERALIDADES

Como señaláramos previamente, los procedimientos previos o antejuicios son aquellos que deben verificarse con anterioridad o durante la tramitación de un proceso penal a fin de cumplir con un presupuesto que permite el juzgamiento válido de ciertas persona en el juicio penal propiamente tal.

Los procedimientos previos o antejuicios que abordaremos, brevemente, son los siguientes:

a) El desafuero, actualmente denominado procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional;

b) La querella de capítulos, y

c) La extradición.

2. PROCEDIMIENTO RELATIVO A PERSONAS QUE GOZAN DE FUERO CONSTITUCIONAL

2.1. De diputados, senadores y ex Presidentes de la República, conforme a lo previsto en los artículos 30 y 61 de la Constitución Política

2.1.1. Reglamentación

El fuero se consagraba ya en la Constitución de 1833, atribuyendo a las propias Cámaras la facultad de autorizar la imputación penal de sus miembros. La Constitución Política de 1925 contempló esa facultad en los artículos 33 a 35, transfiriéndola a la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva. En la actual Constitución se mantiene vigente en el artículo 61, debiendo tenerse presente que se hizo extensivo el fuero respecto de los ex presidentes mediante la Ley Nº 19.672 de 28 de abril de 2000.

El procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional se reglamenta en el Título IV del Libro IV del CPP, que comprende los artículos 416 a 423.

Disponen los incisos 2° a 4° del artículo 61 de la CPR, modificados por la Ley N° 20.050 que:

"Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.

Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente".

Conforme el artículo 30 inciso 3°, la misma disposición es aplicable al ex Presidente de la República.

2.1.2. Naturaleza jurídica

El fuero es la garantía que impide formular una acusación o solicitar la prisión preventiva u otra medida cautelar en contra de la persona aforada, sin que previamente la Corte de Apelaciones reunida en el Tribunal Pleno haya dado lugar a la formación de causa.

El denominado fuero no implica una inmunidad, sino una garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones, posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de funciones, cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular.

El fuero lo adquieren los diputados o senadores, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso (artículo 61, inciso 2° de la CPR), y el ex Presidente de la República desde que haya cesado en el cargo que hubiere desempeñado por el período completo (artículo 30, inciso 3° de la CPR).

La expresión "formación de causa" utilizada en la norma constitucional decía relación con el sometimiento a proceso, porque la causa se produce a partir del momento en que el inculpado adquiere la condición de parte y se entienden con él las actuaciones del juicio. Lo señalado se ve categóricamente confirmado por las opiniones vertidas por los miembros de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en sesión número 293, quienes uniformemente estimaron que la expresión "formar causa" aludía a los requisitos del procesamiento. Con posterioridad, la modificación constitucional

contenida en la Ley Nº 20.050 persiguió adecuar la normativa al nuevo sistema de enjuiciamiento penal consagrado en el CPP, entendiéndose que la referencia actualmente debe entenderse efectuada a la acusación, al haber desaparecido la institución del auto de procesamiento.

Respecto de su naturaleza procesal existen interpretaciones que la califican como un incidente de un juicio, otras como un procedimiento especial o bien de un antejuicio que verifica la existencia de una condición de procesabilidad. Nosotros nos inclinamos por esta última.

2.1.3. Concepto

El desafuero es la autorización otorgada por la Corte de Apelaciones reunida en Tribunal Pleno para que se formule una acusación, se solicite una prisión preventiva u otra medida cautelar y se proceda a formar causa en su contra.

2.1.4. Tramitación

Los casos en que puede generarse la elevación de los antecedentes al Pleno de la Corte de Apelaciones para que se pronuncie acerca del desafuero, son los siguientes:

a) Detención por delito flagrante de la persona aforada.

En este caso, el aforado debe ser puesto inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, por el fiscal, acompañando la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto (artículo 417);

b) A petición de fiscal, luego de haber cerrado la investigación si estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de la persona aforada (artículo 416 inciso 1º);

c) A petición del fiscal, si durante la investigación el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra (artículo 416 inciso 2º);

d) Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querella por el juez de garantía (artículo 416 inciso 3º);

Si siendo varios los implicados y entre ellos hubiere individuos que no gozaren de fuero, se seguirá adelante el procedimiento en relación con ellos (artículo 422), lo que significa a contrario sensu, que no podrá realizarse las actuaciones para las cuales se requiere el desafuero en relación con las personas aforadas mientras éste no se haya otorgado.

De acuerdo con esta regulación, parece claro que el desafuero no puede ser originado nunca por una actuación oficiosa de parte de los tribunales, al no ser aquellos los órganos de persecución penal.

El desafuero es visto por el Pleno de la Corte de Apelaciones (artículo 61 CPR y 66 del COT).

No procede que el desafuero sea visto por la Corte Marcial u otro tribunal de alzada, puesto que el tribunal competente para decidir el desafuero no se fija con respecto al posible delito militar o común que se atribuye al parlamentario, sino en relación con la calidad de tal que éste tiene, puesto que la norma constitucional establece un privilegio en el tratamiento procesal del Diputado o Senador, dada la importancia nacional de estos cargos e investidura, siendo este aspecto de la cuestión el que la Constitución ha considerado para hacer excepción respecto del juzgamiento previo del parlamentario por un Tribunal de Alzada en cuanto a la imputación que se le hace del acto delictivo. Se sigue de lo dicho que debe ser un tribunal civil el que se pronuncie sobre el desafuero de un parlamentario que es civil.[61]

En contra de esa resolución procede el recurso de apelación, el que es conocido por el Pleno de la Corte Suprema (artículos 96 Nº 2 del COT y 418 CPP).

2.1.5. Desafuero por delitos de acción penal privada

Una situación particular se ha producido con ocasión del desafuero de Diputados y Senadores por delitos de acción penal privada. El artículo 61 de la CPR resulta plenamente vigente respecto de los delitos de esta naturaleza, al no efectuarse en ella ningún tipo de distinción.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 416 dispone que si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración –es decir, solicitando se autorice a formar causa–, antes de que se admitiere a tramitación su querella por el juez de garantía.

El TC se ha pronunciado ya en siete ocasiones recientes[62] acerca de la inaplicabilidad de la norma referida por delitos de acción privada, más una acción pública destinada a declarar la inconstitucionalidad en abstracto y con efectos *erga omnes*.

---

[61] Corte Suprema. 2 de mayo de 1990. *Gaceta Jurídica* Nº 119. 1990. Mayo. Pág. 68.

[62] 1) 8 de agosto de 2006, relativa al desafuero del ex diputado y actual senador don Guido Girardi (Rol Nº 478-2006), el TC acogió y declaró la inaplicabilidad del precepto legal.

2) 9 de noviembre de 2006, relativa al desafuero del senador don Nelson Ávila (Rol Nº 533-2006); el TC acogió y declaró la inaplicabilidad del precepto legal.

3) 9 de noviembre de 2006, referida al desafuero del senador don Juan Pablo Longueira (Rol Nº 529-2006), el TC acogió y declaró la inaplicabilidad del precepto legal.

4) 12 de julio de 2007, referido al desafuero del diputado Iván Paredes Fierro (Rol Nº 596-2006), desechó el requerimiento fundado principalmente en que la norma impugnada no podía resultar decisiva para la única gestión que quedaba pendiente, en sede ante la Corte Suprema.

5) 11 de diciembre de 2007, relacionada con el desafuero del diputado Ramón Farías (Rol Nº 806-2007), se acogió el requerimiento de inaplicabilidad, sólo en cuanto la Corte de Apelaciones de Santiago no podría aplicar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 416, en lo que éste le pueda impedir decretar prueba en caso de que, a su juicio, ella resulte necesaria.

6) 15 de enero de 2008, relativa al desafuero del diputado Iván Paredes (Rol Nº 791-2007), rechazó el requerimiento, por cuanto éste ya había sido aplicado y sin producir un resultado contrario a la Constitución;

Continúa nota

Es del caso que el inciso en cuestión regula la oportunidad en que el requerimiento debe ser practicado ante la Corte de Apelaciones, al disponer que aquello debe ser "antes de que se admitiere a tramitación su querella por el juez de garantía", pero no el procedimiento propiamente tal, cuestión que no proscribe que en la gestión reciban plena aplicación las normas de un justo y racional procedimiento, por lo que en ella se aplican plenamente las garantías de bilateralidad, emplazamiento, derecho a ser oído y a la rendición de prueba, propios de un debido proceso.

Así el TC ha señalado que *"es posible comprobar que el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la solicitud de tramitación de desafuero ante el Tribunal de Alzada, omisión que ha sido el anteeedente para que las partes no hayan rendido pruebas de sus pretensiones o defensas en esa instancia. La mencionada omisión provoca un vacio legal, que –sin embargo– puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional" ... "Que en mérito de lo razonado precedentemente, es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede y, por tanto, el precepto del articulo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos que asegura la Constitución Politica".*[63]

Conforme a lo anterior, en la causa Rol N° 1.314-2009, resolvió que *"traido a la vista el expediente remitido, correspondiente a los antecedentes administrativos Rol N° 549-2008, queda de manifiesto que la aplicación al caso concreto del precepto impugnado se ha efectuado en cumplimiento de las garantias de un debido proceso, desde el momento que el parlamentario fue debidamente emplazado, asistido por abogado, presentó recursos, realizó actuaciones y planteó sus alegaciones destinadas a hacer valer su defensa. En efecto, en el procedimiento de desafuero se notificó al diputado de la solicitud de desafuero, según consta a fojas 14 y 15. A fojas 18 también consta que éste designó como abogado patrocinante a don Francisco Pinochet. Por otra parte, de conformidad a lo consignado a fojas 18 y 19, queda acreditado que su abogado realizó diversas actuaciones en la gestión pendiente, consistentes en solicitar la suspensión de la vista de la causa y pedir copia del disco compacto acompañado como probanza por la contraria, a lo que la Corte de Apelaciones de Talca accedió*

Continuación nota [61]

7) 24 de septiembre de 2009, referido al desafuero del diputado Osvaldo Palma Flores (Rol N° 1.314-2009), desechó el requerimiento fundado en la prueba rendida en la gestión e intervención del aforado y su apoderado.

8) 5 de junio de 2007, en causa Rol N° 558-2006 declaró que se desechaba una acción pública destinada a declarar la inconstitucionalidad en abstracto y con efectos *erga omnes* del mismo precepto legal que ahora se impugna, especialmente teniendo presente que la disposición legal admitiria una interpretación acorde con la Constitución Politica de la República.

[63] TC, causa Rol N° 558-2006, de 5 de junio de 2007.

según se acredita a fojas 20. Además, de conformidad a lo establecido a fojas 21, 22 y 23, el abogado repuso la resolución que acogió a trámite la solicitud de desafuero, a lo que el Tribunal de la gestión resolvió dar cuenta de ello en el pleno, según se ve a fojas 24. Finalmente, a fojas 26, se comprueba que el abogado del parlamentario concurrió a la audiencia de vista de la causa a plantear defensas y alegaciones".

2.1.6. Efectos

Una vez a firme la resolución que declarare lugar haber formación de causa, ella será comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a la rama del Congreso a que pertenezca el inculpado. Desde la fecha de esa comunicación, el diputado o senador quedará suspendido de su cargo (artículo 419).

Si la resolución de la Corte de Apelaciones declara no haber lugar a la formación de causa, dicha resolución produce los efectos de un sobreseimiento definitivo respecto del aforado favorecido con aquella declaración (artículo 421 inciso 1°), no pudiéndose proseguir con la causa si no hay otros imputados en ella. Si se tratare de un delito de acción privada y la Corte no da lugar al desafuero solicitado, se comunicará dicha resolución al juez de garantía quien no admitirá a tramitación la querella y archivará los antecedentes (artículo 421 inciso 2°).

Si la resolución declara haber lugar a la formación de causa, el Diputado o Senador queda suspendido de su cargo y el proceso penal continuará su tramitación conforme a las reglas generales, con las siguientes modificaciones:

a) El juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el juzgado de garantía;

b) A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para preparar su defensa.

Si con posterioridad en el curso del proceso, al parlamentario desaforado se le sobresee definitivamente o se dicta sentencia absolutoria en su favor, éste recupera el ejercicio de la función parlamentaria.

En cambio, si se dicta sentencia condenatoria en contra del parlamentario, deberá distinguirse, para determinar sus consecuencias, la naturaleza de la pena establecida en ella.

2.2. Desafuero de intendentes, gobernadores y presidente del Consejo Regional

La CPR en sus artículos 124 incisos 3° y siguientes establece el fuero de Intendentes, Gobernadores y Presidente del Consejo Regional, en los siguientes términos:

"Ningún intendente, gobernador o presidente del consejo regional, desde el día de su designación o elección, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva,

en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema.

En caso de ser arrestado algún intendente, gobernador o presidente de consejo regional por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente.

El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.

Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el intendente, gobernador o presidente del consejo regional imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente".

Antes de la dictación de la actual Constitución no se contemplaba en ella el fuero de los Intendentes y Gobernadores, sino que éste se reglamentaba en los articulo 619 a 622 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el procedimiento de desafuero de estas autoridades políticas debería entenderse regida por las mismas normas que se contempla respecto de los Diputados y Senadores, lo que se confirma expresamente en el artículo 423 del CPP.

3. La Querella de Capítulos

3.1. Reglamentación

La responsabilidad ministerial de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones y el procedimiento para hacerla efectiva, se encuentra establecido en los artículos 79, 81 y 90 de la CPR, 324 y siguientes del COT y 424 y siguientes del CPP.

3.2. Fundamento

La Constitución Política ha establecido como bases orgánicas del Poder Judicial tres principios fundamentales: La independencia, la inamovilidad y responsabilidad de los jueces.

Los jueces desempeñan su función jurisdiccional en forma independiente de los otros Poderes del Estado (artículo 76 CPR) y permanecen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento (artículo 80 CPR).

No obstante, como contrapeso de tan amplias atribuciones y garantías se establece que los jueces tienen una responsabilidad penal, civil, política y administrativa en caso de ejercer en forma dolosa, negligente o abusiva la función jurisdiccional.

La responsabilidad penal de los jueces, fiscales judiciales o de un fiscal del Ministerio Público por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, se encuentra establecida en los artículos 79 CPR y 324 del COT, disponiendo la primera de ellas que:

"Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad".

A su vez, el artículo 81 de la CPR dispone que:

"Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley".

El artículo 90 hace aplicable esta disposición al Fiscal Nacional, a los fiscales regionales y a los fiscales adjuntos.

El COT se ha encargado de establecer una serie de requisitos previos que deben cumplirse para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces, a fin de evitar que en contra de éstos se dirijan acciones infundadas o injustas, cuales son:

a) No puede hacerse efectiva la responsabilidad criminal o civil en contra de un juez, mientras no haya terminado por sentencia firme la causa o pleito en que se supone causado el agravio (artículo 329 del COT).

b) La persona perjudicada por el agravio debe haber reclamado de éste, interponiendo oportunamente todos los recursos que la ley le franquea (artículo 330 del COT).

c) La persona perjudicada debe deducir la acción para acusar a un juez por delito ministerial antes de que hayan transcurrido seis meses, contados desde que se notificó al reclamante la sentencia firme recaída en la causa en que supone inferido al agravio.

Para las personas que no sean las directamente ofendidas por el delito del juez cuya responsabilidad se persigue, el plazo de 6 meses correrá desde que se hubiere pronunciado la sentencia firme (artículo 330 del COT).

d) Finalmente, la ley establece que no puede tramitarse ninguna acusación en contra de un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal sin que previamente sea calificada de admisible por el juez o tribunal que es llamado a conocer de ella (artículo 328 Código Orgánico).

El permiso previo para hacer efectiva la responsabilidad penal por delito cometido por un juez en el ejereicio de sus funciones se debe obtener a través de la querella de capítulos.

Por su parte, los artículos 45 y 46 de la Ley N° 19.640 LOC del Min. Público, establecen que los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley, y que tratándose de delitos cometidos por un fiscal en el ejercicio de sus funciones, el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querella de capítulos, conforme a las disposiciones de la ley procesal penal.

3.3. Concepto

La querella de capítulos es un procedimiento previo o antejuicio que tiene por objeto obtener del tribunal competente la autorización para proceder en contra de un juez, fiscales judiciales o de un fiscal del Ministerio Público, para hacer efectiva su

responsabilidad penal por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley (artículo 424).

A diferencia del fuero, que procede respecto de toda clase de delitos, la querella de capítulos se refiere sólo a los delitos ministeriales". "O sea, los jueces no tienen fuero por los delitos comunes".[64]

La tramitación que se sigue en contra del afectado tiene dos etapas:

a) El procedimiento previo destinado a declarar si se admite o no a tramitación la acusación, es decir, la querella de capítulos, y

b) El juicio propiamente penal que se ajusta a las reglas generales de todo juicio criminal y en el cual se debe aplicar la pena que corresponda al delito cometido.

3.4. Tribunal competente

El tribunal competente para conocer de la querella de capítulos, en primera instancia, es la Corte de Apelaciones (artículos 63 Nº 2 letra d) del COT y 425 CPP).

3.5. Tramitación

a) Oportunidad

La querella de capítulos puede ser deducida por el Ministerio Público, una vez cerrada la investigación y cuando estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito contra un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público (artículo 425 inciso 1º).

Igual declaración requerirá el fiscal si, durante la investigación, quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de algunas de esas personas u otra medida cautelar en su contra.

Finalmente, si un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público fuere detenido por habérsele sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva.

Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación por el juez de garantía la querella que hubiere presentado por el delito (artículo 425 inciso 4º).

b) Requisitos del escrito de querella

La querella de capítulos debe presentarse por escrito ante la Corte de Apelaciones competente, una vez que se hubiere dado cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos previos ya señalados y que se contemplan en el COT.

El escrito de querella de capítulos deberá contener:

a) La especificación precisa de los capítulos de la acusación (artículo 425 inciso 2º), es decir, de los delitos que se imputan al funcionario, y

---

[64] PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Ob. cit. Pág. 410. 2001.

b) La indicación de los hechos que constituyen la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado (artículo 425 inciso 2º).

c) Deben acompañarse por el fiscal copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto.

Si en el mismo procedimiento aparecieren varios implicados individuos que no fueren jueces, fiscales judiciales o fiscales del Ministerio Público, se seguirá adelante el procedimiento en relación con ellos (artículo 430), requiriéndose para los funcionarios señalados.

c) Fallo

La querella de capítulos debe ser resuelta previa vista de la causa por la Corte de Apelaciones respectiva.

La resolución que se pronuncia por la Corte de Apelaciones es apelable ante la Corte Suprema (artículo 427).

3.6. Efectos de la resolución que se pronuncie acerca de la querella de capitulos

La sentencia firme que declara admisible la acusación genera los siguientes efectos:

a) El funcionario capitulado queda de hecho suspendido en el ejercicio de sus funciones (artículo 428 inciso 1º y 335 Nº 1 del COT), y

b) El proceso penal continuará su tramitación conforme a las reglas generales, con las siguientes modificaciones:

b.1) El juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el juzgado de garantía, y

b.2) A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

b.3) Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para preparar su defensa.

La sentencia firme que declara inadmisibles todos los capítulos de la acusación comprendidos en la querella, producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del juez, fiscal judicial o fiscal del Ministerio Público favorecido con aquella declaración.

Si se tratare de un delito de acción privada y la sentencia declarare inadmisibles todos los capítulos de la acusación comprendidos en la querella, el juez de garantía no admitirá a tramitación la querella que ante él se hubiere presentado y archivará los antecedentes.

Si se dictare en el proceso que se instruya en contra del juez sentencia definitiva condenatoria firme, el condenado expira en el cargo de juez (artículo 332 Nº 9 del COT). En cambio, si la sentencia fuere absolutoria para el juez, tendrá derecho a volver al ejercicio de sus funciones.

4. LA EXTRADICIÓN[65]

4.1. Reglamentación

Se encuentra reglamentada en el Título VI del Libro IV del CPP (artículos 431 a 454).

4.2. Concepto

La extradición es el procedimiento por el cual un Estado requiere de otro la entrega de una persona que debe ser sometida a juicio penal o al cumplimiento de una pena ya impuesta en una sentencia penal condenatoria.

4.3. Clasificación

La extradición se clasifica en activa o pasiva de acuerdo a la posición que asume nuestro país.

Dicha clasificación tiene importancia, puesto que son diversos los procedimientos que han de seguirse para obtener cada una de ellas.

4.4. Extradición activa

a) Reglamentación

Se encuentra reglamentada en el Párrafo 1° del Título VI del Libro IV del CPP (artículos 431 a 439).

b) Concepto

Extradición activa, es aquella en que nuestro país solicita de un Estado extranjero la entrega de un delincuente con el objeto de juzgarlo o hacer que se cumpla la condena establecida en una sentencia penal condenatoria ejecutoriada, que se hubiere dictado en su contra.

c) Requisitos de procedencia

El juez garantía, a solicitud del Ministerio Público o del querellante si aquél no la efectuare, una vez formalizada la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, respecto de un individuo que se encontrare en país extranjero, debe elevar los antecedentes ante la Corte de Apelaciones, a fin de que este tribunal colegiado, si estimare procedente la extradición del imputado al país en el que actualmente se encontrare, ordene le sea pedida a través de nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores.

Para que la solicitud de extradición sea procedente debe reunir los siguientes requisitos:

---

[65] Véase "La extradición en el nuevo proceso penal chileno y Anexo de Tratados Internacionales sobre extradición ratificados por Chile. Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones". *Boletín del Ministerio Público* N° 21. Diciembre de 2004. Págs. 229 y Sgtes.

1. Que se haya formalizado la investigación o dictado una sentencia definitiva penal condenatoria ejecutoriada (artículo 431).

2. Que exista una solicitud del Ministerio Público o del querellante si aquél no la efectuare, al juez de garantía para que eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones para que se requiera la extradición a un Estado extranjero.

3. Que se trate de alguno de los delitos que autoriza la extradición; esto es, de un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, o que se hubiere impuesto una pena de cumplimiento efectivo superior a aquélla (artículo 431).

4. Que conste en el proceso que el imputado o condenado se encuentre en el extranjero y el país en donde se haya en la actualidad (artículos 432 inciso final y 434)

Si el procedimiento comprendiere a un imputado que se encontrare en el extranjero y a otros imputados presentes, se observarán las disposiciones de la extradición activa respecto de los ausentes y se proseguirá sin interrupción el procedimiento penal en contra de los imputados presentes (artículo 439).

d) Tramitación

La tramitación de la extradición contempla dos etapas:

a) La formalización de la investigación ante el juez de garantía, y

b) La tramitación de la solicitud de extradición ante la Corte de Apelaciones.

a) La formalización de la investigación ante el juez de garantía

La formalización de la investigación ante el juez de garantía se puede verificar respecto del imputado ausente, siempre que sea éste representado en la audiencia respectiva por un defensor penal público, si no contare con defensor particular.

Al término de la audiencia, previo debate, el juez de garantía accederá a la solicitud de extradición si estimare que en la especie concurren los requisitos del artículo 140, esto es, los que se contemplan para que sea procedente que se decrete la prisión preventiva.

Si el juez de garantía diere lugar a la solicitud de extradición a petición del fiscal o del querellante, declarará la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado, en caso de que se cumplan las condiciones que permitirían decretar en Chile la medida respectiva.

Para que el juez eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, será necesario que conste en el procedimiento el país y lugar en que el imputado se encontrare en la actualidad.

b) Audiencia ante la Corte de Apelaciones

b.1) Medida cautelar personal.

Durante la tramitación de la extradición, a petición del fiscal o del querellante que la hubiere requerido, la Corte de Apelaciones podrá solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores que se pida al país en que se encontrare el imputado que ordene la detención previa de éste o adopte otra medida destinada a evitar la fuga de la per-

sona cuya extradición se solicitará, cuando el juez de garantía hubiere comprobado la concurrencia de los requisitos que admitirían decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal.

La solicitud de la Corte de Apelaciones deberá consignar los antecedentes que exigiere el tratado aplicable para solicitar la detención previa o, a falta de tratado, al menos los antecedentes contemplados en el artículo 442.

b.2) Tramitación de la solicitud de extradición.

Recibidos los antecedentes por la Corte de Apelaciones, ésta fijará una audiencia para fecha próxima, a la cual citará al Ministerio Público, al querellante, si éste hubiere solicitado la extradición y al defensor del imputado.

La audiencia, que tendrá lugar con los litigantes que asistieren y que no se podrá suspender a petición de éstos, se iniciará con una relación pública de los antecedentes que motivaren la solicitud; luego, se concederá la palabra al fiscal, en su caso, al querellante y al defensor.

Finalizada la audiencia, la Corte de Apelaciones resolverá en un auto fundado si debiere o no solicitarse la extradición del imputado.

La Corte de Apelaciones conoce el asunto en única instancia, dado que en contra de la sentencia que se pronunciare sobre la solicitud de extradición se contempla que no procederá recurso alguno.

c) Efectos de la resolución

Los efectos de la resolución fundada son:

1. Si se accediere a la solicitud de extradición, la Corte oficia al Ministerio de Relaciones Exteriores, acompañando copia de la resolución en que se hubiere resuelto solicitar la extradición, pidiéndole que realice las gestiones diplomáticas que fueren necesarias para obtenerla.

Este oficio debe ir acompañado de los siguientes documentos:

i) Copia de la resolución fundada en que la Corte estima procedente la solicitud de extradición;

ii) Copia autorizada de la formalización de la investigación que se hubiere formulado contra el imputado y de los antecedentes que la hubieren motivado; o de la resolución firme que hubiere recaído en el procedimiento si se tratare de un condenado;

iii) Textos legales que tipificaren y sancionaren en delitos;

iv) Textos legales referentes a la prescripción de la acción y de la pena, y

v) Toda la información conocida sobre la filiación, identidad, nacionalidad y residencia del imputado.

El Ministerio de Relaciones Exteriores legalizará y traducirá los documentos acompañados, si fuere del caso, y hará las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la resolución de la Corte de Apelaciones.

Si se obtuviere la extradición del imputado, lo hará conducir del país en que se encontrare, hasta ponerlo a disposición de aquel tribunal.

En este último caso, la Corte de Apelaciones ordenará que el imputado sea puesto a disposición del tribunal competente, a fin de que el procedimiento siga su curso o de que cumpla su condena, si se hubiere pronunciado sentencia firme (artículo 437).

2. Si la resolución de la Corte fuere denegatoria a la solicitud de extradición o si aunque fuere favorable no se hubiere obtenido de hecho la extradición en el país extranjero, se devolverán los antecedentes al tribunal, a fin de que proceda según corresponda (artículo 438).

4.5. Extradición pasiva

a) Concepto

La extradición pasiva es aquélla en la cual un país extranjero solicita de nuestro país la entrega de un delincuente que se encuentra en éste para ser juzgado o someterlo al cumplimiento de la condena dictada en su contra en el país requirente a una pena privativa de libertad de duración superior a un año.[66]

b) Tramitación

En este caso, el procedimiento de la extradición pasiva es más complejo, existiendo dos instancias. La primera instancia es conocida por un Ministro de la Corte Suprema, y de la segunda instancia conoce la Segunda Sala o Sala Penal de la Corte Suprema.[67]

b.1) Primera Instancia

El Ministerio de Relaciones Exteriores remite a la Corte Suprema la solicitud de extradición del país extranjero y los antecedentes acompañados a la solicitud.

Recibidos estos antecedentes en la Corte Suprema, se debe designar el Ministro de ella que debe conocer de la solicitud en la primera instancia.

En el CPP se ha adecuado este procedimiento de extradición al sistema acusatorio que lo inspira, sin contemplarse en la actualidad la existencia de una fase de investigación en el procedimiento de extradición pasiva como acontecía en el antiguo sistema procesal penal. Además, corresponde su conocimiento a un Ministro de la Corte Su-

---

[66] En la materia debe tenerse presente, según lo informado por el profesor Raúl Tavolari, que las extradiciones pasivas en las que competerá al Ministerio Público asumir la representación de los intereses del Estado extranjero requirente, sólo pueden versar sobre hechos ocurridos después del inicio de la vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana, porque la actividad del Ministerio no se agota en la mera representación, sino supone también, el cumplimiento de las demás tareas que le confiere su propia Ley Orgánica Constitucional, labores que, empero, no puede realizar sino en función de hechos verificados después de entrar en vigencia la reforma. Raúl TAVOLARI O. "La fecha de ocurrencia de los hechos como condición de la intervención del Ministerio Público en la extradición pasiva". *Boletín del Ministerio Público* N° 22. Marzo 2005. Págs. 155 y Sgtes.

[67] Véase artículos 441 CPP, 52 N° 3 y 98 del COT y Acta N° 66 de 24 de julio de 2009, que regula la distribución de los asuntos entre las diversas salas de la Excma. Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario, a contar del 10 de agosto de 2009.

prema y no a su Presidente como acontecia antes de las modificaciones introducidas a la competencia de los tribunales para adecuarlos al nuevo sistema procesal penal, (artículo 52 Nº 3 del COT, modificado por la Ley Nº 19.665).

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento puede iniciarse con una verdadera medida prejudicial cautelar personal con anterioridad incluso a solicitarse la solicitud formal de extradición. Al efecto, se prevè que el Ministro de la Corte Suprema podrà decretar la detención del imputado, si asi se hubiere estipulado en el tratado respectivo o lo requiriere el Estado extranjero mediante una solicitud escrita.

Dicha solicitud debe contemplar las siguientes menciones mínimas:

a) La identificación del imputado;

b) La existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado;

c) La calificación del delito que motivare la solicitud, el lugar y la fecha de comisiòn de aquél, y

d) La declaración de que se solicitará formalmente la extradición.

La detención previa se decretarà por el plazo que determinare el tratado aplicable o, en su defecto, por un máximo de dos meses a contar de la fecha en que el Estado requirente fuere notificado del hecho de haberse producido la detención previa del imputado (artículo 442).

Transcurrido el plazo contemplado en el tratado o de dos meses sin que se efectúe la solicitud de extradición deberá ser el imputado dejado en libertad. Si se presentare la solicitud de extradición, podrá solicitarse la prisión preventiva u otra medida cautelar personal, las que se decretarán si se cumplieren los requisitos que disponga el tratado respectivo o, en su defecto, los previstos en el Título V del Libro I (articulo 446) sin perjuicio de ello, cualquier estado del procedimiento se podrán modificar, revocar o sustituir las medidas cautelares personales que se hubieren decretado, de acuerdo a las reglas generales, pero el Ministro de la Corte Suprema tomará las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga del imputado (artículo 447).[68]

Como el Código nada señala en relación con los recursos, debemos entender que al remitirse a la regulación de las medidas cautelares personales contempladas en el Libro I, será procedente el recurso de apelación sólo en los casos en que dichas reglas generales lo contemplan, el que será conocido por la Sala Penal de la Corte Suprema que es el superior jerárquico conforme a la regla general de la competencia del grado o jerarquia.

Para determinar el procedimiento que debe aplicarse para la tramitación de la extradición, debemos tener presente además de lo señalado anteriormente respecto de la medida prejudicial cautelar personal, que el procedimiento puede comenzar con una solicitud de extradición del Estado extranjero en la cual se soliciten medidas cautelares personales en contra del imputado respecto de quien se solicita la extra-

[68] Articulo modificado por la Ley Nº 20.074.

dición o con una solicitud en la cual no se soliciten dichas medidas, lo que será de rara ocurrencia.

La solicitud de extradición pasiva debería reunir las menciones que se contemplan en el artículo 449, esto es, deberá establecer la identidad del imputado o condenado respecto de quien solicita la extradición; el delito que se le imputa a la persona respecto de quien se solicita la extradición, demostrando que es de aquellos que permiten la extradición de acuerdo a los tratados vigentes o en su defecto de acuerdo a los principios del derecho internacional y que en contra del sindicado se reúnen los antecedentes para a lo menos deducir una acusación, pudiendo en ella ofrecer la prueba testimonial, pericial y documental que fuere necesaria para acreditar dichas circunstancias, la que deberá rendirse en la audiencia respectiva (artículo 444).

El tribunal frente a la solicitud de extradición debe proveerla fijando un día y hora para la realización de una audiencia de discusión y prueba en relación con la extradición solicitada, dando a conocer la solicitud de extradición, de los antecedentes acompañados y de la resolución recaída en ella al imputado respecto de quien se solicita la extradición, a menos que se hubiere solicitado conjuntamente con la extradición una medida cautelar personal, en cuyo caso el conocimiento de la petición y los antecedentes se suministrarán al imputado una vez que las mismas se hubieren decretado (artículo 441).

Si el Estado extranjero no contare con un representante ante los tribunales, representará sus intereses el Ministerio Público en el procedimiento de extradición pasiva, pero sin que ello implique que pueda apartarse del principio de objetividad y legalidad que debe respetar conforme a su ley orgánica constitucional, pudiendo el Estado extranjero en cualquier momento, pero antes de la audiencia de discusión y prueba designar otro representante, caso en el cual cesará la intervención del Ministerio Público (artículos 443 y 448 inciso 1° última parte).

Adicionalmente, en cualquier etapa del procedimiento de extradición pasiva puede el Estado requirente desistirse de su solicitud y, en tal caso, deberá dictarse un sobreseimiento definitivo, sin que pueda por ello poder volver a solicitarse la extradición de dicha persona con motivo de los delitos que se le hubieren imputado en la solicitud (artículo 453).

Por su parte, el imputado luego de notificado de la extradición puede adoptar las siguientes actitudes:

a) Allanarse expresamente a la solicitud de extradición solicitada en su contra. (También denominada extradición pasiva simplificada).

Si la persona cuya extradición se requiriere, luego de ser informada acerca de sus derechos a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada, expresa ante el Ministro de la Corte Suprema que conociere de la causa, su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el Ministro concederá sin más trámite la extradición, procediéndose en este caso a poner al sujeto requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que sea entregado al país que la hubiere solicitado (artículo 454).

b) No allanarse a la solicitud de extradición, en cuyo caso debe tramitarse el procedimiento completo de extradición, sin que pueda adoptarse la tramitación simplificada antes señalada.

Tanto el Estado requirente como el imputado que quisieren rendir prueba testimonial, pericial o documental, la deberán ofrecer con a lo menos tres días de anticipación a la audiencia, individualizando a los testigos, si los hubiere, en la solicitud que presentaren. Esta prueba se producirá en la audiencia de discusión y prueba (artículo 444).

La audiencia será pública, y a su inicio el representante del Estado requirente dará breve cuenta de los antecedentes en que se funda la petición de extradición. Si fuere el Ministerio Público, hará saber también los hechos y circunstancias que obraren en beneficio del imputado.

A continuación se rendirá la prueba testimonial, pericial o documental que las partes hubieren ofrecido.

Una vez rendida la prueba, si el imputado lo deseare podrá prestar declaración y, de hacerlo, podrá ser contrainterrogado (artículo 445)

En caso de que se hubiere rendido prueba o hubiere declarado el imputado, se le concederá la palabra al representante del Estado requirente, para que exponga sus conclusiones.

Luego, se le concederá la palabra al imputado para que, personalmente o a través de su defensor, efectuare las argumentaciones que estimare procedentes, declarando con posterioridad concluida la audiencia.

El Ministro de la Corte Suprema debe dictar por escrito, dentro de quinto día de finalizada la audiencia, una sentencia pronunciándose acerca de la solicitud de extradición, debiendo concederla si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:

a) La identidad de la persona cuya extradición se solicitare;

b) Que el delito que se le imputare o aquél por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional, y

c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen.

En contra de la sentencia que se pronuncia sobre la extradición proceden el recurso de apelación y el recurso de nulidad, pero sólo por las causales contempladas en la letra a) y en el artículo 374. En caso de interponerse ambos recursos, deberán deducirse en forma conjunta, uno en subsidio del otro y dentro del plazo previsto para el recurso de apelación, esto es, dentro de cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

b.2) Segunda Instancia

Interpuesto el recurso de apelación y/o el recurso de nulidad por las causales señaladas, éste será conocido por la Sala Penal de la Corte Suprema en conformidad a

las reglas generales previstas en el CPP para la tramitación de los recursos (artículo 450 inciso final).

e) Efectos de la sentencia que se pronuncia acerca de la extradición.

Si se da lugar a la extradición, ejecutoriada la resolución que la concediere, el Ministro de la Corte Suprema como tribunal de primera instancia pone a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores al sujeto requerido a fin de que lo entregue al agente diplomático del país que hubiere solicitado la extradición.

Si se deniega la extradición, aunque no se encontrare ejecutoriada, el Ministro de la Corte Suprema procederá a decretar el cese de cualquier medida cautelar personal que se hubiere decretado en contra del sujeto cuya extradición se solicitare.

Ejecutoriada la sentencia que denegare la extradición, el Ministro de la Corte comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores el resultado del procedimiento, incluyendo copia autorizada de la sentencia que en él hubiere recaído (artículo 452)

III. SITUACIÓN DEL LOCO O DEMENTE O MÁS BIEN IMPUTADO ENAJENADO MENTAL EN EL PROCESO PENAL[69]

1. REGLAS GENERALES

En el proceso penal, el párrafo 1° del Título VI Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, del Libro IV Del Código Procesal Penal, establece las siguientes reglas generales sobre la materia:

1°. El juez de garantía debe adoptar las medidas necesarias para permitir el ejercicio de los derechos respecto del imputado que estimare que no se encuentra en condiciones de ejercerlos (artículo 10).

En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo (artículo 10).[70]

---

[69] Sobre la materia puede consultarse informe en derecho "El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno". Centro de Estudios de la Justicia. *Revista Centro Estudios de la Justicia* N° 10. Págs. 105 y Sgtes. Año 2008. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.

[70] En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Discusión Particular, artículo 9°. Se deja expresa constancia que "(...) le preocupó a la Comisión el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas de tal manera

2°. Las medidas de seguridad al enajenado mental sólo puede imponerse por resolución del juez de garantía (artículos 5° y 9°).

La medida de seguridad debe llevarse a cabo en la forma y condiciones que establezca el tribunal, dentro de las normas que contempla el legislador para tal efecto.

Conforme con ello, se dispone que "la internación se efectuará en la forma y condiciones que se establecieren en la sentencia que imponе la medida. Cuando la sentencia dispusiere la medida de custodia y tratamiento, fijará las condiciones de éstos y se entregará al enajenado mental a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad."(artículo 457 inciso 2°).

Sobre esta materia, debe señalarse que "se hizo presente que la norma en análisis no hace otra cosa que reiterar el principio de la reserva legal y que la aplicación de medidas de seguridad es contraria a todo ordenamiento garantístico moderno. Los ordenamientos modernos no imponen sanciones ni restringen la libertad de las personas por el riesgo.

Este Código no es el llamado a determinar cómo se tratará a un enfermo mental. Lo que el Código pretende es dar una respuesta a quienes son objeto de una imputación penal, en caso de que tengan una enfermedad mental".[71]

El *fumus boni iuris* que justifica que se decrete medida de seguridad consiste en que *el enajenado mental hubiere realizado un hecho típico y antijurídico* (artículo 455).[72]

Continuación nota [70]

sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de "enajenado mental", no se presente en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que les asegura la Constitución Política ni a las garantías judiciales que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en particular las que configuran el derecho de defensa.

Estuvo de acuerdo la Comisión en que, si bien tales derechos están suficientemente perfilados, era preciso establecer un mecanismo expedito que permita hacerlos efectivos, ya que, de otra forma, si no se aplicasen las disposiciones previstas para quienes caen en enajenación durante el procedimiento, los derechos sólo podrían ejercerse al término de éste, por la vía de impetrar la declaración de nulidad del juicio oral, lo que resulta desde todo punto de vista inconveniente. Coincidió en que, por la naturaleza de la materia, la regla en cuestión debía contemplarse dentro de los principios básicos de este Código".

La Comisión fue de parecer de que, [con la inclusión de esta norma en los términos propuestos], no sólo se evita distraer esfuerzos de los órganos del Estado en una persecución penal infructuosa, sino que, primordialmente, se crea un efectivo mecanismo de resguardo de las garantías, tanto de aquellas que la propia Carta Fundamental prevé, como las que el legislador ha establecido siguiendo el mandato de consagrar un procedimiento y una investigación racionales y justos, o las contempladas en los tratados internacionales. El juez de garantía, al reparar que el imputado no puede ejercer en plenitud los derechos emanados de esas garantías, o al exponérsele esa situación, debe proceder a adoptar las medidas necesarias para resguardarlas, incluso suspendiendo el procedimiento para reunir todos los antecedentes que le permitan resolver informadamente si puede ser reanudado o ha de decretarse el sobreseimiento".

[71] 1er Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo artículo 514.

[72] Véase "El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno". Centro de Estudios de la Justicia. *Revista Centro Estudios de la Justicia* N° 10. Pág. 111. Año 2008. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.

El peligro o *periculum in mora* que debe concurrir para la imposición de la medida de seguridad al enajenado mental consiste en que "*existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra si mismo o contra otras personas*" (artículo 455).[73]

Sobre la materia, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se dejó expresa constancia que: "si una persona no ha cometido un hecho típico y antijurídico y no es extremadamente peligrosa, se recurrirá a la legislación sanitaria, la que habrá que revisar, mantener o perfeccionar, para que disponga las respuestas del ordenamiento". "El Libro Séptimo del Código Sanitario trata de la observación y reclusión de los enfermos mentales, de los alcohólicos y de los que presenten estado de dependencia de otras drogas y substancias. Su artículo 130 faculta al Director General de Salud resolver sobre la observación de estas personas, así como sobre su internación, permanencia y salida de los establecimientos públicos y particulares destinados a este objeto. Su artículo 131 dispone que la internación de estas personas puede ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia".[74]

3°. A las medidas de seguridad se les aplican supletoriamente las normas de procedimiento contempladas en el Libro II del CPP (artículo 456).

4°. El legislador establece las medidas de seguridad que pueden adoptarse según la gravedad del caso, respecto del enajenado mental, siendo ellas:

a) La internación en un establecimiento psiquiátrico, o

b) Su custodia y tratamiento (artículo 457 inciso 1°).

Para esto debemos tener presente que conforme a lo previsto en el artículo 464 inciso final para los efectos de decretar las medidas de seguridad, debemos distinguir entre el enajenado mental cuya libertad constituye o no un peligro.

Se entenderá por enajenado mental cuya libertad constituye peligro, aquel que como consecuencia de su enfermedad pueda atentar contra sí mismo o contra otras personas, según prognosis médico-legal.

La determinación de la enfermedad mental se efectúa a través de un informe psiquiatrico (artículo 458).

El CPP no contiene una norma similar al articulo 689 del Código de Procedimiento Penal, conforme el cual todo informe psiquiátrico decretado en la causa, además de contener las conclusiones referentes a la salud mental del reo, deberá indicar concretamente si éste debe o no ser considerado un enajenado mental, si la enfermedad es o no curable, si su libertad representa un peligro y, en general, las modalidades del

---

[73] En el antiguo proceso penal, el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal prevé que si el sobreseimiento definitivo o temporal afectare a un procesado loco o demente, éste será puesto en libertad; pero si se le ha imputado un hecho que la ley califique de crimen, se adoptarán las medidas de precaución indicadas en el número 1 del artículo 10 del Código Penal.

[74] 1er Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo artículo 514.

tratamiento a que deba ser sometido. Sin embargo, resulta indudable que el informe psiquiátrico que se solicita debería comprender estas materias, las que no son más que una especificación mas detallada de los requisitos generales que debe contener un informe de peritos.[75]

5°. El lugar para que se lleve a cabo la medida de seguridad nunca puede ser un recinto carcelario.

Dado que la medida de seguridad no es una pena, "*en ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Si la persona se encontrare recluida, será trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o la internación. Si no lo hubiere en el lugar, se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano*" (artículo 457 inciso 2°).

6°. La acción civil no puede tramitarse dentro del proceso penal en contra del enajenado mental si ella no se hubiere deducido al decretarse el sobreseimiento. Si la acción civil se encontrare deducida dentro del procedimiento penal, éste debe continuar con su tramitación para el solo efecto de resolver la demanda civil que se hubiere deducido.

En el proceso penal, en caso de haberse deducido la acción civil y se hubiere decretado el sobreseimiento una vez comenzado el juicio oral, deberá continuar en tal caso el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil (artículo 68 inciso final).[76]

2. MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLE AL IMPUTADO ENAJENADO MENTAL

Para determinar la medida de seguridad que puede decretarse y la resolución que cabe pronunciar en el proceso respecto de un imputado enajenado mental, debemos distinguir si la enajenación mental se encontraba presente al momento de cometerse el delito o sobrevino al imputado con posterioridad a su comisión.

2.1. La enajenación mental del imputado se encontraba presente al momento de cometerse el delito

2.1.1. Tramitación

a) Informe psiquiátrico

Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el Ministerio Público o juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando la conducta punible que se investiga en relación a éste (artículo 458).

---

[75] Véase artículo 315.

[76] Respecto de la acción civil en el antiguo proceso penal, cuando éste no pueda proseguirse por enajenación mental del imputado, la acción civil que no hubiere sido intentada sólo podrá ser ejercida ante el juzgado civil. Si dicha acción ya hubiere sido interpuesta en el proceso penal, continuará su ejercicio en él hasta la dictación y el cumplimiento de la sentencia que resuelva la demanda civil. Artículo 695 del Código de Procedimiento Penal.

b) Suspensión del procedimiento

El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere (artículo 458).

c) Designación de curador

Existiendo antecedentes acerca de la enajenación mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un curador ad litem designado al efecto (artículo 459)

Debemos tener presente que el nombramiento lo hace el juez de la causa de acuerdo a las reglas generales del Código Civil"[77]. En cuanto al defensor, podrá el curador nombrarlo o mantener al que esté desempeñándose, todo lo cual se rige por las reglas generales de designación del defensor".[78]

d) Medida de seguridad provisional

Durante el procedimiento el tribunal podrá ordenar, a petición de alguno de los intervinientes, la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando concurrieren los requisitos señalados en los artículos 140 y 141, y el informe psiquiátrico practicado al imputado señalare que éste sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas. Se aplicarán, en lo que fueren pertinentes, las normas contenidas en los párrafos 4°, 5° y 6° del Título V del Libro Primero (artículo 464).

e) Petición de sobreseimiento definitivo, luego del cierre de la investigación.

Si el fiscal hallare mérito para sobreseer temporal o definitivamente la causa, efectuará la solicitud respectiva dentro de los diez días de cerrada la investigación, procediéndose de acuerdo con las reglas generales.[79]

Si el fiscal estimare concurrente la causal de extinción de responsabilidad criminal prevista en el artículo 10, número 1°, del Código Penal y, además, considerare aplicable una medida de seguridad, deberá solicitar que se proceda conforme a las reglas previstas en este Título (artículo 460). El fiscal debe requerir la medida de seguridad, mediante solicitud escrita, que deberá contener, en lo pertinente, las menciones exigidas en el escrito de acusación.

---

[77] 2° Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular. Artículo 518.

[78] 2° Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular. Artículo 518.

[79] En el Primer Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo artículo 519 se señala que "el Ministerio Público, necesariamente, debe terminar su investigación para declarar si hay un hecho típico o antijurídico. Esto tiene una doble necesidad. Desde el punto de vista psiquiátrico, es relevante para la biografía de la persona que se esclarezcan los hechos que suscitaron el proceso. Además, está el tema de las garantías. Toda persona tiene el legítimo derecho de aspirar a que en un proceso se la dote de garantías para que se establezcan los hechos. No es lo mismo terminar un proceso penal, diciendo que es un inimputable, a que el proceso termine y se demuestre que ese inimputable fue objeto de violencia por parte de la persona que asesinó. Entonces, se estaría en presencia de una legítima defensa".

El fiscal no podrá, en caso alguno, solicitar la aplicación del procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento.

En el caso que el Fiscal solicitare el sobreseimiento temporal o definitivo por enajenación mental del imputado, el querellante podrá acompañar al escrito de acusación particular los antecedentes que considerare demostrativos de la imputabilidad de la persona requerida (artículo 461).

Formulado el requerimiento de sobreseimiento, corresponderá al juez de garantía declarar que el sujeto requerido se encuentra en la situación prevista en el artículo 10, número 1°, del Código Penal.

Si el juez apreciare que los antecedentes no permiten establecer con certeza la inimputabilidad, rechazará el requerimiento y, al mismo tiempo, dispondrá que la acusación se formulare por el querellante, siempre que éste se hubiere opuesto al requerimiento del fiscal, para que la sostuviere en lo sucesivo en los mismos términos que este Código establece para el Ministerio Público. En caso contrario, ordenará al Ministerio Público la formulación de la acusación conforme al trámite ordinario, encontrándonos ante un caso de forzamiento de la acusación, primando el criterio del tribunal sobre el del Ministerio Público (artículo 462).

Los escritos de acusación podrán contener peticiones subsidiarias relativas a la imposición de medidas de seguridad.

2.1.2. Reglas especiales para el juicio en que se deban aplicar medidas de seguridad

En el juicio que se debe seguir para aplicar las medidas de seguridad se deben aplicar las siguientes reglas especiales:

a) El procedimiento no se podrá seguir conjuntamente contra sujetos enajenados mentales y otros que no lo fueren;

b) El juicio se realizará a puerta cerrada, sin la presencia del enajenado mental, cuando su estado imposibilite la audiencia, y

c) La sentencia absolverá si no se constatare la existencia de un hecho típico y antijurídico o la participación del imputado en él, o, en caso contrario, podrá imponer al inimputable una medida de seguridad.

Si la enajenación mental se encontraba presente al momento de cometerse el delito, lo que procede es dictar un sobrescimiento definitivo o una sentencia absolutoria conforme a lo previsto en el N° 4 del artículo 408 en relación con lo previsto en el N° 1 del artículo 10 del Código Penal.

2.1.3. Medidas de seguridad respecto del imputado cuya enajenación mental se encontraba presente al momento de cometerse el delito

En cuanto a las medidas de seguridad que cabe adoptar respecto de este procesado a quien se sobresee definitivamente por haber cometido el delito en estado de enajenación mental, debemos distinguir las siguientes situaciones:

a) Es un enajenado mental cuya libertad constituye un peligro.

En este caso, el tribunal debería disponer en la sentencia que se le aplique, como medida de seguridad y protección, la de internación en un establecimiento destinado a enfermos mentales y se llevará a efecto en la forma y condiciones que establezca el juez.

La internación como medida de seguridad sólo podrá durar mientras subsistan las condiciones que la hicieron necesaria, y no podrá extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido corresponderle o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en el fallo.

Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescriba para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado según correspondiere.

La persona o institución que tuviere a su cargo al enajenado mental deberá informar semestralmente sobre la evolución de su condición al Ministerio Público y a su curador o a sus familiares, en el orden de prelación mencionado en el artículo 108.

El Ministerio Público, el curador o familiar respectivo podrá solicitar al juez de garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma, cuando el caso lo aconsejare.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio Público deberá inspeccionar, cada seis meses, los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encontraren internados o se hallaren cumpliendo un tratamiento enajenados mentales, en virtud de las medidas de seguridad que se les hubieren impuesto, e informará del resultado al juez de garantía, solicitando la adopción de las medidas que fueren necesarias para poner remedio a todo error, abuso o deficiencia que observare en la ejecución de la medida de seguridad.

El juez de garantía, con el solo mérito de los antecedentes que se le proporcionaren, adoptará de inmediato las providencias que fueren urgentes, y citará a una audiencia al Ministerio Público y al representante legal del enajenado mental, sin perjuicio de recabar cualquier informe que estimare necesario, para decidir la continuación o cesación de la medida, o la modificación de las condiciones de aquélla o del establecimiento en el cual se llevare a efecto (artículo 481).

b) Es un enajenado mental cuya libertad no constituye un peligro.

En este caso, el tribunal ordenará que sea entregado bajo fianza de custodia y tratamiento de un enfermo mental, fijará las condiciones de éstos y dispondrá su entrega a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad.

Si la enfermedad ha desaparecido o no requiere tratamiento especial, será puesto en libertad sin condiciones conforme a lo previsto en el artículo 481.

Si la absolución o el sobreseimiento favorecen a un imputado que al tiempo de cometer el delito era enajenado mental, pero se funda en un motivo diverso de la exención de responsabilidad criminal establecida en el número 1. del artículo 10 del Código Penal, se le pondrá a disposición de la autoridad sanitaria si su libertad constituye riesgo, y si no lo constituye se le dejará libre.

2.2. La enajenación mental no se encontraba presente al momento de cometerse el delito, sino que sobrevino al imputado con posterioridad a la comisión del delito y durante el proceso

En este caso, si después de iniciado el procedimiento, el imputado cayere en enajenación mental, el juez de garantía decretará, a petición del fiscal o de cualquiera de los intervinientes, previo informe psiquiátrico, el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta que desapareciere la incapacidad del imputado o el sobreseimiento definitivo si se tratare de una enajenación mental incurable.

La regla anterior sólo se aplicará cuando no procediere la terminación del procedimiento por cualquier otra causa.

Si en el momento de caer en enajenación el imputado se hubiere formalizado la investigación o se hubiere deducido acusación en su contra, y se estimare que corresponde adoptar una medida de seguridad, se aplicará lo dispuesto en el Párrafo 2° de este Título.

Determinado por esos informes psiquiátricos que al imputado le sobrevino una enfermedad mental con posterioridad a la comisión de delito, cabe distinguir para los efectos de determinar la resolución que debe pronunciar el tribunal si ella es incurable o curable.

2.2.1. Carácter incurable de la enajenación

Si la enajenación mental no se encontraba presente al momento de cometerse el delito, sino que sobrevino al procesado con posterioridad a la comisión del delito, y tiene el carácter de incurable, se dictará en su favor sobreseimiento definitivo, estableciendo la medida de seguridad conforme a las reglas precedentes (artículo 465 inciso 1°).

2.2.2. Carácter curable de la enajenación

Si la enajenación mental no se encontraba presente al momento de cometerse el delito, sino que sobrevino al procesado con posterioridad a la comisión del delito, se dictará sobreseimiento temporal, si la enfermedad es curable para continuar el proceso una vez que el imputado recupere la razón (artículo 465 inciso 1°).

2.3. La enajenación mental no se encontraba presente al momento de cometerse el delito, sino que sobrevino al procesado con posterioridad a la dictación de la sentencia penal condenatoria ejecutoriada, mientras se encontraba cumpliendo su condena

Si después de dictada la sentencia, el condenado cayere en enajenación mental, el tribunal, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere. El tribunal velará por el inmediato cumplimiento de su resolución (artículo 465).

Bibliografía

Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

Accatino, Daniela. "El marco legal de justificación de los enunciados probatorios". En *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal.* Daniela Accatino (Coordinadora). AbeledoPerrot. LegalPublishing. Santiago, 2010.

Aguirre B., Luppy. "El caso Palamara Iribarne vs Chile". Págs. 284 y 285. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* Nº 9, Año 2007.

Alamillo Canillas, Fernando. *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento).* Editorial Colex. 1990, Madrid. España.

Albin Eser. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2001. *La Victima en el proceso penal latinoamericano.* Pedro Bertolino, Rubinzal Culzoni Editores. 2003. Buenos Aires.

Alsina, Hugo. "Naturaleza Jurídica de la acción". *Revista de Derecho Procesal Argentina,* 1952.

Aragüena Fanego, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el proceso penal español.* José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991.

Armenta, T. *Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España,* Barcelona, PPU, 1991.

Armenta, T. "Pena y Proceso: Fines Comunes y Fines Específicos". En: VV.AA, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal.* Libro Homenaje a Claus Roxin, Madrid, Editorial Bosch, 2003.

Armenta, T. *Principio Acusatorio y Derecho Penal,* Barcelona, Editorial Bosch, 1995.

Asencio Mellado, José María. *Introducción al Derecho Procesal.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Asencio Mellado, José María. *La prisiòn provisional.* Editorial Civitas, 1987.

BÁEZ REYES, Danilo. "¿Estándar de convicción o arbitrariedad judicial? Bases y propuesta para la interpretación del estándar de 'duda razonable' en el Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica* Nº 354. Diciembre de 2009.

BAYTELMAN A., Andrés, Duce, Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba.* Universidad Diego Portales. 2004.

BAYTELMAN A., Andrés y VARGAS V., Juan Enrique, *La Función del Juez en el Juicio Oral. Textos de Docencia Universitaria,* Universidad Diego Portales, Ril Editores, 1ª edición, año 1999.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas.* (1764). Editorial Temis. 2000. Santa Fe Bogotá. Colombia.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad-Hoc. 2ª edición. Buenos Aires. 1999.

BINDER, Alberto. *Politica Criminal. De la formulación a la praxis.* Ad-hoc. Mayo de 1997. Buenos Aires. Argentina.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal.* Ad-Hoc. 1993. Buenos Aires.

BLANCO S., Rafael; DECAP F., Mauricio; MORENO H, Leonardo; ROJAS C., Hugo. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal.* LexisNexis, 2005.

BOVINO, Alberto (...et. al.). *El procedimiento Abreviado,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia. Santiago. Chile.

Boletín del Ministerio Público Nº 21. "La extradición en el nuevo proceso penal chileno" y "Anexo de Tratados Internacionales sobre extradición ratificados por Chile". Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones. Diciembre de 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General.* tomo 1, 2ª edición. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

BUSTOS R. Juan. *El Ministerio Público para una nueva Justicia Criminal. La configuración institucional y orgánica del Ministerio Público.* Fundación Paz Ciudadana. Universidad Diego Portales, 1993.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica.* Editorial Comares. Granada, 1996.

CAFFERATA NORES, José. *Excarcelación y eximición de prisión.* Depalma. Buenos Aires, 1986.

CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Imparcialidad del juez.* Ediciones del Puerto. Buenos Aires. Argentina, 1997.

Calamandrei, Piero. La definición del hecho notorio. En Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica Argentina. 1961

Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (1936) Librería El Foro. Buenos Aires, 1996.

Camps Zeller, José Luis. *La defensa del imputado en la investigación en el nuevo proceso penal.* LexisNexis, 2003.

Carnelutti, Francesco. *La prueba civil.* Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982.

Carnelutti, Francesco. *Caratere della sentenza di fallimento*, 1931.

Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Uteha, 1944.

Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal. Monografías jurídicas.* Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989.

Carnelutti, Francesco. *Serie Clásicos del derecho procesal penal. Cuestiones sobre el proceso penal.* Vol. 2. Editorial Jurídica universitaria. México, 2002.

Carnelutti, Francesco. "Ancora Sulla Inefficacia Dei Documenti Dolosamente Sottratti". *Rivista Diritto Processuale.*

Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal.* Buenos Aires, 1950.

Carocca Pérez, Álex. "Reparación de los errores judiciales", Memoria de Prueba, Universidad Católica de Valparaíso, 1985.

Carocca Pérez, Álex. *El nuevo sistema procesal penal.* Editorial Jurídica La Ley. Santiago. Chile, 2003.

Carocca Pérez, Álex. *La defensa penal pública.* LexisNexis. Santiago. Chile, 2002.

Carocca Pérez, Álex. *Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. Nuevo Proceso Penal.*

Carocca Pérez, Álex. *Manual de Derecho Procesal.* LexisNexis, 2003.

Carocca Pérez, Álex. *Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. Nuevo Proceso Penal.* Álex Carocca P. Mauricio Duce L. Cristián Riego R. Andrés Baytelman A. Juan Enrique Vargas V. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Octubre de 2000.

Carocca Pérez, Álex. *Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso del puente "la calchona".*

Carrio, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal.* Hammurabi. 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2003.

Cassarino Viterbo, Mario. *Manual de Derecho Procesal.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimación de la justicia constitucional,* Madrid, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad. Espionaje Telefónico.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil.* Ediciones Jurídicas Europa América, 1972.

CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional chileno.* Tomo II. *Derechos, Deberes y Garantías.* Ediciones Universidad Católica de Chile. Enero de 2004.

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. *Revista Centro Estudios de la Justicia* N° 10. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Informe en derecho, "El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno".

CERDA, Rodrigo y HERMOSILLA, Francisco. *El procedimiento abreviado (Nuevo sistema procesal penal).* Editorial Metropolitana. Santiago. Chile, 2003.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos.* Librotecnia. Santiago. Chile. Noviembre de 2003.

CERDA, Rodrigo. *El juicio oral.* Editorial Metropolitana. Santiago. Chile, 2003.

CID J.-E. Larrauri (coordinadores). *Penas Alternativas a la Cárcel.* Editorial Bosch, 1997.

CISTERNA PINO, Adolfo. "La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal". *Doctrina- Jurisprudencia. Librotecnia.* Talleres Lom Ediciones. Santiago-Chile. Mayo de 2004.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno.* Editorial Jurídica de Chile. 1ª edición, 1991.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. "Constitución y presunción de inocencia". *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae,* Año X, N° 10, 2006.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La Competencia.* Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición actualizada y aumentada, 2004.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. "Bases Constitucionales del derecho procesal". En *Revista de Derecho Procesal* N° 14, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1987.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro y ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. "Estatuto Jurídico de la Víctima en el juicio oral". *Revista Procesal Penal.* LexisNexis. N° 4. Diciembre de 2002.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico.* Depalma Ediciones. Buenos Aires, 1988.

COUTURE, Eduardo. *Los mandamientos del abogado. Comentados.* Iure Editores. México.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* 3ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 12ª reimpresión, 1985.

Corti Ortiz, Pedro. "La Víctima en la reforma procesal penal y en la jurisprudencia". *Boletín del Ministerio Público* N° 25. Diciembre de 2005.

Correa Robles, Carlos Fernando. "El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada". Memoria Prueba. U. de Chile.

Correa Robles, Carlos y Reyes López, Mauricio. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Cuadernos de Análisis Jurídico N° 13. "Hacia una reforma de la justicia militar". Editor Jorge Mera. Universidad Diego Portales.

Couso Salas, Jaime. "Oportunidad versus legalidad: entre economía político-criminal, despenalización, prevención y principios garantistas", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie Seminarios, N° 39, Santiago. Noviembre de 1998.

Cuccarella Galiana, Luis Andrés. *La correlación de la sentencia con la acusación y defensa.* Thomson Aranzadi. Navarra, 2003.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. 1ª edición. Santiago. Chile, 1982.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* Ediciones Universidad Católica de Chile. 7ª edición ampliada. Marzo de 2005.

Chahuán Sarrás, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal.* 2ª edición actualizada. LexisNexis. Noviembre de 2002.

Chiovenda, José. *Principii di diritto processuale civile*, 1919.

Damaska, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal.* Editorial Jurídica de Chile. Abril de 2000.

Díaz Uribe, Claudio. *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. El caso Chile.* Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.

Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española.

De Hoyos Sancho, Montserrat. "Hacia un proceso civil más eficiente: comunicaciones telemáticas. El sistema Lexnet". En *Oralidad y escritura en un proceso civil más eficiente.* Federico Carpi, Manuel Ortells Editores. Tomo II. Universidad de Valencia, 2008.

De Urbano Castrillo, Eduardo; Torres Morato Aranzadi, Miguel Ángel. *La prueba ilicita penal, Estudio jurisprudencial.* 2ª edición. Navarra, 2000.

Del Río Ferreti, Carlos. *Los poderes de decisión del juez penal.* Editorial Jurídica de Chile, 2009.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba.* Zavalia Editor, 1988.

DETLEV ACHHAMMER. "Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán. Informe de una visita". Sociedad Alemana de Cooperación Técnica. GTZ 2003.

DUCE, Mauricio, "El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal", en *El Nuevo Proceso Penal.* Editorial Jurídica ConoSur, 2000.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal.* Editorial Jurídica de Chile, 2007.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal.* Universidad Diego Portales. Mayo de 2002.

DURÁN SANHUEZA, Rafael. *Procedimiento Simplificado y monitorio en el Código Procesal Penal chileno.* Libroteenia. 2008.

DURÁN FICA, Rodrigo. *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal.* Libroteenia. Santiago. Talleres Lom Ediciones. Santiago-Chile, Noviembre de 2003.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales.* Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.

FALCONE, Roberto. "La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y ley procesal penal". *Revista Procesal Penal* Nº 27. Noviembre de 2004.

FAUZIYA Kassindja y Layli MILLAR BASHIA. *¿Nos oyen cuando lloramos?* Plaza Janés. Barcelona. España, 1999.

FELIÚ, Olga. *Boletín del Ministerio Público* Nº 17. Diciembre de 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. "La valoración de las pruebas personales y el estándar de la duda razonable", Depto. Procesal Univ. de Alicante.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "La libertad de información y la reserva de identidad de los imputados". Informe en derecho. *Boletín del Ministerio Público* Nº 18. Marzo de 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho.* Marcial Pons. Madrid, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.* Marcial Pons. Madrid, 2007.

FERRER B., Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasibenthamiana". En *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal.* Daniela ACCATINO (Coordinadora). AbeledoPerrot-LegalPublishing. Santiago, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* 3ª edición. Editorial Trotta. Madrid.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razòn, Teoria del Garantismo Penal.* Traducciòn de Perfecto Ibáñez y otros, Editorial Trotta. Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razòn. Teoria del garantismo penal.* Editorial Trotta. 3ª edición. Madrid. España, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo.* Editorial Trotta. Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del màs dèbil.* Editorial Trotta. Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi (2001). "Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal". En MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.). 2001. *El Procedimiento Abreviado.* Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.

FERNÀNDEZ LÒPEZ, Mercedes. "La valoraciòn de las pruebas personales y el estàndar de la duda razonable", Depto. Procesal Univ. de Alicante.

FLETCHER, G.P. *Conceptos bàsicos de Derecho Penal* (traducido por Muñoz Conde, F.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolàs. *Lògica de las pruebas en materia criminal.* Vol. I. Editorial Temis. Bogotà. Colombia, 1988.

FUENTES T., Ximena. "La jurisdicciòn universal y la Corte Penal Internacional". *Revista Centro de Estudios de la Justicia* Nº 4. Año 2004.

FLAVIO GOMES, Luiz. *Suspensao condicional do pocesso penal. O novo modelo consensual dejustiça criminal.* Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1995.

GALLARDO F. Eduardo. "La delimitaciòn del artìculo 226 del Còdigo Procesal Penal en el contexto del control jurisdiccional del Ministerio Pùblico: Consideraciones Generales para una interpretaciòn sistèmica y acorde al principio de proporcionalidad". *Revista Procesal Penal* Nº 32. Febrero de 2005.

GARAPON, Antonine y PAPADOPULUS, Joanis. *Juzgar en Estados Unidos y Francia Cultura juridica francesa y common law.*

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General.* Tomo I. Editorial Juridica de Chile. Septiembre de 1997.

GASCÒN ABELLÀN, Marina. *Los hechos en el derecho.* Marcial Pons. Ediciones Jurìdicas Sociales. Madrid-Barcelona, 2004.

GERHARD, Walter. *Libre Apreciaciòn de la prueba.* Editorial Temis, 1985.

GIMENO SENDRA, Josè. *Fundamentos de Derecho Procesal.* Editorial Civitas. Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, Josè. *Derecho Procesal.* Valencia 1990. T. 1. Vol. 1.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal.* Derecho Procesal. Tomo II. *Proceso Penal.* Tirant Lo Blanch Derecho. Valencia, 1991.

GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal.* Thomson. Aranzadi. Navarra. España, 2003.

GONZÁLEZ JURE, Gustavo. *Reforma Procesal Penal. El Ministerio Público. El juicio oral, su incidencia en las funciones policiales.* Imprenta de Carabineros, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso,* Barcelona, 1936.

GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral.* Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1994.

GONZÁLEZ GARCÍA, Hernán. *El recurso de apelación del Código Procesal Penal.* LexisNexis. Santiago Chile, 2005.

GORPHE, Francois. *De la apreciación de las pruebas.* Ediciones Europa América, 1955.

GUASP, Jaime. *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Madrid, 1947.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil.* Civitas. 4ª edición, 1998.

HASSEMER, W. y MUÑOZ, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1989a.

HASSEMER, W. "La Persecución Penal: Legalidad y Oportunidad". En: *Symposium Internacional sobre la transformación de la Justicia Penal en Argentina*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Tomo I, 1989.

HERNÁNDEZ B., Héctor. "Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba". En *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal.* Daniela ACCATINO. Coordinadora. Pág 22. AbeledoPerrot. LegalPublishing, 2010.

HERMOSILLA IRIARTE, Francisco Antonio. *Reflexiones en torno a la producción y valoración de la prueba en los juicios orales.* Editorial La Aurora. Chile.

HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. *Error judicial: ensayo de interpretación constitucional,* 1999.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "La Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal". *Colección de Investigaciones Jurídicas* Nº 2. Universidad Alberto Hurtado, 2002.

HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, Diego. "La participación de la víctima y del querellante particular en la prosecución de delitos". Memoria Prueba. U. de Chile.

HERRERA SEGUEL, Marta. "Conclusión de la etapa de investigación". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Septiembre de 2004.

HERRERA SEGUEL, Marta. "Control judicial anterior a la formalización de la investigación". *Boletín del Ministerio Público* Nº 18. Marzo de 2004.

HERRERA SEGUEL, Marta. "Informe Presentencial del imputado. Oportunidad y sujeto legitimado para solicitarlo". *Boletín del Ministerio Público* N° 20. Septiembre de 2004.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ MASLE Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno.* Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

HORVITZ, María Inés. "Panorama sobre la competencia y la organización de los tribunales militares en tiempos de paz en algunos países latinoamericanos. La situación de la justicia militar en América Latina". Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho.

HORVITZ L., María Inés. "Estatus de la Víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3. Año 2003.

HOYOS H. Francisco. *Temas fundamentales de Derecho Procesal.* Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición, 1987.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Consideraciones sobre la prueba judicial.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.

JAKOBS, Gunther. Derecho *Penal Parte General. Fundamentos y Teoria de la imputación.* 2ª edición, corregida. Marcial Pons. Madrid, 1997.

KAUL, Hans Peter. "Aspectos Políticos de la Implementación del Tratado de Roma". *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 4. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Año 2004.

KÜNSEMÜLLER L., Carlos. *Las actuales relaciones entre el Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo. Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros.* LexisNexis. Santiago. Chile, 2007.

KENNEY Hegland. *Manual de Prácticas y Técnicas procesales.* Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina, 1995.

LANGBEIN, Jhon, "Tortura y plea bargaining", en BOVINO, Alberto (et. al), *El procedimiento Abreviado,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

LAZO, Santiago. *Los Códigos Chilenos anotados. Código de Procedimiento Penal.* Poblete Cruzat Hnos. Editores, 1916.

LAURA T., Alejandro. "Acerca de la posibilidad de llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el imputado en un procedimiento administrativo". *Revista Procesal Penal* N° 31. Enero de 2005.

LA ROSA, Mariano. "Por una razonable duración del proceso penal". *Revista Procesal Penal* N° 35. Mayo de 2005.

LAFAVE, Israel, King, 2000. *Criminal Procedure.* 3ª Ed. St. Paul Minn. West Group.

LANGER, Máximo. "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir

del procedimiento abreviado". En: *El Procedimiento Abreviado,* Julio B. J. MAIER y Alberto BOVINO (Comp.). Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2001.

LIBEDINSKY, Sofía. "Negociación y salidas alternativas". Seminario Reforma Procesal Penal. Universidad Católica de Temuco. ConoSur-LexisNexis Chile. Octubre de 2001.

LEE BAILEY, F. *Cómo se ganan los juicios.* Limusa Noriega Editores. México, 1996.

LAGOS ZAMORA, Karen Ximena. "Los acuerdos reparatorios: Análisis dogmático y legal comparado y su aplicación práctica". Memoria Prueba. U. de Chile.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa America. Buenos Aires, 1963.

LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán.* Konrad Adenauer Stiftung. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín Colombia, 1998.

LEYTON JIMÉNEZ, José Francisco. "Víctima y proceso penal. Los derechos de la víctima en el marco de la Constitución Política y el Código Procesal Penal 2000". Memoria Prueba. U. de Chile.

LEIGHTON G., Guillermo. "Revisión de jurisprudencia comparada sobre prueba ilícita por violación de garantías procesales". *Revista Procesal Penal* N° 30. Febrero de 2005.

LONDOÑO, Fernando y otros. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias.* Tomo I. *Código Procesal Penal.* Editorial Jurídica de Chile. Febrero de 2003.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida.* Akal. Madrid. España, 1989.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem.* Dykinson. Madrid, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal.* Akal/ iure. Colober Vega. Madrid, 1999.

LÓPEZ MASLE, Julián. "Formas alternativas de solución del conflicto penal". *Revista del Abogado.* Las reformas del proceso penal.

LÓPEZ MASLE, Julián. "Principios del sistema Procesal Chileno". Apuntes de clase para el Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Marzo de 2001.

LÜBBERT ÁLVAREZ, Valeria. "La suspensión condicional del procedimiento". Memoria de prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo. *Derecho Internacional Penal.* Ediciones Congreso. Santiago. Chile. Febrero de 2000.

Lluch, Xavier Abel y Picó i Junoy, Joan. "Aspectos Prácticos de la prueba civil. El juicio sobre admisión de los medios de prueba". David Velásquez Vioque. Juez del Juzgado Primera instancia Nº 2 de Mollet de Vallés. Bosch Procesal. Barcelona, 2006.

Maier Julio Bernardo. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I. *Fundamentos.* Ediciones Del Puerto. 2ª edición. Buenos Aires, 2002.

Maier, Julio Bernardo. *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos procesales.* Ediciones del Puerto. 1ª edición. Buenos Aires, 2003.

Maier, Julio Bernardo. "¿Es aún practicable el proceso penal?". Seminario Reforma Procesal Penal. Universidad Católica de Temuco. ConoSur-LexisNexis Chile, 2001.

Maeir, Julio Bernardo. "Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos. Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma procesal penal". CPU. Santiago. Chile, 1993.

Maier, Julio Bernardo. *Derecho procesal argentino, Fundamentos.* Tomo 1. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Maier, Julio Bernardo. *El Ministerio Público en el Proceso Penal. El Ministerio Público ¿un adolescente?* Ad-Hoc. Buenos Aires. Junio de 1993.

Maier, Julio Bernardo. "De los delitos y las víctimas". En *La víctima y el sistema penal.* Maier, Julio y otros. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2001.

Maier, Julio B. y Bovino, Alberto (comps). *El procedimiento abreviado.* Ediciones del Puerto. Buenos Aires, 2001.

Magalhaes Gomes Filho, Antonio. *Presunción de inocencia y prisión preventiva.* Traducción de Claudia Chaimovich G. ConoSur. Santiago. Chile, 1995.

Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Vol. 3, 1887.

Marín González, Juan Carlos. "La acción civil en el Nuevo Código Procesal Penal. Su tratamiento procesal". *Revista Centro de Estudios de la Justicia* Nº 6. Año 2005.

Mañalich Raffo, Juan Pablo. *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio.* Ediciones Jurídicas Santiago. Santiago. Chile, 2009.

Marín González, Juan Carlos. "Las medidas cautelares personales en el nuevo CPP". *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 1. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Año 2002.

Maturana Miquel, Cristián. "Prisión Preventiva y Libertad Provisional; Análisis desde una perspectiva procesal Constitucional con las realidades del sistema acusatorio y sistema inquisitivo". *Revista de Derecho Público Facultad Derecho Universidad de Chile.* Vol. 64. Año 2002.

MÉNDEZ LETELIER, Ignacio. "La criminalidad de bagatela ante el sistema del derecho penal". Memoria Prueba. U. de Chile.

MEINS OLIVARES, Eduardo. "Competencia de las Cortes de Apelaciones en el nuevo proceso". *Revista Procesal Penal* N° 39. Septiembre de 2005.

MEINS, Eduardo. "Seguridad ciudadana y tribunales de justicia". *Revista Procesal Penal* N° 23. Julio de 2004.

MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial.* Junio de 2005.

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección.* Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Diciembre de 2007.

MÉNDEZ LONGORIA, Miguel Ángel. "Prueba pericial en Estados Unidos de América". En *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral.* Editor Rodrigo Coloma Correa. LexisNexis. Santiago. Chile, 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.* J.M. Bosch. Barcelona, 1999.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Editorial José María Bosch. Barcelona, 1997.

MINISTERIO PÚBLICO. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s. 1 a 25.* Editorial Jurídica de Chile, 2001.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal.* Editorial Reus. Madrid, 1929.

MILLÁN G., Iván. "El delito flagrante". *Revista Procesal Penal* N° 1. Septiembre de 2002.

MINISTERIO PÚBLICO, *Programa Estratégico 2009-2015. Diagnóstico Estratégico Institucional.*

MINISTERIO PÚBLICO. *Oficios e Instructivos,* en http://www.ministeriopublico.cl

MINI MASSONI, Mario. *La prueba ilícita en el proceso penal.* Editorial Metropolitana, 2005.

MORA MORA, Luis Paulino. *Garantías constitucionales en relación con el imputado.* Caracas, 1995.

MONTAÑÉS, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia.* Editorial Aranzadi. Madrid, 1993.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil.* Editorial Civitas, 1996.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón.* Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

Montero Aroca, Juan y Ortells Ramos, M. *Derecho Jurisdiccional, I Parte General,* Bosch, Barcelona, 1987.

Montero Aroca, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales.* Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

Muñoz Sabaté, Luis. *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso.* 3ª edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1997.

Nahum Anuch, Roberto. "El sistema probatorio del CPP". *Gaceta Jurídica* Nº 247. Enero de 2001.

Núñez Ojeda, Raúl. *Negociación. Mediación y Conciliación. Como métodos alternativos de solución de controversias.* Ediciones Jurídicas. Santiago. Chile, 2009.

Núñez Ojeda, Raúl. "El principio de oportunidad y las salidas alternativas". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

Núñez Ojeda, Raúl. "El ofendido por el delito y la prueba en el Enjuiciamiento criminal español". En *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral.* Editor Rodrigo Coloma Correa. LexisNexis. Santiago. Chile, 2003.

Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno.* Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1960.

Oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al proceso penal (Ley Nº 20.074). Ley Violencia Intrafamiliar. Responsabilidad Penal Adolescente. Instructivo Nº 3 de la Ley Nº 20.074. Págs. 31 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. Marzo de 2007.

Ortells Ramos, Manuel. "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal". *Revista de Legislación y Jurisprudencia.* Madrid. España, 1978.

Otero Lathrop, Miguel. *El Ministerio Público.* LexisNexis. Santiago. Chile. Junio de 2002.

Otero Lathrop, Miguel. *Código Procesal Penal.* LexisNexis-ConoSur. Mayo de 2002.

Otero Lathrop, Miguel. *El principio de oportunidad y las salidas alternativas.* ConoSur-LexisNexis Chile. Octubre de 2001.

O'Donnel, Daniel. *Comisión Andina de Juristas. Protección Internacional de los Derechos Humanos.* 2ª edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

Oyarce López, Tamara. "La duda razonable en el sistema procesal penal". Memoria de prueba, Universidad de Chile.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Palacio, Lino Enrique. La prueba en el proceso penal. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina, 2000.

PAILLAS, Enrique. *Derecho Procesal Penal.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile, 1980.

PAILLAS, Enrique. *La prueba en el Proceso Penal Oral.* ConoSur-LexisNexis. Chile. Enero de 2002.

PASTOR, Daniel J. "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal". *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 4. Año 2004.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Más allá de duda razonable. Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros.* LexisNexis. Santiago. Chile, 2007.

PECCHI CROCE, Carlos y MATURANA MIQUEL, Cristian. Separata "El Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública". Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Año 2003.

PECCHI CROCE, Carlos. "El procedimiento abreviado en el nuevo CPP". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código procesal penal anotado y concordado.* 2ª edición. Pág. 627. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio. "Constitución y CPP". *Revista de Derecho Público Facultad Derecho Universidad de Chile.* Vol. 63. Año 2001.

PEÑA WASAFF, Silvia. "Comentario sobre fallo de la Corte Suprema que rechaza petición de indemnización por supuesto error judicial". *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. Julio de 2008.

PEÑA WASAFF, Silvia. "Comentario de Ley N° 20.236 que tipifica el delito de atentado contra los Fiscales del Ministerio Público". *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. Julio de 2008.

PEÑAFIEL, Hernán. "La protección al testigo en el nuevo ordenamiento procesal penal, particularmente frente al crimen organizado". *Revista Procesal Penal* N° 6. Febrero de 2003.

PÉREZ LUÑO. *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema.* Ed. Madrid, 1979.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Curso de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico.* Editorial Jurídica ConoSur, 1993.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Pruebas ilícitas. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal.* Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997.

PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionakles del proceso.* Bosch. Barcelona, 1997.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Introducción a la Reforma Procesal Penal.* Editorial Fallos del Mes. Santiago. Chile, 2000.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Ley 20.253. Agenda Corta Antidelincuencia.* Legis. Santiago. Chile, 2008.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal.* Editorial Fallos del Mes, 2003.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Análisis de Leyes Complementarias a la Reforma Procesal Penal.* Ministerio Público. Fiscalía Nacional.

PIZZI, William. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense.* Editorial Tecnos. Madrid, 2004.

PICA URRUTIA, René. Fiscal de la Corte Suprema. Informe Inaplicabilidad Criminal. Corte Suprema. En proceso Rol N° 28.649, Santiago.

POLITOFF, GRISOLIA y BUSTOS, *Derecho Penal Chileno, parte especial,* reimpresión de Ediciones Encina Ltda., 1971.

QUEZADA MELÉNDEZ, José. *El Nuevo Proceso Penal Chileno.* Ediar ConoSur, 1981.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal.* Atelier. Barcelona, 2004.

Revista Procesal Penal

Revista de Estudios de la Justicia N° 1, Año 2002.

RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas.* José María Bosch Editor. Barcelona-España, 1997.

RIEGO, Cristián y DUCE J., Mauricio. "La Etapa de Investigación en el nuevo proceso penal". *Nuevo Proceso Penal.* Álex Carocca A., Mauricio Duce L., Cristian Riego R., Andrés Baytelman A., Juan Enrique Vargas V. Págs. 100 a 102. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Octubre de 2000.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *El procesamiento. Doctrina y jurisprudencia. Regulación legal y concordancias.* Editorial Comares. Granada 1999.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado.* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 1997.

RONDONI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio. *Responsabilidad Patrimonial del Estado Juez en Chile.* LexisNexis, 2008.

ROJAS VALDEBENITO, Sonia-ROJAS AGUIRRE, Luis. *Las acciones civiles en la reforma procesal penal.* Editorial Fallos del Mes, 2003.

ROJAS VALDEBENITO, Sonia-ROJAS AGUIRRE, Luis. Guillermo Piedrabuena Richard. Los acuerdos reparatorios en la reforma procesal penal. La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes, 2003.

ROJAS PRETER, Nelson. "Forma de solución de los conflictos. Autodefensa, Autocomposición, Proceso". Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Mayo de 1989.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Civitas. Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Traducción de la 25ª edición alemana. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus. *El Ministerio Público en el Proceso Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público.* Ad Hoc. Buenos Aires. Junio de 1993.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal.* Editorial Reus. Madrid, 1981.

ROXIN, Claus. Política *Criminal y Sistema de Derecho Penal.* 2ª edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2002.

RUIZ PULIDO, Guillermo. "La acción civil en el nuevo proceso penal". Consultar en www.cde.cl.artículos.

RUIZ VADILLO, Enrique. "Curso Centro de Estudios Judiciales. La Prueba en el Proceso Penal. La actividad probatoria en el proceso penal español". Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1993.

RUBIO MORENO, JA, blog "Las nuevas herramientas Derecho y Sociedad del Conocimiento. Implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación", 18 de mayo de 2005.

SAARENPÄÄ, Ahti, "Sociedad red, firmas electrónicas y servicios electrónicos: una perspectiva finlandesa", en *Revista de Derecho Informático/Universidad de Chile.* Centro de Estudios de Derecho Informático. Mayo de 2005.

SABATINI, Prova (Diritto Processuale). La teoría genérale del processo penale e civile, en Scuola Penales Universitaria 1930.

SÁEZ MARTIN, Jorge Eduardo. "Forma y garantías de la autoincriminación". *Revista Procesal Penal* Nº 44. Febrero de 2006.

SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas de proceso penal.* Librotecnia. Santiago. Chile, 2009.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo.* Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.

SERRA DOMÍNGUEZ. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Ed. Rev. Derecho Privado. Madrid, 1991.

SAMPEDRO ARUBLA, Julio Andrés. *La Humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victiminología.* Legis. Colombia, 2003.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

Sainz de Robles y Albacar. "El derecho a la prueba", en Primeras Jornadas de Derecho Judicial, 1983.

Salas Astrain, Jaime. *Problemas de proceso penal. Fundamentación y arbitrariedad judicial en el proceso penal.* Librotecnia. Santiago. Chile, 2009.

Schönke. "Los límites de la prueba en el derecho procesal". Rev. D.P. 3 19 55.

Schone, W. "Líneas generales del proceso penal alemán", 1989.

Sydow. "Kritik der Lehre von den "Brweieverboten".

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos.* Editorial Trotta. Madrid, 2002.

Taruffo, Michele. *Páginas sobre la justicia civil. Una alternativa a las alternativas: Modelos de Resolución de conflictos.* Marcia Pons. Madrid. España, 2009.

Taruffo, Michele. *Consideraciones sobre la prueba judicial. Consideraciones sobre prueba y motivación.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.

Taruffo, Michele. *La Prueba. Artículos y Conferencias. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba.* Editorial Metropolitana. Santiago. Chile. Junio de 2009.

Taruffo, Michele. "Consideraciones sobre la prueba y verdad". En *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral.* Editor Rodrigo Coloma Correa. LexisNexis. Santiago. Chile, 2003.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno. El proceso en acción.* Editorial Libromar Ltda. Santiago-Chile, 2000.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso.* Editorial Jurídica de Chile.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Desafíos de la Policía en el tiempo presente.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile, 2007.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. La situación de la Víctima del delito en el proceso penal chileno. Cuestiones y Casos.* Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Tavolari Oliveros, Raúl. "Tribunal competente para regulación de las costas". *Boletín del Ministerio Público* N° 24. Septiembre de 2005.

Tavolari Oliveros, Raúl. Charla "Las medidas cautelares" en Diplomado Reforma Procesal Penal. Universidad de Chile, 2002.

Tavolari Oliveros, Raúl. "La audiencia de preparación del Juicio Oral". Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho, 2004.

Tavolari Oliveros, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos.

TAVOLARI, Raúl. "Informe en Derecho. Del debate sobre la licitud de la prueba y exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia". *Boletín Ministerio Público* N° 14. Marzo de 2003.

TAVOLARI, Raúl. "Informe en derecho: Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de los dichos del imputado". *Boletín del Ministerio Público* N° 19. Julio de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencias.

TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.* Editorial Ariel. Barcelona, 1989.

TARIGO, Enrique T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código. Fundación de Cultura Universitaria.* Montevideo. Uruguay, 1994.

USARES SÁNCHEZ, Alberto. *El debido proceso penal.* Universidad Externado de Colombia. 1ª edición, 1998.

VALLEJO, Manuel Jaén. "La presunción de inocencia", *Revista Procesal Penal* N° 28. Diciembre de 2004.

VIAL CAMPOS, Pelayo. *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno.* Librotecnia. Santiago. Chile, 2006.

VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* Editorial La Ley, Madrid, 1993.

VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso.* Temis, 1984.

VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA, *Derecho Constitucional,* Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

VITALE, GUSTAVO, *Suspensión del Proceso Penal a Prueba,* Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996.

VIVES, Antón. Doctrina constitucional y reforma del proceso penal.

WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba,* Temis, Bogotá, 1985.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. "El cinturón de seguridad del derecho de guardar silencio/Prestar declaración del Detenido: La Intervención oportuna y efectiva del defensor". *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 6. Año 2005.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita. Tratamiento Jurisprudencial en algunas experiencias comparadas.* LexisNexis, 2004.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. "La Confesión en el nuevo sistema procesal penal ¿Una reina que perdió su trono?". *Gaceta Jurídica* N° 252. Junio de 2001.

ZÚÑIGA, Rodrigo. "La prueba ilícita penal". Memoria de Prueba. U. de Chile, 2000.

DERECHO PROCESAL PENAL

Cristián Maturana Miquel
Raúl Montero López

En el proceso penal el litigio surge de la pugna existente entre, por una parte, el interés del Estado de hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión del delito y, por otro lado, el interés de mantención de la libertad de aquellos en contra de quienes se dirige la imputación estatal. Consecuentemente, la pretensión punitiva, por una parte, y la pretensión de libertad, por la otra, son los elementos estructurantes de todo proceso penal.

Al cumplirse una década desde la entrada en vigencia parcial del actual sistema procesal penal, esta obra pretende servir como guía introductoria al estudio del proceso penal, entregando una mirada integral sobre él, sus instituciones, principios y objetivos, analizando descriptiva y normativamente las instituciones e integrando la necesaria referencia a la doctrina y la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre algunos de sus aspectos más relevantes.

Este libro recoge en ocho capítulos los fundamentos, instituciones y procedimientos del proceso penal estatuido por el Código Procesal Penal chileno.

El capítulo Primero se refiere al proceso penal en general y a los distintos sistemas procesales existentes, abarcando el debido proceso, las características, las fuentes, contenido, los fines, principios y garantías del actual sistema chileno.

En el capítulo Segundo se abordan, estructuran y desarrollan los diversos sujetos procesales, es decir, todos aquellos que se encuentran facultados para intervenir en la persecución penal. Se refiere, por ende, este capítulo al tribunal, al Ministerio Público, a la Policía, al Imputado, a la defensa, a la víctima y al querellante.

El capítulo Tercero se refiere a la acción dentro del proceso penal, tanto aquella de esta naturaleza, como la acción civil que emana de la comisión del ilícito.

El capítulo Cuarto está reservado para la conceptualización y análisis de la competencia en materia penal y a las disposiciones comunes a todo procedimiento, los plazos, notificaciones y citaciones judiciales y del Ministerio Público, el registro de las actuaciones y las resoluciones judiciales.

En el capítulo Quinto se desarrollan y analizan las medidas cautelares en el proceso penal, la garantía afectada por ellas, su relación con el principio de inocencia, los principios que las rigen y el estudio en particular de la citación, la detención, la prisión preventiva, las medidas cautelares de menor intensidad y aquellas cautelares de tipo real.

El capítulo Sexto desarrolla en detalle el procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública y sus diversas etapas, los principios de actuación del Ministerio Público y las distintas decisiones de éste que pueden afectarle, las formas de darle inicio, los medios de control del ejercicio de la acción, el principio de oportunidad y las salidas alternativas, la etapa de preparación del juicio oral, el juicio oral y la sentencia.

En el capítulo Séptimo se abordan diversos aspectos relacionados con la prueba, los grados de conocimiento, los medios establecidos para el control de la convicción, el debido proceso, los principios formativos, el objeto y limitaciones de la prueba y su carga, el procedimiento probatorio, los diversos sistemas de prueba y los distintos medios de prueba consagrados por el legislador.

El capítulo Octavo se hace cargo de entregar las nociones básicas acerca de algunos procedimientos especiales, tanto de aquellos propiamente tales, como los denominados procedimientos previos o antejuicios. Dentro de los primeros, se describe el procedimiento abreviado, el procedimiento simplificado, el procedimiento monitorio, el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada; dentro de los segundos, se refiere al procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, la querella de capítulos, la extradición y la situación del imputado enajenado mental.

DERECHO PROCESAL PENAL
CRISTIÁN MATURANA MIQUEL
RAÚL MONTERO LÓPEZ
Formato 18,5 x 26 cm.
654 págs.
AbeledoPerrot
LegalPublishing

9 789562 389136
CÓD.: LE1-391

AbeledoPerrot
LegalPublishing