

Copia privada para fines
exclusivamente educacionales.
Prohibida su venta



UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO

RAFAEL BLANCO SUÁREZ
MAURICIO DECAP FERNÁNDEZ
LEONARDO MORENO HOLMAN
HUGO ROJAS CORRAL

LITIGACIÓN ESTRATÉGICA

EN EL NUEVO PROCESO PENAL

05



LexisNexis®

RAFAEL BLANCO SUÁREZ
MAURICIO DECAP FERNÁNDEZ
LEONARDO MORENO HOLMAN
HUGO ROJAS CORRAL

LITIGACIÓN ESTRATÉGICA

EN EL NUEVO PROCESO PENAL

LITIGACIÓN ESTRATÉGICA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

© RAFAEL BLANCO SUÁREZ - MAURICIO DECAP FERNÁNDEZ - LEONARDO MORENO HOLMAN - HUGO ROJAS CORRAL

2005 LexisNexis · Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile · Teléfono: 600 700 8000 · www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 146.038 · I.S.B.N. 956 - 238 - 551 - 5

1ª edición abril 2005

Impreso en junio 2005

Tiraje: 500 ejemplares

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

	Página
Agradecimientos	III
Prólogo	1

INTRODUCCIÓN

1. Litigar en el nuevo sistema procesal penal.....	7
2. Estructura del documento	11
3. Advertencia-invitación preliminar	14

CAPÍTULO I

PREPARACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

4. Ideas matrices del nuevo sistema procesal penal	15
5. Teoría del Caso. Aspectos conceptuales	16
6. Características de la Teoría del Caso	19
7. Construcción de la Teoría del Caso. Uso de Proposi- ciones Fácticas.....	23
8. Diferencias en el uso de proposiciones fácticas entre fiscalía y defensa	25
9. Sugerencias en la generación de la Teoría del Caso.....	26
10. Recomendaciones para el juicio oral	28
11. Utilidad de la Teoría del Caso durante el desarrollo del juicio oral	30
12. Clasificación estratégica de las evidencias.....	31

CAPÍTULO II
TÉCNICAS Y DESTREZAS DE LITIGACIÓN ORAL
ANTE LOS JUZGADOS DE GARANTÍA

13. Alcances generales	39
14. Audiencia de Control de la Detención	43
15. Audiencia de Formalización de la Investigación	56
16. Audiencia de Cautela de Garantías	89
17. Audiencia de Prueba Anticipada	90
18. Audiencia de Juicio Inmediato	92
19. Audiencia de Suspensión Condicional del Procedi- miento	93
20. Audiencia de Acuerdo Reparatorio	98
21. Cierre de la Investigación	102
22. Reapertura de la Investigación	108
23. Forzamiento de la Acusación	110
24. Acusación.....	111
25. Audiencia de Preparación del Juicio Oral	114
26. Audiencia de Procedimiento Abreviado	130
27. Audiencia de Procedimiento Simplificado	137

CAPÍTULO III
TÉCNICAS Y DESTREZAS DE LITIGACIÓN ORAL
ANTE LOS TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

28. Discurso de Apertura	155
29. Declaración del Imputado	165
30. Examen Directo de Testigos	168
31. Examen Directo de Peritos	186
32. Objeciones	192
33. Contraexamen de testigos y peritos	204
34. Prueba Material, Documental y otros medios de prueba.....	219
35. Discurso de Clausura	243
Bibliografía	263

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen especialmente el patrocinio y apoyo de la Fundación William y Flora Hewlett. Además, reconocen a Elizabeth Lira, profesora-investigadora del Centro de Ética de la Universidad Alberto Hurtado y presidenta del Consejo Superior de Ciencias FONDECYT, y a Brian Loveman, profesor de Ciencias Políticas en la Universidad Estatal de San Diego, por haber estimulado la edición de los materiales desarrollados en la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado sobre técnicas y destrezas de litigación en el nuevo proceso penal.

Rafael Blanco, Mauricio Decap, Leonardo Moreno, Hugo Rojas

Santiago, 2005

PRÓLOGO

La reforma al proceso penal representa uno de los logros de política pública más significativos de los últimos cien años, lo que ha permitido al país recibir elogios por parte de la comunidad internacional y llamar la atención de quienes se interesan por la promoción de cambios sociales a partir de la incorporación de reformas jurídicas. Como sabemos, el anhelo de justicia en las relaciones interpersonales es un deseo permanente de todo ciudadano, y el Estado tiene un rol insustituible en la provisión de seguridades y certezas jurídicas que permitan resolver los conflictos dentro de plazos razonables, de modo que todo intento por mejorar la capacidad de respuesta pública frente a las expectativas de justicia ha de ser tomado en cuenta como un factor clave en el reconocimiento de los derechos básicos y en la promoción de convivencias pacíficas al interior del sistema democrático.

En Chile, la modernización a la administración de justicia en lo penal ha sido el resultado de un largo proceso en el cual han intervenido numerosos expertos, líderes de opinión y autoridades, quienes articularon los consensos para transformar un modelo anticuado por uno en el cual se respeta el debido proceso y la presunción de inocencia. Dentro de los objetivos perseguidos se ha tenido especial atención en las posibilidades de ofrecer a los ciudadanos una justicia más transparente y objetiva. También se ha anhelado otorgar una justicia oportuna, que sin descuidar el legítimo debate y la correcta evaluación de los antecedentes por terceros imparciales, sea ágil y expedita. Junto a la transparencia y a la velocidad de respuesta, también era urgente ocuparse de los niveles de acceso a la justicia y a la comprensión de los ciudadanos de los mecanismos de resolución de conflictos, en especial en el ámbito penal.

Si uno revisa el grado de cumplimiento de los objetivos planteados por quienes diseñaron la reforma procesal penal, tendrá que llegar a la

conclusión que los avances son auspiciosos. La mayor transparencia se ve reflejada en la absoluta publicidad de las audiencias, a las que pueden acceder todos los ciudadanos, y así observar el modo en que trabajan y toman sus decisiones los jueces, los razonamientos empleados por las partes, y las solicitudes y planteamientos que realizan fiscales, defensores y abogados querellantes. La transparencia permite al cliente controlar de un modo más efectivo el trabajo de los abogados que los representan en estrados, al tiempo que genera condiciones favorables para inhibir a todos los actores de conductas indebidas. Esta transparencia se ve materializada también en la eliminación del secreto del sumario, permitiendo a todos quienes tienen el carácter de intervinientes acceder a los elementos de la investigación.

El nuevo sistema satisface asimismo la necesidad de una justicia oportuna, disminuyendo ostensiblemente el tiempo promedio que tardaba la justicia en resolver los casos respecto de los cuales debía pronunciarse, desde que los hechos eran denunciados hasta su juzgamiento; pasando de un promedio de cuatro años en el antiguo sistema, a sólo seis meses desde que comenzara a operar la reforma procesal penal. Este dinamismo del nuevo sistema encuentra también un sostén en la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, que permiten morigerar el uso del ius puniendi, al tiempo de generar soluciones que dotan de mayor celeridad y racionalidad a la respuesta estatal de persecución criminal, incluso aumentando el nivel de satisfacción de las víctimas.

El nuevo sistema resulta más entendible para el ciudadano, a lo cual contribuye la publicidad de las audiencias, la lógica de juicios orales y el nivel de atención que los actores deben dispensar a víctimas y victimarios, explicándoles sus derechos, las acciones que se desarrollarán, las decisiones que se tomarán, entre otros aspectos. Sobre este punto se aprecian exigencias a los comunicadores sociales, quienes también han tenido que adaptar la manera en que se transmite la información a la ciudadanía.

El nivel de acceso a la justicia se ve reflejado en la creación de un ente especializado de persecución criminal que debe velar por los intereses de la comunidad, labor que desarrolla de modo gratuito y que en la práctica supone una gran diferencia con el antiguo sistema, toda vez que se ha creado un organismo público independiente encargado de dirigir las

investigaciones y recopilar las evidencias, tomando en cuenta las peticiones de las víctimas, las que de todos modos tienen derecho a querrellarse y de actuar autónomamente en caso de disconformidad con las decisiones adoptadas por el Ministerio Público.

El acceso también se expresa en la creación de una Defensoría Penal Pública que entrega asesoría jurídica gratuita y de calidad a los imputados que carecen de medios para proveerse de una defensa técnica por sí mismos. El financiamiento de esta defensa es aportada por el Estado y ha permitido elevar considerablemente los estándares de calidad en la prestación de servicios de asistencia judicial en materia penal, motivando a los abogados privados a postular a los llamados que la Defensoría periódicamente hará a la comunidad jurídica a través de concursos públicos.

Mirando la reforma en su conjunto, es posible concluir que representa un esfuerzo de innovación normativa; lo cual se ha concretado sustituyendo un código vetusto —estructurado a partir de lógicas inquisitivas—, por otro cuerpo de corte adversarial. Además, la reforma ha sido una apuesta de país hacia la modernización de la administración de justicia, y un esfuerzo de coordinación sistémica al interior de la institucionalidad pública, transformando las prácticas policiales y las funciones del poder judicial, mejorando los servicios auxiliares y capacitando a los actores del nuevo sistema. En tal sentido, la reforma ha implicado un cambio profundo en la cultura jurídica del país, que de manera gradual ha otorgado espacios a los actores para que se acostumbren a nuevos estilos de litigación y negociación penal, al funcionamiento de un sistema acusatorio-adversarial cuyos principios nos eran ajenos, a la separación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento, al reemplazo del proceso escrito por uno oral; en suma, se trata de una mejora sustantiva que ha dotado de mayor legitimidad al sistema jurídico, fortaleciendo nuestra democracia y la confianza en las instituciones.

Para participar en el nuevo sistema los actores jurídicos han tenido que aprender nuevas estrategias de litigación y desarrollar destrezas que les permitan argumentar oralmente en las distintas audiencias ante los jueces de garantía o los tribunales orales en lo penal. El conjunto de destrezas deben ser desplegadas sobre la base de estructuras metodológicas nuevas que faciliten el esfuerzo del litigante. La adecuada formulación de la teoría del caso contribuye a la comprensión de los hechos,

a la recopilación de las evidencias, y a su presentación en los momentos que corresponde, de modo que se constituye en el eje central de la planificación estratégica del trabajo destinado a demostrar las hipótesis y proposiciones fácticas en el juicio. La obra que tengo el honor de prologar es un aporte sustantivo al desempeño de los operadores jurídicos pues se hace cargo de cada una de las fases y escenarios de un caso penal, desde la formalización de la investigación hasta su resolución definitiva. En este texto el lector encontrará un conjunto de recomendaciones que el equipo de litigación de la Universidad Alberto Hurtado ha sido capaz de sistematizar luego de liderar en el país los programas de perfeccionamiento académico ofrecidos a jueces, fiscales, defensores, abogados y personas interesadas en el nuevo sistema. No podemos sino recomendar su análisis y discusión en las aulas y en el trabajo de preparación para enfrentar todo tipo de audiencias, en especial las intervenciones en los juicios orales. Si los abogados tomaran en cuenta las sugerencias que se hacen, por ejemplo, sobre la estructura del alegato de apertura, la identificación de objeciones relevantes, las reglas de examinación y contraexamen de testigos y peritos, la síntesis de la clausura, entre otras, es evidente que su persuasión y desempeño general debería tender a una mayor eficiencia.

Cabe precisar que el éxito de la reforma procesal penal depende en gran medida de la capacidad de los operadores por satisfacer las expectativas, estándares y objetivos que se tienen del modelo. Como siempre, habrá aspectos que seguir debatiendo en el futuro y consideraciones jurisprudenciales a tomar en cuenta, pero no quepa duda que estamos frente a una obra que persigue colaborar en la correcta comprensión del modelo adversarial y en la calidad de los servicios profesionales entregados a los intervinientes.

Por último, una palabra de agradecimiento a los autores, quienes se han comprometido con la reforma desde sus orígenes y han contribuido a través de la docencia y la investigación a la formación de jueces, fiscales y defensores. Ellos han estimulado al mundo académico a reaccionar acorde a las nuevas exigencias, y han cooperado en todas las regiones del país en los monitoreos y evaluaciones permanentes que se requieren. No debe olvidarse, por lo demás, que el inicio del proceso de transformación tuvo precisamente como escenario el debate académico por proporcionar las bases sobre las cuales se ha construido todo el sistema, el que en definitiva está orientado a consolidar nuestro sistema político-institu-

cional, acrecentar la legitimidad del sistema de justicia, brindar un mejor servicio a los ciudadanos y ciudadanas del país y, en suma, consolidar la convicción en el sistema democrático como forma de gobierno y como escenario en el que se modela el accionar de todas nuestras instituciones, entre las que, por cierto, aparece en un sitio de primer orden la Justicia.

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS
Profesor de Derecho Procesal
Coautor del Código Procesal Penal Chileno

INTRODUCCIÓN

1. LITIGAR EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

La reforma procesal penal representa un cambio jurídico de carácter paradigmático. Ello se ve reflejado en el tránsito desde un sistema inquisitivo a uno acusatorio¹, sin intermediación de modelos mixtos o inquisitivo reformados² y en la modificación de las lógicas escritas por lógicas y prácticas que descansan en la oralidad como el motor del sistema.

A lo anterior se suman modificaciones en la estructuración del sistema de competencias estatales, lo que se cristaliza a su vez en la creación a nivel constitucional de un órgano encargado de la persecución criminal,

¹ Para un paralelo entre los modelos inquisitivo y acusatorio, destacando las ventajas de éste, véase BLANCO, Rafael, HUTT, Richard, ROJAS, Hugo: "The Reform to the Criminal Justice in Chile: Evaluation and Challenges", en *The Loyola University Chicago International Law Review*, Chicago, 2005.

² Debe recordarse que la mayoría de los países latinoamericanos herederos de los modelos de justicia criminal europeo-continental transitaron desde modelos inquisitivos hacia modelos mixtos, donde se separó la función de investigación de la de juzgamiento, quedando sin embargo ambas radicadas en el Poder Judicial. De este modo nació la figura del juez instructor, distinto del juez sentenciador, como una forma de acrecentar el nivel de imparcialidad del juzgador. Parte de este esfuerzo avanzó luego hacia la creación de fiscales a cargo de poner en movimiento la acción penal, pero sometiéndose a investigaciones realizadas finalmente por jueces. El último paso que varios países de la región han dado ha sido el dotar a los fiscales del Ministerio Público de las atribuciones de dirigir las investigaciones criminales en forma exclusiva, conducir el accionar de la policía, presentar acusaciones, y sostener la pretensión penal en juicio. Véanse MAIER, Julio: *Reformas Procesales en América Latina*. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile, 1993, PEREIRA, Anthony W.: "Authoritarian Legalism: Explaining Judicial Reform Outcomes in Argentina, Brazil and Chile", en *Human Rights Review*, 4, 2003, Dakolias, María: "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", en *Virginia Journal of International Law*, 36, 1995, pp. 167-231.

En el caso chileno, el tránsito abrupto del modelo inquisitivo casi puro a un modelo acusatorio de naturaleza altamente adversarial, ha sido inédito en la lógica institucional de modernización de la justicia en América Latina, a lo cual se agrega su instalación progresiva y territorial –invitando a los diseñadores de las políticas públicas de Colombia y Perú a imitar el modelo chileno.

erradicando tal función de sede judicial, y permitiendo de este modo configurar un sistema de jueces genuinamente imparciales.

Este nuevo órgano autónomo, llamado Ministerio Público, es el encargado de elaborar las políticas con arreglo a las cuales se organiza la persecución criminal y se le entregan las competencias para dirigir con facultad de imperio las tareas de investigación policial.

Por otra parte, se crea la Defensoría Penal Pública como una entidad que asume la responsabilidad de que se proporcione defensa penal de calidad a través de un modelo de licitaciones en el que la oferta de servicios jurídicos proviene de actores privados que son controlados y remunerados por el sistema público.

Estos dos actores son controlados en la fase de investigación por los Juzgados de Garantía, cuyos magistrados velan por el debido respeto de los derechos y garantías que asisten a testigos, víctimas, imputados y acusados. A su turno, es a la judicatura –a través de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal– a quien corresponde dirimir los conflictos que deben ser conocidos en un juicio público, oral, contradictorio y donde se respetan adecuadamente las garantías de inmediación, concentración y oportunidad.

El nuevo modelo pretende que se logre satisfacer aquel conjunto de derechos y garantías que se erigen a nivel constitucional y a nivel de los tratados internacionales, entre los que se cuentan los derechos a ser juzgado por un tribunal imparcial –objetiva y subjetivamente–, independiente –interna y externamente–, en el contexto de un procedimiento transparente, donde se respeten los principios de inmediación e inocencia, no se invierta la carga de la prueba ni se presuma la responsabilidad penal, donde se provea de un adecuado servicio de defensa penal, y se diriman los conflictos en el contexto de un juicio público adversarial y oportuno.

Este nuevo esquema supone modificaciones radicales en las prácticas, ritualidades, lógicas y destrezas de los operadores, e implica una adaptación de la cultura jurídica y de los comportamientos de los actores³,

³ Para quienes recién se inician en el nuevo sistema y que no forman parte de la comunidad jurídica, una primera aproximación popular sobre las nuevas ritualidades puede ser revisada en MIRANDA, Luis: "Hable ahora o calle para siempre", en *Premio Periodismo de Excelencia*, Universidad Alberto Hurtado - Editorial Aguilar, 2003, pp. 15-32.

en especial de jueces, abogados, fiscales, defensores y auxiliares de la administración de justicia⁴.

Recuérdese, antes de seguir, que en el nuevo sistema procesal penal cabe distinguir claramente dos etapas fundamentales. La primera fase ocurre ante el Juzgado de Garantía, y se extiende en términos generales desde la audiencia de control de la detención, pasando por la audiencia de formalización de la investigación, hasta la audiencia de preparación del juicio oral (incluyendo la posibilidad de salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, o la terminación a través de procedimientos especiales como el abreviado). La segunda etapa, en cambio, es la que ocurre ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, cuyas audiencias se inician con un breve resumen de la acusación formulada por el Ministerio Público, seguido por discursos de apertura de fiscal y defensor (y eventualmente de querellantes), la presentación de evidencias por parte de fiscal y defensor vía examinación de testigos y peritos y las contraexaminaciones correspondientes, la presentación de pruebas materiales y documentales, y la finalización de la intervención persuasiva de las partes con sus discursos de clausura, terminando con la resolución de absolución o condena por parte del tribunal colegiado integrado por tres jueces de carrera.

Al intervenir en las audiencias ante los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal se recomienda conocer exhaustivamente las reglas jurídicas, maximizando su contenido estratégico, cuestión que puede lograrse más fácilmente si se conocen adecuadamente las técnicas y destrezas que facilitan la obtención del máximo de provecho de las normas y las atribuciones subyacentes en ellas. A modo de ejemplo, podemos señalar que al elaborar una teoría del caso única, verosímil, autosuficiente, capaz de persuadir a los jueces, o bien, al exponer con claridad en un discurso de apertura utilizando para ello la guía de la teoría del caso, o al formular las preguntas correctas a los testigos propios en el examen directo, o utilizando las ventajas de las preguntas sugestivas y cerradas durante la contraexaminación, o al emplear objeciones para repeler una pregunta mal formulada y así proteger a nuestro testigo o

⁴ La comprensión de la relación entre cultura jurídica interna, procedimiento penal y comportamiento práctico de los actores jurídicos es fundamental para evaluar el funcionamiento de la administración de justicia y los niveles de legitimidad social del sistema en general; véase JACOB, Herbert, et al.: *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. Yale University Press, New Haven / Londres, 1996.

perito, logramos maximizar las prerrogativas que a los litigantes se le entregan en el nuevo modelo⁵.

El adecuado conocimiento de las normas y la utilización de este conjunto de habilidades y destrezas poseen, qué duda cabe, una ventaja para los litigantes; sin embargo, el fin último de ese conocimiento y habilidades está dirigido a mejorar la calidad del sistema de justicia en su conjunto, pues la calidad de la litigación redundará en una mejoría de los fallos y resoluciones de los jueces orales y de garantía, generando una jurisprudencia más contundente y sustantiva y con ello un mejor sistema de justicia.

El conocimiento que deben adquirir todos quienes desean intervenir en el nuevo sistema procesal penal supone, asimismo, un cambio profundo en las metodologías de aprendizaje, las que tienden a variar desde la enseñanza pasiva y teórica a formas que incorporan juego de roles, simulaciones, aprendizaje interinstitucional, entre otros. Es precisamente a través de estas nuevas herramientas de entrenamiento, educación y formación que puede comprenderse y aprovecharse de manera estratégica la función de muchas de las normas consagradas en el Código Procesal Penal (C.P.P.). En efecto, a partir de la simulación de audiencias y de juicios es posible observar la pertinencia y aplicación de las normas, permitiendo, asimismo, dar claridad sobre los sentidos y fines de las mismas.

Resulta fundamental para la correcta aplicación y aprendizaje del Derecho Procesal Penal que las escuelas de Derecho den un giro metodológico a su modelo tradicional de enseñanza, haciéndose cargo de los nuevos paradigmas. La ausencia de estos elementos importará una falta de comprensión de los principios que subyacen al nuevo formato adversarial, produciéndose una asimilación procesal parcial, incompleta y tradicional, que históricamente ha sido incapaz de hacerse cargo de los sentidos propiamente estratégicos del Derecho Procesal Penal, como sede del tratamiento estatal de las garantías ciudadanas o como expresión de un Derecho Constitucional aplicado.

⁵ Para una mirada general de la estructura general del nuevo sistema procesal penal, desde la óptica de las necesidades de preparación de los litigantes, véase BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio: *Litigación Penal en Juicios Orales*. Universidad Diego Portales, Santiago, 2ª edición, 2001, en especial pp. 23-36.

2. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO

El principal objetivo de este texto es explicar las técnicas y destrezas que los litigantes han de considerar al momento de intervenir ante los tribunales del nuevo sistema procesal penal, tanto en sede de garantía como ante el tribunal oral. Los resultados que acá se presentan han sido elaborados considerando la experiencia y aportes del trabajo del equipo de profesores que imparten docencia procesal penal en la Universidad Alberto Hurtado⁶, sea a nivel del pregrado o en las distintas versiones de los Diplomados (patrocinado en sus últimas versiones por la Universidad de Loyola-Chicago) y en los distintos cursos de capacitación en destrezas orales ofrecidos a jueces, fiscales, defensores y operadores jurídicos en general, entre los años 2000 y 2004.

En el primer capítulo se explica una de las piezas fundamentales que todo abogado que participa en el nuevo proceso penal ha de tener en cuenta: el proceso de construcción de su *teoría del caso*, para narrar los hechos que ocurrieron al tribunal. La teoría del caso se comienza a gestar desde el primer día en que se conocen los hechos, para irse preparando mediante un proceso diacrónico durante toda la fase de investigación, hasta su formulación ante el tribunal oral en lo penal. Una buena teoría del caso debe ser única, autosuficiente, simple y verosímil. La teoría del caso permite asimismo ordenar una investigación, guiar las pesquisas policiales, evaluar el nivel de madurez de un caso para ser llevado a juicio, así como detectar los elementos faltantes para cerrar una inves-

⁶ El Equipo de Litigación de la Universidad Alberto Hurtado se encuentra integrado por Rafael Blanco (Director del Diplomado Reforma Procesal Penal), Héctor Carreño (Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel), Mauricio Decap (Profesor de Litigación), Eduardo Gallardo (Juez de Garantía), Héctor Hernández (Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal), Joanna Heskia (Profesora de Litigación), Leonardo Moreno (Defensor Regional de Santiago), Juan Ángel Muñoz (Juez de Garantía), Hugo Rojas (Profesor de Resolución de Conflictos y Negociación), Roberto Rosenthal (Profesor de Negociación), Raúl Tavorari (Profesor Asociado de Derecho Procesal Penal y co-autor del nuevo Código Procesal Penal), Antonio Ulloa (Juez de Garantía), Mirtha Ulloa (Jefa de la Unidad de Evaluación de la Gestión, de la Fiscalía Metropolitana Centro), Jorge Sáez (Juez de Garantía), Ángel Valencia (Fiscal de la Zona Sur de Santiago), Manuel Antonio Valderrama (Fiscal de la Corte de Apelaciones de Coyhaique), Alejandro Vera (Juez de Garantía) y Mauricio Zelada (Profesor de Negociación). También han colaborado con el equipo, en calidad de profesores invitados James Carey, William Elward, Richard Hutt y Patricia Sudendorf (todos profesores de Litigación de la Universidad Loyola-Chicago y del National Institute of Trial Advocacy-NITA), Enzo Anselmo (Profesor de Psicología), Gustavo Harcha (Perito Criminalístico y Mayor de Carabineros de Chile), David Montoya (Médico Cirujano y Perito Legista del Servicio Médico Legal), y Marcelo Sanfeliú (Fiscal Jefe de La Serena).

tigación, entre otros aspectos. La teoría del caso se desagrega entre las distintas proposiciones fácticas o afirmaciones de hechos que logran satisfacer de modo directo o indirecto los elementos de la teoría jurídica, esto es, los distintos elementos del tipo penal que se intenta acreditar o de la teoría jurídica de la defensa. A modo de ejemplo, se puede pensar que la teoría del caso de la defensa puede ser la fuerza irresistible, la legítima defensa o bien una defensa negativa que se sostiene únicamente en la afirmación de la inocencia. A su turno, cada proposición fáctica debe ser acreditada mediante el uso de evidencias, las que pueden ser directas, indiciarias, afirmativas, de refutación, explicativas, de credibilidad, emocionales, etc. El uso de proposiciones fácticas permite asimismo guiar la formulación de preguntas directas en los interrogatorios de los testigos/peritos propios, por lo que puede señalarse que la utilidad que presta representa un paso estratégico fundamental en la lógica del nuevo modelo, razón por la cual se dedica el primer capítulo a esta estructura, que bien podemos definir como un apoyo metodológico fundamental y que, por lo mismo, representa para muchos el sentido común organizado en la litigación.

En el segundo capítulo se describen las recomendaciones a tomar en consideración al momento de participar o intervenir en cualquiera de las audiencias posibles ante el juzgado de garantía durante las etapas de investigación e intermedia. Así, se pasa revista a las audiencias de control de detención, de formalización, de salidas alternativas, de preparación del juicio oral, entre otras posibilidades, incluyendo por cierto algunos procedimientos especiales que pueden tener lugar ante el juez de garantía (procedimiento simplificado, abreviado, monitorio). Esta parte está destinada a proveer información sobre las prácticas instaladas, la interpretación de algunas normas de mayor relevancia del C.P.P. y relevar algunas de las posiciones jurisprudenciales más importantes de cara a los temas que son debatidos en las distintas audiencias.

En el tercer capítulo se analizan con detención las técnicas de litigación ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, partiendo por las recomendaciones para preparar y formular los alegatos de apertura, luego se explicitan las destrezas para interrogar a testigos y peritos, formular las objeciones oportunas y convenientes, y hacerse cargo de la posibilidad de dañar la teoría del caso de la parte contraria al momento de contrainterrogar, para terminar con las características de un buen alegato de clausura.

Anticipamos desde ya que en la sección referente al alegato de apertura (tanto del fiscal como del defensor) se propone que la narración sea lo más clara y breve posible, y destinada a precisar las principales proposiciones fácticas que se intentará demostrar en el juicio, para cerrar con las peticiones concretas que se formulan al tribunal –por ello se sugiere no caer en tecnicismos legales ni en debates doctrinarios–, pues lo que en verdad le interesa conocer a los jueces en ese momento es la “promesa” que cada parte le hace sobre lo que demostrará en el juicio, el contenido de la teoría del caso, los hechos principales, el contexto y las personas que se han visto involucradas. El litigante se transforma en un narrador, y como tal debe hacer uso de las técnicas de comunicación oral que le son inherentes y que forman parte de su estilo propio al formular los mensajes. En ocasiones el relato tendrá que ser cronológico, en otros temático, en otras oportunidades quizá convenga enfatizar las consecuencias de los hechos, o bien, de las dudas que impiden resolver más allá de toda duda razonable.

Respecto del examen directo de los testigos propios, la literatura especializada insiste en partir acreditando al testigo que se presenta. Recordemos que en este nuevo sistema no existe la tacha de los testigos/peritos, de modo que hay que destinar los primeros minutos para legitimar al testigo, hacerlo sentir cómodo, lograr que el tribunal se forme una opinión favorable de su persona. Las preguntas deben ser claras, precisas, formuladas en un lenguaje que no permita equívocos ni que confunda al testigo/perito. En ningún caso se pueden aceptar preguntas sugestivas en el examen directo, las que serán objetadas por la contraparte. Por otra parte, existen técnicas especiales para incorporar evidencias materiales, v. gr., el arma en el delito de homicidio, o la blusa ensangrentada, y que exigen de absoluta precisión por parte del litigante.

En cuanto al contraexamen, se sugiere formular preguntas sugestivas, cerradas, precisas, acotadas, que exijan a la persona que responde limitarse a afirmar o negar lo que se le pregunta. Como se trata de testigos presentados por la otra parte, se considera un grave error reiterar las preguntas del examen directo o utilizar preguntas abiertas que impidan el control sobre el testigo o perito. También es una pésima estrategia preguntar por qué cuando no se conoce la respuesta, o solicitar explicaciones innecesarias que lo único que pueden hacer es afectar la teoría del caso propia.

Por último, el alegato de clausura es una oportunidad para sistematizar los hechos probados o no probados y que tienen incidencia en el potencial resultado del caso. Un buen alegato de clausura debe estar conectado con la promesa instalada en el alegato de apertura, debe ser igualmente claro, verosímil, creíble, utilizando la prueba rendida como referente de toda afirmación y conclusión del alegato.

3. ADVERTENCIA-INVITACIÓN PRELIMINAR

Estamos convencidos que el nuevo sistema es tremendamente exigente, lo que viene refrendado por la existencia de nuevas normas, destrezas y lógicas de litigación, sumado a la necesidad de conocimiento exhaustivo de los hechos del caso y a la traducción de los mismos en la matriz de la teoría del caso. Es por ello que la responsabilidad del litigante al momento de asumir una representación profesional exige tomar en cuenta los requerimientos de que da cuenta el presente documento como una cuestión básica y fundante.

Este texto es una guía práctica susceptible de ser perfeccionada, pero útil de cara a las exigencias anotadas para todo profesional interesado en la litigación estratégica y en sacar el máximo de provecho a sus habilidades persuasivas⁷.

⁷ Como se puede apreciar, en este texto sólo se revisa con exhaustividad el conjunto de técnicas y destrezas que se pueden sugerir a los litigantes al momento de intervenir ante los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal. En una próxima ocasión se aspira a ofrecer una visión panorámica de las destrezas de litigación que, en concomitancia con el nuevo proceso penal, pueden ser desplegadas ante los tribunales superiores de justicia.

CAPÍTULO I

PREPARACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

4. IDEAS MATRICES DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

El diseño del nuevo sistema procesal penal se apoya en la idea de un modelo acusatorio que contempla una fase de investigación informal, a cargo de un órgano de naturaleza administrativa denominado Ministerio Público, que cumple la función de representar el interés de la comunidad en la persecución del delito. En contrapartida, se ha creado un sistema de defensa penal que intenta satisfacer la exigencia constitucional de proveer un abogado que represente en forma profesional y oportuna los intereses del imputado en un proceso, por la vía de homologar en el ámbito de la defensa pública, las exigencias que un particular establece respecto de un abogado privado.

La fase de investigación se constituye en el espacio en el que estos dos actores, Ministerio Público y defensa, despliegan estrategias para revelar paulatinamente sus puntos de vista y el conjunto de antecedentes que respaldan sus posiciones, hasta llegar al juicio oral –oportunidad en la que encontrarán a un tercero situado en condiciones de imparcialidad y que resolverá el conflicto penal. Se contempla en la fase de investigación un conjunto de formas alternativas de resolución de conflictos –entre las que destacan la suspensión condicional del proceso y el acuerdo reparatorio– que permiten poner fin a un proceso antes de llevar el mismo al juicio oral⁸.

⁸ Mayores antecedentes sobre el nuevo sistema procesal penal en BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio: *Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*. CEJA, Universidad Diego Portales, Santiago, 2003; BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio: *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*. CEJA, Universidad de Chile / Universidad Diego Portales, Santiago, 2002; CAROCCA, Alex, et al.: *Nuevo Proceso Penal*. ConoSur, Santiago, 2000; CHAHUÁN, Sabas: *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. ConoSur, Santiago, 2001; DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián: *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, T. I. Universidad Diego Portales, Santiago, 2002; HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I:

También se han diseñado mecanismos tendientes a racionalizar la persecución penal, permitiendo archivar o no investigar aquellos ilícitos en los que no es posible contar con antecedentes mínimos de investigación o bien aquellos en que por su baja lesividad no existe un interés público comprometido.

5. TEORÍA DEL CASO. ASPECTOS CONCEPTUALES

En el sistema inquisitivo que rigió en Chile, la litigación se vio seriamente desmedrada por el diseño y lógica propia de un modelo poco respetuoso de la transparencia y de la participación activa de las partes, al punto de despreciar el debate directo y público como método de interacción entre los actores del sistema de justicia, dejando las expectativas a merced de la buena voluntad de un juez que concentraba las atribuciones de investigación, acusación y juzgamiento, en un marco de ritualidades que privilegiaba la escrituración, y por la existencia de sistemas de relatorías intermedias que en los tribunales superiores se ejercían por personas que asumieron la tarea de intermediar en el conocimiento de los hechos y transmitirlos al tribunal.

El diseño del nuevo sistema se hizo cargo de las críticas formuladas por la opinión pública y los expertos en la materia⁹, logrando la

Continuación nota ⁸

Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002; HORVITZ, María Inés: "Relaciones Policía-Ministerio Público en el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Desafíos y Propuestas", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCVI, Santiago, 1999; HORVITZ, María Inés: "Ministerio Público y Selectividad", en *Revista Pena y Estado*, 2, 1997; PEÑA, Carlos: "¿Estimular los Mecanismos Alternativos?", en *Sistemas Judiciales*, 2, CEJA, Santiago, 2002; TAVOLARI, Raúl: "Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Chileno", en *El Proceso en Acción*. Editorial Libromar, Santiago, 2000; HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II: La etapa intermedia o de preparación de juicio, la prueba, la etapa del juicio oral, los recursos, los procedimientos especiales, ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad, la acción civil en el proceso penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004; TIEDE, Lydia B.: "Committing to Justice: An Analysis of Criminal Law Reforms in Chile", en *CILAS Working Papers*, N° 22, Center for Iberian and Latin American Studies, University of California - San Diego (21 de julio de 2004).

⁹ En el proceso de gestación de la reforma destacaron, además del Ministerio de Justicia, entidades como Corporación de Promoción Universitaria, Fundación Paz Ciudadana, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Fundación Konrad Adenauer, Embajada de Alemania, Embajada de Estados Unidos de América, y un grupo reducido de Escuelas de Derecho.

generación de un proceso penal que fuera capaz de conceder a las partes los roles de acusación y defensa y, por tanto, la activación de las estrategias y adopción de conductas mucho más persuasivas ante los tribunales imparciales. Podría decirse, entonces, que el proceso penal y el juicio oral representan un escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia. Esta competencia de relatos discurre sobre el eje de la inmediación, esto es, los relatos son realizados directamente ante quien tiene la atribución y función de dirimir el conflicto entre partes, o dicho de otra forma, el conflicto de relatos entre partes.

El juicio oral es por excelencia la sede en la cual se despliegan los relatos en competencia, sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes del juicio. Sin embargo, en cada audiencia de la fase de investigación se propende el mismo estilo de debate oral donde las partes –sobre la base de argumentaciones y antecedentes– intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.

Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc.

A su turno, la defensa desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente. El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.

De lo que no cabe duda es que el abogado litigante es un narrador, que recurre ante el tribunal para contarle de manera más persuasiva la historia de su cliente, de modo que se ofrezca una opción razonable al juez como para que la repita al momento de resolver la controversia.

Lo señalado en los párrafos precedentes importa para sostener que las pretensiones de las partes en un proceso penal deben ir premunidas

de un elemento fundamental: una idea central o teoría explicativa sobre lo que ocurrió. En definitiva, una idea transformada en relato, que intentará dar cuenta de un hecho, omnicomprendensiva, autosuficiente, única y verosímilmente.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso” (*theory of the case*¹⁰); expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la *idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.*

La preparación de las actuaciones de cada parte en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral debe ir precedida necesariamente de la determinación de una versión central sobre lo que ocurrió, lo cual se hace construyendo una teoría del caso que relata hechos a través de una determinada hipótesis jurídica (o teoría jurídica¹¹).

Lo que el litigante experto debe hacer es dejar a un lado la abstracción de lo normativo para asociar los elementos del tipo a los hechos

¹⁰ MAUET, Thomas A.: *Trial Techniques*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., Gaithersburg / New York, 5ª edición, 2000. “Una teoría del caso es una clara y simple historia sobre lo que ‘realmente sucedió’ desde su propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron... Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio. Si Ud. no es capaz de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo.”, op. cit., p. 24. Complementar con MAUET, Thomas A.: *Pretrial*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 4ª edición, 1999, p. 93.

¹¹ Al hablar de teoría jurídica hacemos referencia a la figura legal que se intentará acreditar. Por ejemplo, la teoría jurídica del fiscal o del querellante será la comisión de un delito de violación, o de un delito de robo con violencia, o un fraude, etc., dependiendo de los hechos respecto de los cuales ha tomado conocimiento. Para el defensor penal, la teoría jurídica puede estar constituida por una causal de exculpación, de justificación, por una eximente incompleta u otra. Lo importante es que el litigante debe transformar la versión normativa de los hechos en una teoría del caso que le facilite la explicación y narración de las proposiciones fácticas para lograr vencer en el juicio.

ocurridos, para lo cual debe individualizar las afirmaciones de hecho (o proposiciones fácticas) que permitan satisfacer los elementos que componen la teoría jurídica de que se trata, sin descuidar el análisis de la evidencia que se utilizará para respaldar cada afirmación de hechos.

Este conjunto de acciones debe permitir expresar una idea o hipótesis central unívoca, sencilla de explicar y repetir; debe resultar autosuficiente y lo más omnicomprendensiva posible, de manera de influir en el tribunal para que se forme una impresión de lo que aconteció y arribe a las mismas conclusiones que el litigante le sugiere.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso posee algunas notas distintivas que pueden ser presentadas como rasgos a ponderar al momento de construir y optar por una teoría del caso definitiva. Nuestra visión es que toda teoría del caso debe caracterizarse por ser: a) única; b) autosuficiente; c) verosímil, y d) asociada a un valor y/o bien jurídicamente relevante.

a) Única

Esta idea responde a que en el nuevo sistema, y por una cuestión de simple lógica, el litigante debe presentar una versión determinada de los hechos a objeto de explicarlos y dotarlos de consistencia argumentativa. En otras palabras, el litigante no puede presentar varias alternativas o versiones acerca de los hechos, más bien debe presentar una versión única, por lo que deben ser desterradas las peticiones subsidiarias.

La idea de una versión única que logre dotar de coherencia al conjunto de los hechos viene exigida por diversas razones, entre las que podemos listar las siguientes:

1. No resulta creíble una historia que es presentada con versiones alternativas. No es confiable que un litigante postule que su representado no estuvo en el lugar donde se cometió el crimen y al mismo tiempo señale que, en subsidio, debe entenderse que actuó en legítima defensa.

2. No es posible que un mismo litigante presente determinados testigos que acrediten una historia, para luego incorporar las declaraciones de otros testigos que narren otra versión de los hechos.

A la luz del procedimiento penal chileno, estas aseveraciones requieren ser matizadas. En el evento que los miembros del tribunal oral en lo

penal soliciten a los litigantes que debatan sobre una eventual recalificación de los hechos del juicio, cuestión que podría ocurrir antes de los alegatos de clausura, quienes deben definir la estrategia que asumirán frente al llamado del tribunal, pudiendo: 1) insistir con su posición inicial, o 2) intentar acomodar su versión a la propuesta del tribunal. Nuestra sugerencia es insistir con la versión planteada desde el inicio del juicio, y sólo si fuera posible intentar subsumir la recalificación enunciada por el tribunal dentro de la teoría del caso inicialmente defendida. Esta es una recomendación que tiene especial sentido para el Ministerio Público, pues parece coherente y persuasivo que frente a un llamado a recalificar, el litigante se esfuerce aún más por destacar las fortalezas de la versión y calificación jurídica planteada al inicio del juicio, focalizándose en aquellos elementos que marcan la diferencia entre la insinuación del tribunal y su propia teoría.

A modo de ejemplo, si el fiscal del Ministerio Público ha planteado como teoría jurídica el robo con violencia, y el tribunal invita a una recalificación jurídica por estimar que podría haber robo por sorpresa, resulta coherente intentar señalar que los hechos de todas formas dan cuenta de una acción furtiva y sorpresiva por parte del acusado, pero que ello sería aceptable únicamente si no se tomaran en cuenta otros elementos que son los que marcan la diferencia, focalizándose desde ese momento, en los otros hechos que a juicio del fiscal permiten estimar que el robo es con violencia, utilizando la mayor parte del tiempo para relevar aquellos dichos de los testigos y la víctima que dan cuenta precisamente de la violencia que se intenta acreditar.

En el caso de la defensa, los problemas de la teoría del caso única dicen relación con la existencia de una audiencia eventual de determinación de la pena (345 C.P.P.)¹². Ello obliga al defensor a estar atento a la intensidad de los argumentos que dará a conocer sobre el fondo del asunto durante el juicio, pues podría incurrir en el error de omitir información relevante a la hora de tener que discutir la pena; razón por la cual en la práctica muchos defensores presentan todos los argumentos en la misma audiencia del juicio oral, y más específicamente en el discurso de clausura. Lo señalado anteriormente supone entonces que

¹² La redacción actual del art. 345 C.P.P. ha generado problemas prácticos de litigación, y en particular desde el punto de vista de la defensa, por lo cual resulta recomendable su discusión y revisión, aunque manteniendo su carácter excepcional.

frente a una estrategia de defensa positiva donde se sostenga la inocencia del acusado, deberá presentarse en forma subsidiaria el conjunto de eximentes incompletas o atenuantes que concurren para el eventual caso que se dicte sentencia condenatoria.

La única forma de obviar este dilema es conversar al inicio del juicio con el juez para definir con anterioridad si existirá una audiencia de determinación de pena y según eso decidir si se alegarán en la clausura las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, aun cuando ellas resulten poco coherentes con la petición principal del defensor presentada en el juicio.

Debe recordarse que el defensor que piensa valerse de una determinada circunstancia atenuante debe presentar durante el desarrollo del juicio los hechos en que basa, como presupuesto material, la existencia de la atenuante que se invoca, dejando para el discurso de clausura o para la audiencia de determinación de pena la argumentación jurídica sobre la misma circunstancia. Asimismo, debe recordarse que de conformidad a una modificación legal reciente, es posible acompañar directamente a la audiencia de determinación de pena el informe presentencial que ayuda al tribunal a definir la pena en caso de condena¹³.

b) Autosuficiencia

Esta característica de la teoría del caso apunta a que la versión o idea central que el litigante entregue en las distintas audiencias de la fase de investigación debe ser capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes que no pueden ser explicadas por esa versión o teoría central.

Resulta necesario que la teoría del caso tenga la capacidad de dotar de lógica y sentido al conjunto de los hechos que rodean un caso, permitiendo presentar la idea central con alto nivel de consistencia y evitando que la contraparte dañe esa coherencia interna con hechos que no somos capaces de explicar a partir de la teoría del caso seleccionada. Debe el litigante esforzarse por conocer exhaustivamente los hechos y analizar el conjunto de las pruebas para reforzar todos los ángulos y explicaciones del caso, trabajando aun los detalles que parecen marginales, a objeto de evitar la existencia de los denominados cabos sueltos

¹³ Ver modificación introducida al art. 15, letra c, de la ley N° 18.216 por la ley N° 19.806.

o hebras de una historia que parecen no guardar relación con la tesis central asumida.

A modo de ejemplo podemos señalar que si la víctima de una violación decide posteriormente salir de viaje con el supuesto violador, es evidente que el fiscal tendrá que destinar tiempo y esfuerzo para encontrar una razón que haya justificado el comportamiento de la víctima, e integrar ese hecho en el conjunto del relato para que posea sentido, de cara a la imputación criminal y al nivel de verosimilitud del hecho mismo.

c) Verosimilitud

Otro aspecto que debe ser tenido en consideración al momento de formular la teoría del caso es que ésta debe ser planteada en términos simples, utilizando en su configuración reglas elementales de la lógica, conocimientos científicamente afianzados, y/o máximas de la experiencia adquirida por cualquier ciudadano. De lo que se trata, en definitiva, es que los jueces sean capaces de entender, retener y asimilar la idea central que da sentido al conjunto de los hechos, razón por la cual el proceso de aceptación debe estar rodeado de elementos de convicción que faciliten la asimilación y toma de posición del juzgador. Ello se verá facilitado en la medida que los hechos narrados sean posibles de reconducir a la experiencia cotidiana y general de la gente, a argumentaciones que tengan un desarrollo causal y que incluso están avalados por conocimientos científicos generales, todo lo cual contribuirá a dotar de plausibilidad y razonabilidad al relato que se intenta acreditar.

e) Asociación a un valor y/o bien jurídico

Cada vez que elaboramos el relato constitutivo de nuestra versión de los hechos, debemos realizar esfuerzos por vincular nuestro caso con algún valor o un bien jurídico involucrado en la resolución del caso. Pensemos en una hipótesis de violación: podremos incorporar a nuestros discursos de apertura y clausura una alusión a la indemnidad sexual o a la autodeterminación sexual, dependiendo de la edad de la víctima. Lo mismo podremos hacer ahora desde la perspectiva de la defensa cuando estemos, por ejemplo, frente a un claro tema de discriminación racial, social o de otra naturaleza; de nuevo incorporaremos en nuestros alegatos una referencia a este elemento, que nos permite en definitiva entregar al juzgador otro punto de vista o razón para favorecer nuestra

teoría del caso al dictar su resolución. En efecto, de lo que se trata es de entregar al juzgador otros elementos, valores o bienes jurídicos reconocidos por la sociedad en su conjunto, que se encuentran en juego en el caso que ellos deben resolver, entregándoles con ello una razón adicional fundada en nuestras creencias y convicciones como sociedad para fallar en nuestro favor.

7. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO. USO DE PROPOSICIONES FÁCTICAS

Para respaldar la teoría del caso, se recurre a lo que se denominan “proposiciones fácticas”, esto es, afirmaciones de hecho que satisfacen un elemento legal de la teoría jurídica que se intentará acreditar¹⁴.

En el caso de la fiscalía, lo anterior se traduce en la obligación de acreditar un ilícito determinado, dando cuenta de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal. Desde la perspectiva del órgano acusador, podrá sostenerse que se tiene un caso cuando las evidencias disponibles permitan afirmar cada uno de los elementos del tipo. En este caso se requerirá, a lo menos, una proposición fáctica por cada elemento del tipo penal¹⁵.

La defensa, en cambio, acreditará su teoría jurídica dando cuenta de los elementos que conforman una legítima defensa, v. gr., una fuerza irresistible, o cualquier otra causal de exculpación, o bien acreditará elementos que permitan configurar una eximente incompleta de responsabilidad, que sumada a otras circunstancias atenuantes permita disminuir el monto de la pena.

Otra alternativa de la defensa es simplemente acreditar la inocencia a través de una defensa negativa. Desde la óptica de la defensa se podrá sostener razonablemente esta postura en un juicio cuando se tenga a lo menos antecedentes y evidencias que permitan destruir una de las

¹⁴ Al utilizar la expresión “proposiciones fácticas” lo hacemos a partir de las explicaciones de Paul Bergman. Véase BERGMAN, Paul: *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*. Abeledo-Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1995 (versión original en inglés *Trial Advocacy in a Nutshell*, West Publishing Co., 2ª edición, 1989), en especial pp. 21-24. Según Bergman, “las proposiciones fácticas eliminan la distancia entre la historia y la teoría legal..., las proposiciones fácticas nos dicen cuáles son las pruebas que debemos aportar...”, op. cit., p. 24.

¹⁵ La fiscalía debe acreditar los elementos del tipo penal y el conjunto de circunstancias modificatorias de responsabilidad, todo lo cual en conjunto forma parte de la teoría jurídica.

proposiciones fácticas que acreditan uno o más de los elementos del tipo. En otras palabras, para ganar un juicio a la defensa le basta desacreditar las proposiciones fácticas de un elemento del tipo penal, desplegando para ello toda la energía que permita desvirtuar la prueba que sustente la respectiva proposición fáctica. La otra alternativa de la defensa es acreditar los elementos de una teoría jurídica con lógica de defensa positiva, para lo cual deberá contar con evidencia que permita sostener cada una de las afirmaciones de hecho que en su conjunto dan cuenta de la estrategia planteada.

Por último, debe considerarse que existiendo evidencia disponible por parte de la defensa, ésta debe privilegiar una defensa de carácter positiva. Ello resulta una ventaja estratégica, puesto que un relato alternativo que logre sustentarse a través de medios probatorios aspira no sólo a transformarse en la versión acogida por el tribunal sino que, asimismo, tiende a introducir dudas sustantivas respecto de la teoría del caso del fiscal.

Para fijar la teoría del caso que se formulará en el juicio se debe previamente verificar: 1) a qué teoría jurídica se reconducirán los hechos, los que se presentan normalmente desprovistos de una referencia normativa; 2) cuáles proposiciones fácticas son las que sustentan la teoría del caso, y 3) qué evidencias permiten sostener cada una de las referidas proposiciones fácticas.

Las recomendaciones precedentes resultan importantes de atender pues los ilícitos penales o las causales de exculpación responden a formulaciones complejas, abstractas, de carácter general, sin referencia a un caso concreto; de allí la urgencia de traducir dichas formulaciones en hechos concretos, referidos a un caso particular. Para realizar en forma exitosa y sencilla tal ejercicio de transformación, esto es, de traducir las abstracciones en hechos concretos, se recurre a las proposiciones fácticas.

Resulta importante destacar la utilidad que prestan a los litigantes las proposiciones fácticas, entre las que destacan las siguientes:

1. Las proposiciones fácticas constituyen una forma de resolver la distancia entre una teoría jurídica por naturaleza abstracta y un mero relato de hechos.
2. Las proposiciones fácticas permiten dirigir una investigación, relevando o evidenciando los aspectos faltantes para contar con una teoría del caso terminada y afinada para ser acreditada en juicio.
3. Las proposiciones fácticas contribuyen a esquematizar las presentaciones que las partes realizarán en el juicio oral.

4. Las proposiciones fácticas permiten ordenar la presentación de la evidencia, según un correlato temático o cronológico de los hechos que deben ser probados para dar por acreditado cada elemento del tipo.

5. La utilización de proposiciones fácticas es una ayuda para medir el posible resultado de un juicio, toda vez que el litigante podrá levantar frente a cada afirmación de hecho las posibles evidencias que permitirán probar cada uno de los elementos del tipo de un ilícito criminal.

Ejemplo de plantilla de teoría del caso (a ser llenada por el litigante).

Versión de los Hechos	Teoría Jurídica	Proposiciones Fácticas	Evidencia o Antecedentes	Clasificación Evidencias	Orden de Presentación	Debilidades

8. DIFERENCIAS EN EL USO DE PROPOSICIONES FÁCTICAS ENTRE FISCALÍA Y DEFENSA

Si bien la dinámica del juicio oral se produce entre adversarios que sostienen posiciones antagónicas y que, por ende, poseen un relato de los hechos disímiles en todo o parte, no es menos cierto que dicho enfrentamiento se produce sobre la base de un conjunto de reglas que forman parte de los principios básicos del sistema procesal penal, y que tornan diferente la posición de la fiscalía y de la defensa en el uso de las proposiciones fácticas.

El órgano de persecución penal debe probar los cargos que formula en contra de la persona acusada, la que se presume inocente hasta que la fiscalía no demuestre lo contrario y un tribunal se pronuncie condenándola en base a las evidencias que la fiscalía presente. La carga de la prueba corresponde al órgano acusador y no a la defensa, pudiendo esta última, en atención a los principios probatorios enunciados, limitarse a realizar una defensa negativa, esto es, rechazando la acusación de la fiscalía¹⁶.

¹⁶ Buenos ejemplos sobre las diferencias entre las estrategias de la fiscalía y la defensa pueden encontrarse en KURLAND, Michael: *How to Try a Murder Case. The Handbook for Armchair Lawyers*. MacMillan, Nueva York, 1997.

Lo señalado precedentemente, desde el punto de vista del uso de proposiciones fácticas, supone que a la defensa podría llegar a bastarle el hecho de concentrar sus fuerzas y atacar una sola de las proposiciones fácticas de la fiscalía para ganar un caso, si ella fuere la única que sostiene el elemento del tipo; en circunstancias que tratándose de la fiscalía, ésta debe probar cada proposición fáctica que corresponde a cada uno de los elementos del tipo que constituyen el ilícito criminal, debiendo siempre que ello fuere posible, tener más de una evidencia de respaldo para dar por acreditado ese elemento del tipo penal.

En la eventualidad de una competencia abierta de relatos antagónicos entre fiscalía y defensa, por ejemplo, cuando la defensa plantea una defensa positiva, si bien cada parte se esforzará en dar por acreditados los relatos a través de las proposiciones fácticas y el uso consecuencial de la evidencia para respaldar cada proposición, no es menos cierto que en el marco de tal competencia la fiscalía debe superar el estándar que la ley exige al tribunal para condenar a una persona, cual es que el tribunal adquiera una convicción más allá de toda duda razonable de que el acusado merece ser condenado.

La defensa podría ganar el juicio aun sin lograr acreditar su teoría del caso, pues es la fiscalía la llamada a probar su versión de los hechos. Por otra parte, si la defensa plantea una teoría del caso alternativa y no logra acreditarla, pueden producirse puntos a favor de la fiscalía, aunque ello no la releva de tener que acreditar su propia teoría.

9. SUGERENCIAS EN LA GENERACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

En base a lo señalado en los apartados precedentes y más allá de las herramientas metodológicas que auxiliarán los planteamientos de las partes, podemos afirmar que el trabajo del abogado en el juicio consiste en narrar y persuadir. Narrar como medio y persuadir como objetivo¹⁷. Para desempeñarse como un persuasivo narrador en un juicio, la teoría del caso se constituye en los pilares o ejes del trabajo a desarrollar. Una mala teoría del caso afecta las posibilidades persuasivas del litigante.

¹⁷ Para un fortalecimiento de las tácticas de persuasión ante los tribunales, se recomienda la revisión de NAPLEY, Sir David: *The Technique of Persuasion*. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 1991.

Dado que el trabajo de preparación de la teoría del caso es un ejercicio diacrónico que se actualiza a medida que se va recopilando la información¹⁸, se requiere de la realización de las siguientes acciones previas a la participación en el juicio mismo¹⁹:

a) Análisis detallado de los hechos: conocer en forma completa las diversas aristas de los hechos que motivan el juicio.

b) Análisis de la forma en que los hechos calzan o no en una determinada hipótesis jurídica, esto es, análisis acerca de la forma en que pueden enmarcarse los hechos en un tipo penal.

c) Desglosar el tipo penal en los elementos que lo configuran, para luego traducirlos en proposiciones fácticas.

d) Definir la evidencia que se posee para respaldar cada una de las proposiciones fácticas.

e) Debemos identificar el valor y/o bien jurídico central involucrado en el caso. Es lo que en la doctrina comparada se denomina “el tema” del caso.

f) Debemos elaborar el “lema” de nuestro caso, esto es, una frase breve que identifique de manera clara la cuestión central debatida en este caso. Se trata, por decirlo en palabras sencillas, de elaborar una suerte de titular periodístico o cuña que resuma en pocas palabras el caso que presentaremos al tribunal. Este lema debe ser utilizado por el litigante cada vez que pueda en sus intervenciones verbales ante el tribunal, particularmente al inicio y al término de sus alegatos de apertura y clausura.

g) Análisis pormenorizado de los relatos que los testigos de tales hechos realizan (tanto los testigos propios como los de la contraparte).

h) Análisis detallado de los relatos que los peritos del caso realizan (tanto los peritos propios como los de la contraparte).

i) Análisis de otras evidencias que sirvan de fundamento a las posiciones propias y a la de la parte contraria.

j) Revisión sobre la licitud de la prueba que se desea disponer en el juicio.

¹⁸ El límite para la formulación definitiva de la teoría del caso de la fiscalía está dado por la formulación de la acusación. En el caso de la defensa, la formulación definitiva de su teoría puede tener lugar hasta la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, sin perjuicio de la posibilidad de renunciar a su prueba y plantear una mera defensa negativa en el juicio.

¹⁹ A medida que se van enunciando, se recomienda respetar el siguiente orden: a), e), f), g) [b), c), d)], h), i), j), y k).

k) Determinación de las peticiones que se realizarán en el juicio y los antecedentes con que se cuenta para respaldar tales planteamientos.

l) Determinación de las peticiones que se realizarán en el juicio por la parte contraria y los antecedentes con que dicha parte cuenta para respaldar sus planteamientos.

m) Posición que se adoptará frente a los argumentos de la parte contraria y elementos o antecedentes que se utilizarán para rebatir tales argumentaciones.

Del análisis que se realice de los elementos precedentes es que se podrá fijar la teoría del caso que la parte sostendrá en el juicio y construir la estrategia a seguir (no sólo en tribunales, sino que también en el trabajo interno y eventualmente a través de los medios de comunicación)²⁰. Una vez definida tal teoría se deberá identificar lo que cada elemento de esa construcción aportará, por ejemplo, lo que cada testigo deberá relevar, lo que cada perito deberá presentar, lo que cada objeto o documento podrá aportar, todo lo cual deberá presentarse en una determinada secuencia (v. gr., cronológica, lógica, temática, etc.), cómoda para el receptor de los mensajes.

10. RECOMENDACIONES PARA EL JUICIO ORAL

Habiéndose fijado la fecha para la audiencia del juicio oral, se propone que cada una de las partes revise con detención:

a) Las declaraciones previas de los testigos propios que se presentarán en el juicio, para relevar los puntos de tales declaraciones que contribuyan a la teoría del caso.

b) Las conclusiones de los informes de peritos que se presentarán, para que los peritos efectivamente releven los aspectos y conclusiones de sus informes que resultan importantes para la teoría del caso de la parte que los presenta.

c) Los aportes de los objetos, materiales y otros documentos que se quieren enseñar en el juicio, para respaldar la teoría del caso de la parte que los presenta.

²⁰ En la adopción de una estrategia, adaptar al ámbito jurídico las lecciones de MINTZBERG, Henry, QUINN, James Brian: *El Proceso Estratégico. Conceptos, Contextos y Casos*. Prentice Hall, 2ª edición, México, 1993.

Asimismo, puede resultar necesaria la utilización de elementos visuales de apoyo, que aun cuando no constituyen prueba, tienden a facilitar la comprensión de lo declarado (v. gr., diagramas, animaciones computacionales, objetos, etc.)²¹.

d) El orden en el que se irán presentando las evidencias en el juicio oral, para asegurar que dicho orden sea coherente y ayude a la presentación de la teoría del caso. Por ejemplo, puede ser útil que un testigo informe al tribunal sobre el sitio del suceso, para que después otro testigo relate los hechos ocurridos.

e) El cumplimiento de los elementos fundamentales de la teoría del caso, analizando si su exposición se logra a través de un relato sencillo, autosuficiente, autoexplicativo, creíble, lógico, coherente y repetible, entre otros aspectos, pues de ello depende el éxito que se tendrá en el desarrollo del juicio.

Un aspecto central que siempre es objeto de análisis y comentarios dice relación con la veracidad y buena fe en la presentación de las evidencias y, por tanto, en la fijación de posiciones de la parte en el juicio.

A este respecto cabe señalar que la verdad y la buena fe no sólo son reclamadas como un imperativo ético, sino que también como una consideración estratégica del litigante. En el marco de un sistema contradictorio, adversarial, donde las evidencias van a ser sometidas a un test de prueba-error, en el cual cada declaración va a ser analizada por parte de quien la presenta como también por parte del adversario, el prestigio y la credibilidad de los litigantes se encuentran mucho más expuestos ante la comunidad (jurídica) que en el anterior sistema.

En atención a consideraciones estratégicas, éticas y eventuales responsabilidades penales, es inaceptable que el litigante falsee, manipule o tergiverse los hechos –y los antecedentes que los sustentan– a ser presentados en un juicio oral.

Como complemento de lo anterior, y desde una perspectiva estratégica, existe una alta probabilidad que la contradicción e inconsistencia entre las declaraciones o explicaciones de testigos o peritos en el juicio queden de manifiesto, todo ello en razón de las reglas de la litigación adversarial, y en especial de la modalidad de contraexamen,

²¹ Por no tratarse de prueba, los elementos utilizados como apoyo gráfico no requieren ser ofrecidos en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral. Sin perjuicio de lo cual su pertinencia y oportunidad debe ser objeto de discusión en la Audiencia de Juicio Oral, antes de su utilización.

refrescamiento y confrontación de declaraciones en el juicio. En definitiva, se generará en los jueces una mala impresión que será sancionada al momento de resolver.

Por tanto, en el nuevo sistema se produce un cruce deseado entre exigencias éticas y estratégicas.

11. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO DURANTE EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

Durante el juicio oral, la teoría del caso es una guía práctica para:

- a) formular el alegato de apertura; b) desarrollar los exámenes directos de testigos; c) preparar los contraexámenes; d) formular objeciones; e) anticipar los argumentos de la clausura.

a) *Utilidad de cara al alegato de apertura:* Dado que la formulación de la teoría del caso precede a la realización del juicio oral, los litigantes tienen la posibilidad de preparar y ensayar un relato persuasivo y creíble, el que tendrá que ser dado a conocer al momento en que los jueces inviten a las partes a exponer sus alegatos de apertura. Estos alegatos constituyen la primera y mejor oportunidad para los intervinientes de mostrar al tribunal oral sus teorías del caso, los pilares que la sustentan, y las evidencias claves que invitan al tribunal a mirar los acontecimientos desde una perspectiva particular y única.

Como se verá con más detalle en el *Capítulo III*, en la apertura se formulan las promesas sobre lo que se demostrará ante el tribunal, a través de un relato o hipótesis central que intenta presentar los hechos desde una mirada unívoca, creíble, verosímil, y que logra englobar el conjunto de los hechos que serán acreditados en el juicio.

b) *Guía para desarrollar los exámenes directos:* Transcurrido el momento del alegato de apertura, el tribunal oral invita a las partes para que le informen sobre los medios de prueba en los que basan la acusación y la defensa del acusado. El nuevo sistema ha sido más flexible en la presentación de estos medios de prueba, y no habiendo un sistema de tachas, los exámenes directos y los contraexámenes de los testigos y peritos deben ser debidamente preparados.

En el interrogatorio directo las partes que presentan a los testigos y peritos deben esforzarse por dejar en claro cómo el testigo o perito aporta con su relato a la fundamentación de la teoría del caso que la parte

esgrime, relevando aquellos aspectos centrales que representan el aporte más sustancial. En este sentido, lo que guía las preguntas a los testigos son precisamente aquellas proposiciones fácticas que el testigo puede sostener o acreditar con su declaración.

Podemos afirmar, entonces, que los testigos son seleccionados en conformidad a las proposiciones fácticas que se intenta demostrar, razón por la cual las preguntas que se formulan a cada testigo están confeccionadas precisamente para que el testigo responda algo que permita ser la base para probar la teoría del caso de que se trate.

c) Los *contraexámenes* son los espacios de acción en los que mejor se puede dañar la teoría del caso de la contraparte, identificando previamente los puntos concretos de ataque, según la plantilla de la teoría del caso. Como se verá en el *Capítulo III*, el contraexaminador nunca debe caer en la tentación de intentar averiguar información que hasta ese momento no posee, más bien debe sacar a relucir los antecedentes que conoce y que el testigo de la contraparte debe reconocer públicamente en la audiencia, afectando a la parte que lo ha presentado en el juicio. Para lograr fortalecer la teoría propia y afectar la credibilidad o el testimonio del testigo de la contraparte, no sólo se requiere experiencia –por cierto importante–, sino que es recomendable que en la plantilla de la teoría del caso estén individualizadas las inconsistencias que se saldrá a ratificar en el contraexamen a través de preguntas sugestivas y cerradas.

d) Guía práctica para definir, fundar y formular *objeciones* durante el juicio.

e) Guía práctica para identificar los elementos centrales que deberán ser relevados en el *discurso de clausura*, y siempre conforme a la evidencia rendida en el juicio.

12. CLASIFICACIÓN ESTRATÉGICA DE LAS EVIDENCIAS²²

La clasificación que se presenta a continuación ha sido concebida en términos estratégicos. Lo que se busca es ofrecer una guía práctica que

²² Al referirse a las distintas evidencias, esta sección ha sido elaborada tomando como base las explicaciones de Paul BERGMAN, op. cit., pp. 25-34, pero debidamente adaptadas por los autores a los requerimientos de los litigantes en el nuevo sistema procesal penal chileno.

permita sacar mayor provecho a la prueba que se rendirá en el juicio. Esta aproximación permite verificar el modo en que nuestra versión de los hechos puede ser efectivamente respaldada por la evidencia recopilada y, al mismo tiempo, facilitar la correcta organización de la presentación en juicio de cada una de las evidencias, incluyendo los puntos específicos sobre los cuales se consultará a testigos o peritos, y las contribuciones concretas de la evidencia material, etc.

Esta clasificación no pretende sustituir las reglas de regulación de la prueba contenidas en el C.P.P., la que responde más bien a consideraciones de admisibilidad y de recepción, mas no a la forma estratégica que debe adoptar el litigante para aprovechar su contenido y utilidad en la formulación de la versión definitiva de la teoría del caso.

En calidad de complemento útil, y siguiendo el patrón estratégico buscado, diremos que la evidencia puede ser clasificada en las siguientes categorías:

a) Evidencia afirmativa

La evidencia afirmativa es aquella que permite acreditar una determinada proposición fáctica; es la prueba que acredita que un hecho o acción ha tenido lugar en un determinado momento, guardando estricta relación con un elemento del tipo penal. Por ejemplo, si en un caso se cuenta con la declaración de un testigo que afirma haber visto al acusado cuando disparó a la víctima.

Esta afirmación constituye evidencia afirmativa de la siguiente proposición fáctica “el testigo... vio al acusado disparar a la víctima”.

b) Evidencia de refutación

La evidencia de refutación es aquella que intenta destruir, desnaturalizar, o debilitar las evidencias afirmativas de la contraparte. Este tipo de evidencia es presentada con el objeto de desarmar las proposiciones fácticas que están asentadas en la evidencia afirmativa que las soporta. Las evidencias de refutación pueden ser negativas o conclusivas:

1. Evidencia de refutación que tiene por objeto negar la veracidad o exactitud de una determinada proposición fáctica o en general de una declaración. Por ejemplo, un testigo de la defensa señala que la supuesta

víctima de violación estaba enamorada del acusado, refutando la declaración previa de la víctima en la que afirmaba nunca antes haber visto al acusado.

2. Evidencia de refutación que acepta el presupuesto material en el que se basa la proposición fáctica del contrario, o una afirmación del contrario, pero se le indica al tribunal que la conclusión a la que debe arribar es diferente a la que intenta llegar la contraparte. Por ejemplo, un testigo de la defensa ratifica que el acusado era el dueño del arma de fuego, que la tenía en su poder el día de los hechos, que la disparó, que tal disparo lo dirigió a la víctima, pero que tal disparo fue efectuado en legítima defensa, pues la víctima había disparado en primer lugar contra el acusado.

c) Evidencia explicativa

Es aquel tipo de evidencia presentada con el objeto de proveer al tribunal de antecedentes que permitan entender los hechos y acciones del caso de que se trate. Puede consistir en declaraciones de testigos o de peritos, o incluso en documentos u otras pruebas que aportan información, para comprender las motivaciones de una persona, el carácter o las reacciones de un sujeto, las consecuencias de ciertos hechos, etc.

Este tipo de evidencias está destinado a proveer de argumentos al tribunal que pueden ser usados para establecer relaciones lógicas entre las distintas evidencias, dotar de coherencia a una determinada conclusión, y/o consolidar la verosimilitud de un determinado testigo. Por ejemplo, un testigo de la fiscalía que explica al tribunal que entre la víctima del homicidio y el victimario existía una profunda enemistad, dado que el victimario sospechaba que la víctima mantenía una relación amorosa con su mujer. En este caso se requiere de evidencia explicativa para dar a conocer al tribunal las razones por las cuales se habría cometido el homicidio, permitiendo entender la secuencia y el sentido de los hechos, acciones y reacciones de las partes. El testigo que aporta esta información sobre las relaciones entre víctima y victimario, introduce antecedentes que tornan verosímil el hecho que el victimario haya dado muerte a la víctima, fortaleciendo las declaraciones de otros testigos (v. gr., si un testigo de la fiscalía sostiene haber escuchado una discusión entre la víctima y el victimario momentos antes de que se escucharan los disparos).

d) Evidencia de credibilidad

La evidencia de credibilidad es aquella que intenta dar sustento a otra prueba, con el específico propósito de presentarla como verosímil frente al tribunal y por tanto de protegerla en su valoración, resguardando su relevancia al momento de valorar y tasar el conjunto de las pruebas presentadas.

Normalmente se piensa en la necesidad de una evidencia de credibilidad para reforzar una prueba que es relevante para efectos de tener por acreditada una o más proposiciones fácticas.

La evidencia de credibilidad aparece como el soporte de otra prueba, que dada su importancia debe ser sustentada o apoyada para acrecentar su aceptación por parte del ente juzgador. Por ejemplo, una testigo de la defensa señala haber visto en una plaza la forma en la que el acusado se defendía de las agresiones que la víctima le propinaba, agregando que pudo percatarse que la víctima portaba un cuchillo con el que intentaba lesionar al acusado. Si la defensa deseara dotar de mayor credibilidad a la declaración de esta testigo, para sustentar su tesis de legítima defensa, podría llevar a declarar a un vecino de la testigo, que señalara que la testigo es una respetada residente del barrio, que vive a unas pocas cuadras de la plaza donde ocurrió la riña, y que siempre concurre a la plaza para dar de comer a las palomas. Una declaración de este tipo dota de credibilidad la declaración de la testigo, en el sentido que ella estaba realmente en la plaza el día de los hechos y que por tanto está diciendo la verdad.

Una cuestión distinta, aunque ciertamente complementaria de lo señalado, es el esfuerzo que los litigantes realizan en todo juicio por dotar de credibilidad y verosimilitud a la declaración de un determinado testigo o perito. Este punto se verá en el *Capítulo III*, ocasión en la que se explicará la relevancia de iniciar el examen directo de un testigo propio con preguntas que legitimen a dicho testigo, v. gr., con preguntas sobre sus estudios, su vida familiar, sus aportes a la comunidad, relevando aquellos aspectos que pueden predisponer favorablemente al tribunal en relación a su nivel de credibilidad.

e) Evidencia persuasivo-emotiva

Otro tipo de evidencia que es presentada al tribunal se denomina evidencia emocional y se entiende por tal a aquella que tiene por objeto

aprovechar aspectos que, en forma consciente o inconsciente, se asocian a niveles de verosimilitud o credibilidad.

Este tipo de evidencia reposa en gestos o manifestaciones externas del carácter o emotividad de una persona. Tiene la virtud de captar la atención del tribunal al dar cuenta de la espontaneidad de un sentimiento que puede relacionarse con una máxima de la experiencia o incluso con reglas de la lógica. Por ejemplo, cuando se presenta a declarar la víctima de una violación y frente a una pregunta de la fiscalía en la que se inquieren mayores detalles sobre la penetración, la víctima rompe en llanto y pierde el control. En ese momento el litigante podrá maximizar la atención del juzgador, pudiendo solicitar un vaso de agua o un receso, o bien dirigir unas palabras en tono afable a la víctima señalándole que entiende su pena y dolor, pero que debe solicitarle que realice un último esfuerzo ante el tribunal y explicar los detalles de la penetración.

f) Evidencia directa

Es aquella evidencia que demuestra una proposición fáctica por sí sola, con prescindencia de razonamientos que partan de indicios o inferencias derivadas de otras pruebas. En otras palabras, la evidencia directa se apoya en una declaración que resulta ser autosuficiente para arribar a una determinada conclusión.

Este modo de entender la evidencia directa traslada el esfuerzo del litigante a la tarea de dotar de credibilidad la versión del testigo o perito de que se trate. En efecto, si la versión del testigo o perito constituye evidencia directa, esto es, resulta comprensible por sí misma siendo, por ende, el soporte que una determinada proposición fáctica requiere, la tarea del litigante consistirá en presentar al tribunal a ese testigo o perito como una persona creíble.

La tarea del litigante ante la evidencia directa consiste en desplegar acciones para acreditar y dotar de credibilidad a la persona que transmite la información. Por ejemplo, un testigo señala lo siguiente: “pude observar al acusado sacar un arma de fuego y disparar a la víctima, pues yo me encontraba a dos metros de distancia de los hechos”.

Esta afirmación es directamente aceptable, pues no se requiere desarrollar ningún ejercicio de inferencias a partir de la información proporcionada por el testigo; siendo entonces relevante determinar si la

testigo en sí misma resulta creíble o si requiere de evidencias complementarias para reforzar su credibilidad.

g) Evidencia indiciaria

Como su nombre lo indica, es aquella evidencia que provee de elementos de análisis que, unidos a otras evidencias o razonamientos lógicos, permite arribar a una determinada conclusión. Es la evidencia que intenta acreditar una proposición fáctica utilizando la información que la evidencia aporta en sí misma, sumada a inferencias o procesos de razonamiento que llevan al tribunal a concluir conforme a la teoría del caso planteada por la parte respectiva.

Por ejemplo, si lo que se intenta acreditar es que una persona fue violada, las ropas rasgadas y los hematomas de la víctima constituirán evidencia indiciaria de la proposición fáctica “Ana fue penetrada por Juan mediante golpes y actos de fuerza” (la evidencia directa estará constituida por la declaración de la víctima en la que indica haber sido penetrada contra su voluntad por el acusado; la evidencia indiciaria será utilizada para mostrar que las secuelas de la fuerza empleada por el acusado están asociadas con el acto de penetración).

Al determinar que estamos frente a un conjunto de evidencias indiciarias que acreditan alguna de nuestras proposiciones fácticas debemos adoptar ciertos resguardos estratégicos para presentar la referida evidencia en juicio: en primer lugar debemos tratar de agrupar los distintos indicios en un mismo “bloque de prueba”. Entendemos por bloque de prueba aquel espacio de tiempo en el cual mediante la presentación de diversas evidencias pretendemos acreditar una misma proposición fáctica o dos o más de ellas que se encuentran estrechamente ligadas por la evidencia que las acredita. Tratamos de presentar dentro de un mismo momento probatorio todos los indicios de que disponemos para acreditar una proposición fáctica. Nuestra intención será facilitar la aprehensión por parte del tribunal de cada uno de esos indicios, por ello nos parece que no es razonable presentar cada uno de los indicios por separado o en bloques de prueba que no sean continuos. Pensemos en un litigante que en el curso de la presentación de su evidencia, que ocupará más de un día de atención del tribunal, acompaña sus evidencias indiciarias en distintos momentos, unas al inicio de su prueba, otras en el medio de su actividad probatoria y otras

al final; la verdad es que lo más probable es que esta forma de presentación de su evidencia no sea estratégicamente efectiva, las posibilidades que el tribunal haya percibido con claridad cada uno de los indicios y que, además, a partir de ellos extraiga la conclusión probatoria buscada por el litigante es muy baja. Distinto será si ese mismo litigante presenta esa evidencia en un mismo bloque probatorio.

Hecho esto debemos en segundo lugar abocarnos a la tarea de explicitar ante el tribunal cuál es la conclusión que fluye nítida e indubitadamente de esos indicios. Esto lo haremos en el alegato de clausura, en el cual debemos referirnos a cada una de las evidencias indiciarias rendidas y cómo, unidas todas ellas, nos llevan a una conclusión unívoca que acredita cada una de nuestras proposiciones fácticas integrantes de nuestra teoría del caso. Reiteramos aquí algo que nos parece esencial en el manejo estratégico que debe tener un abogado al presentar su evidencia en el juicio: no basta a veces tener evidencia suficiente para sustentar nuestra teoría del caso, muchas veces será esencial la forma en que dicha evidencia se presente al tribunal. No podemos arriesgarnos a que nuestro mensaje no sea comprendido por los jueces. De allí el acento en combinar fondo y forma en la construcción de la teoría del caso.

CAPÍTULO II

TÉCNICAS Y DESTREZAS DE LITIGACIÓN ORAL

ANTE LOS JUZGADOS DE GARANTÍA

13. ALCANCES GENERALES

En este capítulo se busca entregar una mirada estratégica sobre las audiencias más importantes de la fase de investigación, relevando en cada una de ellas los temas centrales del debate jurídico, así como las prácticas instaladas y las interpretaciones judiciales que se han referido a las normas procesales vigentes. Se incorporan recomendaciones para que los litigantes cumplan un buen desempeño al intervenir en tales audiencias.

A objeto de cumplir el objetivo propuesto, y llegar a buen puerto, es necesario despejar algunos aspectos previos:

1. Al tomar conocimiento de hechos que podrían ser constitutivos de delito, la fiscalía puede iniciar una investigación previa (sin judicializarla), a fin de recopilar antecedentes suficientes durante un período indefinido de tiempo para formular cargos, siempre y cuando sus actividades investigativas no signifiquen afectación de derechos de un imputado o terceros.

Si la fiscalía estima que es conveniente formalizar, esto es, poner en antecedentes al imputado que se está llevando a cabo una investigación en su contra por un delito específico, la investigación se judicializa, debido a la intervención del juez de garantía, circunstancia que en definitiva posibilita una efectiva intervención de la defensa técnica del imputado, y genera un plazo máximo de investigación. En este capítulo sólo se presta atención a las audiencias en sede judicial, durante la fase de investigación que conduce el Ministerio Público.

2. Considérense los sistemas de selectividad penal establecidos en el C.P.P. como mecanismos para dotar de mayor racionalidad a la persecución del delito. El sistema asume que no pueden ser objeto de investigación “todos” los hechos que se denuncien, y que por ende deben

desarrollarse criterios en base a los cuales se decidirá cuáles de tales presuntos ilícitos serán objeto de persecución criminal. La fiscalía puede tomar la decisión estratégica de no formalizar, ejerciendo sus facultades de selectividad, en tres casos: a) si los hechos no son constitutivos de delito o la responsabilidad penal está extinguida (facultad de no iniciar investigación) –esta decisión puede ser reclamada ante el superior jerárquico del fiscal y está sometida a la aprobación y control del juez de garantía–; b) si no existen antecedentes suficientes para iniciar una investigación, es decir falta evidencia mínima para dar curso a una pesquisa criminal (archivo provisional) –en estos casos la denuncia se archiva, pudiendo ser reabierto la investigación si con posterioridad aparecen nuevos antecedentes; esta decisión es sometida al control automático del fiscal regional en las hipótesis de pena aflictiva, pudiendo la víctima reclamar ante el juez de garantía mediante la interposición de una querrela–, y c) si el fiscal opta por aplicar el principio de oportunidad, es decir, no existe un interés público relevante en la persecución del delito de que se trate (cuya pena mínima no sobrepase la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo), a menos que la víctima del delito se oponga, manifestando de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal. En este capítulo no se abordan estas temáticas por no originar, normalmente, un debate contradictorio en sede de garantía²³.

3. Hemos visto que la judicialización de un caso se produce por una decisión estratégica de la fiscalía. Así lo contemplan el art. 80 A de la C.P.R., los arts. 229 y 230 C.P.P., los instructivos de la Fiscalía Nacional, las instrucciones generales y autos acordados de la Corte Suprema, al reconocer que la formalización es una atribución exclusiva del Ministerio Público. Por ello es que, en un caso cualquiera, la fiscalía puede dar inicio a una investigación sin formalizar ante el juez de garantía, con el propósito de recopilar antecedentes que luego permitan sustentar seriamente una imputación con requerimiento de medidas cautelares personales. Con todo, la fiscalía debe formalizar por regla general si se trata de la detención de un imputado que ha sido encontrado en situación de flagrancia y que debe ser objeto de control de detención –salvo que el fiscal decida dejarlo en libertad como manifestación del principio acusatorio, por hacer uso de alguna de las facultades de selectividad penal o solicitar la ampliación del plazo de detención.

²³ Ver arts. 167 a 170 C.P.P.

4. El art. 186 C.P.P. desarrolla la hipótesis del “control judicial anterior a la formalización de la investigación”, al indicar que cualquier persona que se sienta afectada por una investigación que no se hubiere formalizado puede solicitar al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos de la misma, agregando la norma citada que en esos casos el juez puede fijar un plazo al fiscal para que formalice la investigación. En la práctica, la mayor parte de las audiencias de este tipo que se han suscitado han terminado con el simple reconocimiento del fiscal de estar efectivamente investigando a alguien o descartando tal situación. No obstante, nada impide que en la audiencia se discuta sobre la transgresión de derechos. También puede ocurrir un debate sobre la fijación de un plazo para que el fiscal proceda a formalizar la investigación y, siendo aún más relevante, sobre las consecuencias del vencimiento del plazo en el evento que el fiscal no haya formalizado. En nuestra opinión, el efecto de dicho vencimiento no puede significar la preclusión de la facultad de formalizar ni la pérdida de dicha prerrogativa, la que está reservada constitucional y legalmente al Ministerio Público, por lo que no puede ser ese el efecto específico; en cambio, el art. 186 puede ser entendido como una advertencia para el fiscal, en el sentido que no puede permitir la vulneración de derechos de la persona que es investigada, en especial si se requiere autorización judicial para llevar a cabo ciertas diligencias investigativas que pudieran afectar a ese imputado o a terceros²⁴⁻²⁵.

Asimismo, el hecho que diligencias de investigación que afectan derechos o garantías sean realizadas sin autorización judicial, arriesga una eventual exclusión probatoria.

²⁴ El profesor Leonardo Moreno estima que no se debe descuidar la relevancia del derecho a defensa, y en especial el derecho a ser informado que tiene el imputado. En su opinión, entonces, debería compatibilizarse la facultad constitucional del Ministerio Público de determinar la oportunidad de la formalización con el derecho del imputado a conocer el contenido de la investigación que se está desarrollando en su contra. A su juicio sí es posible fijar al fiscal un plazo para formalizar, pues en el evento en que el fiscal señala que efectivamente ésta realizando una investigación en contra de un imputado determinado, prima el derecho de defensa, por sobre la facultad de formalizar, cuando estime oportuno, del fiscal.

²⁵ Una propuesta que permitiría resolver los problemas procesales que plantea el art. 186 C.P.P., sin tener que recurrir a soluciones complejas como la preclusión de la facultad de formalizar o el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito, es incluir al Ministerio Público dentro de los órganos públicos a los cuales se les aplica la normativa sobre Acceso a Información Pública.

5. En el C.P.P. se contemplan algunas hipótesis de intervención de la fiscalía o de la defensa del inculcado, en las cuales no es necesario que participe la contraparte, incluso en ocasiones no es necesaria la presencia del juez de garantía. Piénsese en la declaración del imputado que es efectuada en una unidad policial, en presencia de su abogado defensor, no estando presente el fiscal del Ministerio Público; o bien, piénsese en esa misma declaración que el imputado voluntaria y libremente ha otorgado ante la policía y sin la presencia de su defensor, por delegación expresa del fiscal y bajo su responsabilidad (art. 91 C.P.P.). Por otra parte, podría darse el caso que la fiscalía solicite al juez de garantía la realización de determinadas diligencias que pueden significar privación, restricción o perturbación de los derechos que la Constitución Política de la República (C.P.R.) les asegura tanto al imputado como a terceros, en una audiencia privada en la que no se contemple la intervención de la defensa del imputado, cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se trate hagan presumir que esta forma de realización sea indispensable para su éxito, cuestión que puede ocurrir antes o después de la formalización (arts. 9º y 236 C.P.P.).

A continuación se revisarán por separado las principales audiencias de la etapa de investigación en el nuevo proceso penal, a fin de determinar cuál ha de ser el rol de los litigantes en el desarrollo de las mismas: la audiencia destinada al control de la detención, la audiencia de formalización de la investigación, y la audiencia de preparación del juicio oral²⁶. Cabe aclarar que es posible que una audiencia preliminar al juicio oral y citada para un propósito específico termine transformando su sentido en otro formato de audiencia (v. gr., una audiencia de formalización de la investigación que culmina como audiencia de preparación del juicio oral, o una audiencia de control de la detención que termina como audiencia de formalización de la investigación o de debate respecto de medidas cautelares, etc.). También se incluyen al final de este capítulo otras audiencias importantes que pueden ocurrir en el nuevo proceso penal, v. gr., en los casos de procedimiento simplificado y abreviado.

²⁶ En todo proceso penal por delito de acción penal pública que culmina en un juicio oral es requisito que hayan ocurrido tanto la audiencia de formalización como la audiencia de preparación del juicio oral; en cambio, para el evento de la tramitación de las faltas y simples delitos de aquellos a que hace referencia el art. 388 C.P.P., ha de tenerse en cuenta lo establecido en el C.P.P. sobre el procedimiento simplificado y el procedimiento monitorio.

Como se ha visto en el *Capítulo I*, antes de intervenir en estas audiencias preliminares al juicio oral, cada litigante –fiscal, querellante y defensor– debe previamente haber estudiado con acuciosidad los antecedentes disponibles, e ir generando y actualizando su teoría del caso. Dicha teoría será precisamente el sustento elemental que acompañará al litigante en las decisiones estratégicas a considerar frente al paulatino avance del caso particular.

14. AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN

Esta Audiencia, originalmente de creación doctrinaria y jurisprudencial, y posteriormente reconocida en el art. 393 bis C.P.P.²⁷, supone estar frente a un presunto hecho típico en que sea procedente la medida cautelar personal de detención (art. 132 C.P.P.), sea por una resolución del juez de garantía –a solicitud del Ministerio Público–, por inasistencia injustificada del imputado a alguna audiencia a la cual ha sido citado y que su presencia sea requisito de validez de la misma, o por configurarse una de las hipótesis legales de flagrancia (arts. 33, 127 inc. 2º y 130 C.P.P.).

La audiencia judicial tiene lugar, en el caso de una detención originada por una orden judicial, inmediatamente después de practicada la detención por parte de los funcionarios policiales ante el juez que la expidió. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podría permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá de veinticuatro horas.

Si se trata de un delito flagrante, el detenido debe ser puesto a disposición del tribunal dentro de veinticuatro horas; sin perjuicio del control previo de dicha detención que debe efectuar el fiscal, a quien los organismos policiales deben comunicar la realización de la detención dentro de las primeras doce horas de practicada. Cabe recordar que el fiscal puede ordenar que se ponga de inmediato al sujeto en libertad, por ejemplo, si el hecho no es constitutivo de delito o se trata de una falta²⁸; o bien, ordenar que se ponga al detenido de inmediato a disposición del

²⁷ Modificación introducida por la ley N° 19.789.

²⁸ Existen ciertas excepciones en que sí es procedente la detención en caso de faltas. Véase el art. 134 C.P.P.

tribunal de garantía de turno o dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas contadas desde que se practicó la detención. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial dentro del referido plazo de veinticuatro horas (art. 131 C.P.P.). Como lo sostienen Duce y Riego, el fiscal siempre puede ordenar que se libere a quien aparece como imputado, “sea porque no considera que existen antecedentes para perseguirlo y formular cargos frente al juez o porque planea hacerlo, pero no considera necesaria la detención para asegurar la comparecencia del imputado a la primera comparecencia judicial”²⁹.

*a) Prerrogativas del fiscal antes
de la Audiencia de Control de la Detención*

Un asunto altamente debatido dice relación con las prerrogativas que posee el fiscal del Ministerio Público en el tiempo que media entre la detención y la obligación de ponerlo a disposición del juez de garantía dentro del plazo legal. Para abordar este problema debe distinguirse si la detención ha sido practicada con ocasión de una detención por flagrancia o en virtud de una orden judicial.

Tratándose de una detención por flagrancia, consideramos que resulta razonable que el fiscal, dentro del plazo legal de veinticuatro horas, y empleando la máxima diligencia, intente reunir los antecedentes que le permitan tener información acerca del supuesto ilícito cometido, recoger los antecedentes que obran en manos de la policía, interrogar al policía que realizó la detención para verificar el trato conferido al detenido, la lectura de derechos y el cumplimiento de los deberes de información, verificar declaraciones de testigos, interrogar al imputado si éste libremente desea declarar, entre los aspectos más relevantes.

El fiscal puede razonablemente aprovechar el plazo de veinticuatro horas conferido en el art. 131 C.P.P. para recopilar los antecedentes recién mencionados y así poder tomar una decisión legal sobre el caso; única forma de definir la estrategia que se empleará y arribar a la audiencia con información de calidad para que el juez de garantía

²⁹ DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián: *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Vol. I. Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, p. 157.

resuelva como en derecho corresponda. Por lo demás, el propio art. 131 establece la obligación de la policía de informar al fiscal dentro de las doce horas de haber efectuado la detención, a objeto que el fiscal disponga de tiempo para tomar una decisión sobre lo que efectuará.

En la medida que el fiscal acceda a información de mejor calidad se evitará transformar las audiencias de control de la detención en ampliaciones del plazo de detención y, en consecuencia, evaluando la conveniencia o no de proceder a formalizar la investigación en contra del imputado, con el consiguiente control de plazos y demás efectos que concurren en beneficio de todos los intervinientes (art. 233 C.P.P.), y que desde luego cautelan mejor el derecho del imputado a un juicio oportuno.

Por otra parte, si se trata de la causal de detención practicada con ocasión de una orden judicial, el Ministerio Público cuenta con mayor información que en el caso de la flagrancia, al punto que tal información ha sido utilizada para solicitar y decretar la orden de detención; de modo que deben restringirse las facultades de la fiscalía para seguir obteniendo antecedentes en el tiempo intermedio entre la detención y la puesta a disposición del juez de garantía. Claro que el fiscal puede acceder a la información que le permita verificar el grado de cumplimiento de los deberes policiales frente a la detención³⁰, e incluso consultar otras fuentes de información sobre el caso, por ejemplo, interrogar a un testigo o al propio imputado³¹ si éste accede libremente a prestar declaración; todo ello con el fin de preparar la imputación de cargos o formalización de la investigación.

La principal diferencia con la situación de detención por flagrancia radica en el hecho que el juez de garantía es mucho más exigente en cuanto al tiempo empleado por el fiscal para acceder a tal información en el caso de haber dictado orden de detención, debiendo la fiscalía justificar de un modo más exhaustivo la necesidad de realizar tales

³⁰ Para una mirada crítica de las facultades de la policía y su intervención en el proceso penal, véase Rudovsky, David: "The Criminal Justice System and the Role of the Police", en Kayris, David (ed.): *The Politics of Law. A Progressive Critique*. Panteón, Nueva York, 1982, pp. 242-252.

³¹ Leonardo Moreno y Hugo Rojas estiman que, según el art. 131 inc. 1º C.P.P., los agentes policiales deben conducir al detenido inmediatamente ante el juez que hubiere expedido la orden, contemplándose como única excepción el que ese instante no fuera hora de una audiencia judicial. En consecuencia, no resulta posible que los fiscales realicen a su respecto diligencias investigativas, como su interrogatorio antes de ser trasladado a sede judicial.

interrogatorios, pues ya existe información disponible con anterioridad a la detención.

*b) Prerrogativas del defensor antes
de la Audiencia de Control de la Detención*

En relación a la figura del defensor, sus prerrogativas para intervenir en el procedimiento y en la defensa de los intereses de su cliente son las que siguen:

1. Potestad de entrevistarse y conferenciar privadamente con su cliente (art. 96 inc. 2º C.P.P.).

2. Derecho a examinar los registros del Ministerio Público³².

3. Derecho a solicitar al fiscal que libere de inmediato al imputado, en caso de detención por flagrancia si no hubiere delito, o si se encuentra extinguida la responsabilidad penal o se puede aplicar el principio de oportunidad.

4. Derecho a estar presente durante el interrogatorio del imputado que se pretenda realizar en sede policial por delegación fiscal (arts. 91, 93 b y 102 C.P.P.).

5. Facultad de requerir información del funcionario encargado de cualquier lugar de detención o prisión para confirmar el hecho de encontrarse privada de libertad una persona determinada (art. 96 inc. 1º C.P.P.).

6. Facultad de exigir que el imputado sea conducido sin demora ante un juez de garantía.

7. Derecho y deber de concurrir ante el juez de garantía para cautelar los derechos de su cliente.

*c) Temas a ser tratados en la
Audiencia de Control de la Detención*

La Audiencia de Control de la Detención tiene como principal objetivo verificar el cumplimiento del estatuto legal de detención, gatillado por la existencia de una causal de detención por flagrancia o

³² Consúltense el art. 227 y las restricciones señaladas en el art. 182 C.P.P. Recuérdese que las prerrogativas y derechos que el C.P.P. otorga a quienes poseen el carácter de imputados resultan exigibles desde que se dirige cualquier acto de investigación en su contra, de conformidad a lo señalado en el art. 7º C.P.P.

por una orden judicial de detención. Los temas posibles a ser tratados en esta audiencia son los siguientes:

1. *El motivo de la detención y sus circunstancias*: análisis de la procedencia de la detención, del cumplimiento de los requisitos de toda orden de detención o de las causales de flagrancia, e individualización de los funcionarios encargados de la detención (arts. 124, 125, 127-130, 134, 154 C.P.P.)³³⁻³⁴.

2. *Cumplimiento del plazo legal* para poner a disposición del tribunal al detenido³⁵.

3. *Cumplimiento de los deberes de información* (arts. 135 y 136 C.P.P.).

4. *Existencia de apremios en contra del imputado*. El juez de garantía puede examinar la legalidad de la privación de libertad o adoptar las medidas que fueren procedentes para subsanar las deficiencias del procedimiento policial (art. 95 C.P.P.).

³³ La práctica refleja que es posible impugnar o cuestionar no sólo las detenciones practicadas en virtud de una hipótesis de flagrancia, sino también las que derivan de una orden judicial. Tratándose de una detención practicada por orden judicial, los temas a controlar en la Audiencia de Control serán los siguientes: a) vigencia de la orden de detención si ha sido expedida con fecha de vencimiento, b) verificación de la intimación de la orden al detenido, c) existencia de orden verbal o escrita. Debe recordarse que al respecto existe debate sobre la constitucionalidad de la orden verbal y acerca de los problemas legales y prácticos que origina.

³⁴ Los profesores Blanco y Decap estiman que la orden verbal es constitucional y legalmente procedente, dado que el núcleo central de la garantía se encuentra protegida por la orden judicial. El art. 9º inc. 3º C.P.P. constituye una norma posterior y especial en relación al art. 154 C.P.P. A mayor abundamiento, la voz “autorización” debe entenderse en un sentido genérico. En sentido opuesto, Leonardo Moreno y Hugo Rojas estiman que la orden judicial de detención debe siempre disponerse por escrito, en resguardo de los derechos de libertad y seguridad personal. En tal sentido, véase el fallo de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 2003, Rol Nº 3.716-03: “...no debe olvidarse que la E. Corte Suprema... ha indicado [que]... del contexto del artículo 19 Nº 7 letra c) de la Constitución Política de la República y de los artículos 94 letra a), 125 y 154 del Código Procesal Penal, fluye claramente que, tratándose de este esencial derecho, la orden de detención debe siempre disponerse por escrito a fin que el imputado realmente se sienta intimado legalmente de la medida coercitiva que se le está imponiendo, puesto que entender lo contrario, aparte que el derecho básico de la misma libertad personal se encuentra amenazado con la interpretación extensiva del artículo 9º del citado Código, se produce de inmediato el quebrantamiento de la segunda garantía del derecho cual es la seguridad personal de quien o quienes sin contar con una orden concreta y determinada de su detención, deben soportar además junto a su entorno, una situación de incertidumbre que a este nivel no acepta la norma constitucional referida precedentemente ya que lo asegurado por el Estatuto Fundamental es el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”.

³⁵ La regla general se encuentra establecida en el art. 131 C.P.P. Leyes especiales estipulan excepciones. Por ejemplo, el art. 16 de la Ley de Menores indica que Carabineros de Chile debe poner a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que se encuentren en las situaciones previstas en los arts. 129 y 131 C.P.P., directa e inmediatamente, a disposición del juez de garantía competente. Lo que importa un mandato de reducir el plazo de veinticuatro horas del art. 131 al tiempo mínimo necesario para presentar al menor ante el juez de garantía.

5. Eventual *ampliación del plazo de la detención* cuando no pueda formalizarse, por no estar presente el abogado defensor del imputado o cuando el fiscal no cuenta con todos los antecedentes para formalizar³⁶.

d) Estructura de la Audiencia de Control de la Detención

No existe en la práctica un criterio unánime entre los jueces de garantía respecto de la estructura de la Audiencia de Control de la Detención. Hemos visto que algunos jueces la inician requiriendo la información sobre las circunstancias de la detención y el cumplimiento de los deberes de información directamente al imputado, para luego contrastar dicha información con los antecedentes del fiscal. Otros jueces dirigen sus interrogaciones al fiscal, para luego permitir que el propio imputado o su defensor formulen los reparos que les parezcan pertinentes.

A nuestro entender, dicha audiencia debiera iniciarse otorgando el juez de garantía la palabra al fiscal, a objeto de que éste exponga las razones por las cuales ha solicitado la realización de la audiencia³⁷.

³⁶ Para que sea procedente la concesión de la ampliación de la detención, el fiscal debe lograr establecer que cuenta con un conjunto de antecedentes serios y verificables sobre la comisión de un delito y la participación que al imputado puede atribuírsele en calidad de autor, cómplice o encubridor en tal ilícito. La acreditación de la participación debe estar basada en un nivel de convicción intermedio entre el mero indicio y la presunción fundada de participación a la que se refiere el art. 140, letra b, C.P.P. Asimismo, debe haber antecedentes plausibles para que una vez vencido el plazo de ampliación de la detención, la persona pueda ser acreedora de una medida cautelar personal que implique una restricción a su libertad ambulatoria, como lo sería la prisión preventiva. Debe aclararse que el estándar de exigibilidad para el fiscal no resulta ser tan exhaustivo como el que se exige para decretar una prisión preventiva, pero debe ser más exigente que meros indicios, pues se trata de una restricción de libertad. Por otra parte, en el caso de no poder formalizar por falta de algunos antecedentes, el juez debe exigir que el fiscal posea antecedentes serios y autosuficientes que permitan por sí mismos fundar una imputación de cargos, la que puede no ser definitiva por faltar elementos para calificar en forma distinta el ilícito en cuestión, o bien ampliar el margen de imputación a delitos más serios o calificaciones del mismo delito. La referencia a antecedentes faltantes debe ser considerada en el contexto de tiempo que el fiscal posee para efectuar la imputación definitiva, esto es, tres días adicionales contados desde la Audiencia de Control de la Detención, por lo que es deber del fiscal relatar el tipo de antecedentes faltantes y la posibilidad de obtenerlos en dicho plazo; por cierto, el juez puede imponer un plazo menor a tres días. Por último, existe un juicio de relevancia que el juez de garantía está llamado a efectuar en relación a la pertinencia de los antecedentes que el fiscal esgrime como fundamento para ampliar el plazo de detención, pues pudieran existir justificaciones que no resulten aceptables como fundamento de la ampliación del plazo, tal como sería la realización de un examen genético en un caso de hurto simple.

³⁷ El juez de garantía debe verificar la presencia, el domicilio y la forma especial de notificación a los intervinientes.

Debiera evitarse que la audiencia comience con un interrogatorio al imputado acerca de las razones de la detención o del cumplimiento de los deberes policiales, pues debería entenderse que tales exigencias legales serán objeto de observación y control por parte del defensor del imputado.

Lo anterior tiene un segundo objetivo: evitar que el imputado realice en la práctica una suerte de declaración que, de conformidad al art. 98 C.P.P., pudiera ser seguida de un interrogatorio por parte del fiscal o entenderse a lo menos como información que pueda ser utilizada con posterioridad para los efectos de confrontar eventuales declaraciones del imputado durante el desarrollo del juicio oral (art. 332 C.P.P.).

La declaración del imputado es una prerrogativa que sólo le compete disponer al propio imputado, con la debida asesoría legal de su abogado defensor, por lo cual es una decisión estratégica a ser evaluada en la audiencia misma.

Otros autores señalan que la audiencia “debiera iniciarse con la verificación, de oficio, por parte del juez de garantía, de que se ha dado cumplimiento al deber de información de derechos al detenido y de que se han respetado las normas legales que establecen sus derechos y garantías, dejando constancia en los respectivos registros. Si el juez 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, debe adoptar de oficio o a petición de parte las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”³⁸ (arts. 10, 97, 136 C.P.P.).

En esta audiencia, que se realizará ante el juez de garantía, deben estar presentes el detenido y el fiscal del Ministerio Público. Si faltare el fiscal, debe ponerse de inmediato en libertad al detenido. La presencia del defensor del imputado no es indispensable o, dicho de otro modo, no es requisito de validez de la audiencia, pues ésta puede realizarse de todas formas en su ausencia³⁹. A pesar que el C.P.P. lo autoriza, somos de la opinión que la asistencia del defensor a la audiencia es fundamental

³⁸ HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I: Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 387 y 388.

³⁹ Esto es sumamente criticable, toda vez que puede significar que por la ausencia del defensor no se efectúe un adecuado control del procedimiento policial de detención.

para dar plena seguridad de que se cautelarán los derechos y garantías del imputado; cuestión que podría verse entorpecida si no se establecen mecanismos expeditos de comunicación para que la Defensoría Penal Pública o los defensores privados puedan asistir. Lo anterior supone generar mecanismos de comunicación hacia la defensa, sea de la policía o, como creemos nosotros, desde el propio fiscal que solicita la audiencia de control, a fin de posibilitar un contacto rápido y efectivo entre la defensa y el imputado, que podría tener lugar incluso en el lugar de detención.

En la práctica se observa que son los juzgados de garantía quienes han tenido que avisar a la Defensoría Penal Pública sobre la detención de un sujeto y la realización de la correspondiente audiencia de control de la detención⁴⁰.

Las actitudes que puede adoptar la fiscalía en la Audiencia de Control de la Detención dependen de los antecedentes que hasta el momento ha sido capaz de reunir, como también de la presencia o no del defensor público o privado. El fiscal puede –si estuviere presente el defensor y contare con los antecedentes necesarios– proceder a la formalización de la investigación en contra del imputado o, si no contare con tales antecedentes o no estuviere presente el abogado defensor, puede solicitar la ampliación del plazo de detención hasta por tres días más, llegando así a un plazo máximo de detención de cuatro días⁴¹, en cuyo caso la solicitud será acogida por el juez de garantía cuando a su juicio los antecedentes esgrimidos por la fiscalía justifiquen tal medida (art. 132 C.P.P.).

Pese a que la ley no lo contempla expresamente, nada obliga al fiscal a tener que proceder a formalizar en esta audiencia. Perfectamente

⁴⁰ A juicio de Leonardo Moreno ello se hace inoperable en la práctica, lo señalado en el art. 91 para el caso de defensores particulares, al aludir a la presencia del defensor durante el interrogatorio policial o a la posibilidad que el defensor se incorpore durante su desarrollo.

⁴¹ Existen leyes especiales que contemplan plazos más amplios de detención, v. gr., la Ley Antiterrorista. Para el profesor Moreno es discutible que se puedan aplicar los plazos establecidos en dicha norma, toda vez que la lógica que inspiró la aprobación de la Ley Antiterrorista debe ser comprendida a la luz del antiguo sistema inquisitivo, donde se otorgaban excesivas atribuciones a los jueces y no se escatimaba en recursos para obtener, dentro de los márgenes legales, una confesión por parte del detenido; todo lo cual no se condice con el modelo acusatorio-adversarial que inspira la reforma procesal penal implementada en el país. En el nuevo sistema la declaración del imputado deja de ser un medio de prueba, y se ha transformado en un medio de defensa cuyo otorgamiento depende exclusivamente del imputado. En conformidad al principio de progresividad, las garantías siempre deben ser interpretadas desde una perspectiva maximalista.

puede ocurrir que un fiscal concorra a la audiencia y, estando presente el defensor y contando con antecedentes suficientes, decida no formalizar⁴². Obviamente en tal caso el imputado quedará en libertad.

Dado que la estructura del debate en la Audiencia de Control de la Detención no ha sido regulada en el C.P.P., ni se señalan expresamente los efectos de la ilegalidad de una detención, cada litigante debe articular e interpretar las normas que se refieren al estatuto legal de la detención en conformidad al interés que le corresponde, para así dar contenido a la audiencia y fundar las solicitudes a ser planteadas al tribunal. Así, la defensa podrá solicitar la libertad inmediata del detenido⁴³ o que subsanen en el acto los defectos del procedimiento de detención (arts. 95, 135 y 136 C.P.P.), o la remisión de un oficio a la autoridad competente, con el objeto de aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes o que se inicien las investigaciones penales de rigor. A su turno, la fiscalía podrá objetar que la detención haya sido ilegal, argumentando sobre el cumplimiento exhaustivo del estatuto de la detención que le corresponde, o solicitar que se le permita formalizar la investigación y se decreten medidas cautelares personales, más allá que las irregularidades cometidas en la detención, sean o no subsanables, etc.

*e) Efectos relacionados con el incumplimiento
de las normas que reglan el estatuto legal de la detención*

La constatación de la ilegalidad de la detención practicada es un antecedente gravitante para resolver las peticiones del Ministerio Público sobre la posible prolongación de la detención o de las medidas cautelares personales, en especial la prisión preventiva. Se trata de una anticipación del debate de ponderación de evidencia, por lo cual se debe

⁴² La formalización de la investigación se efectúa por el fiscal cuando lo considera oportuno y razonable (art. 230 C.P.P.).

⁴³ Sobre el particular, existe jurisprudencia minoritaria —que Leonardo Moreno y Hugo Rojas comparten— según la cual se debe decretar la libertad inmediata del detenido en el evento que la declaración de ilegalidad de la detención se origine, entre otras causales, por no configurarse una de las hipótesis de flagrancia o no haberse respetado el plazo legal de detención, precisando que el Ministerio Público debe solicitar una segunda audiencia si desea formalizar al imputado. Lo anterior no es compartido por la mayoría de los jueces de garantía ni por la doctrina, quienes consideran que a pesar de haberse declarado la ilegalidad de una detención, el procedimiento debe seguir adelante, quedando facultado el Ministerio Público para proceder a la formalización de la investigación y solicitar las medidas cautelares pertinentes. Lo anterior se apoya en el carácter garantista de la formalización de la detención.

solicitar que para los efectos de calificar la concurrencia del supuesto material de las medidas cautelares no puedan considerarse aquellas evidencias que provengan de la detención declarada ilegal.

Además, la constatación de la ilegalidad tiene relevancia cuando a propósito del desarrollo de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral los intervinientes discutan la posibilidad de excluir evidencia obtenida como consecuencia de un procedimiento de detención considerado ilegal y que violenta las garantías fundamentales del acusado.

Los efectos derivados del incumplimiento de las normas sobre el estatuto de la detención son los siguientes:

1. Debate sobre la *responsabilidad* administrativa, civil y/o penal de la persona que ha realizado una detención sin respetar las normas que regulan los derechos del detenido y en general de toda persona.

2. Declarada la ilegalidad de la detención, pueden provocarse *exclusiones probatorias* respecto de las gestiones efectuadas a propósito o como consecuencia de la detención, las que podrán ser debatidas en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, en la medida que dicha ilegalidad esté conectada con la violación de derechos o garantías del detenido o la vulneración del principio del debido proceso.

3. Se produce un aumento en el umbral de exigencia para decretar un *medida cautelar*, pues debe recordarse que toda medida cautelar personal posee un presupuesto material y la exigencia de acreditar la necesidad cautelar. Respecto del presupuesto material puede decirse que no resulta lógico exigir a un juez de garantía que acepte como fundamento un antecedente obtenido a partir de una actuación contraria a derecho, salvo que se logre acreditar que tal ilegalidad no importa la afectación de derechos o garantías del imputado.

4. Se eleva el umbral de exigencia para decretar la *ampliación del plazo* de la detención, pues tampoco resulta razonable solicitar a un juez de garantía que amplíe la detención de una persona que ha sido detenida incumpliendo las normas legales. Parece poco presentable expandir en el tiempo una detención que ha sido declarada ilegal en su base o presupuesto formal⁴⁴.

⁴⁴ Rafael Blanco estima que incluso tratándose de una detención declarada ilegal, la fiscalía puede solicitar una ampliación de la detención si acredita el cumplimiento de los presupuestos que habilitan para ampliar dicha detención, en el entendido que la resolución produce efectos para el futuro, con prescindencia de las formalidades o el tratamiento normativo que se refiere a la presentación del detenido ante el juez de garantía.

5. El fiscal puede solicitar la formalización de la investigación y la aplicación de medidas cautelares personales, en atención a que la audiencia ha sido solicitada con varios propósitos, uno de los cuales puede ser la formalización, por lo que el imputado debe permanecer en la audiencia hasta que el juez lo determine, no siendo legalmente aceptable que el imputado se retire de la misma una vez declarada la ilegalidad de la detención.

La formalización en este estadio procesal, posee un componente de garantía, pues es precisamente el momento en que el órgano de persecución penal comunica los cargos al imputado, produciéndose los efectos del art. 233 C.P.P., en relación con las limitaciones a las facultades de persecución penal (v. gr., existencia de un plazo máximo de investigación) y las medidas de protección de derechos del imputado⁴⁵.

f) Control de identidad

Es de común ocurrencia que en la Audiencia de Control de la Detención los litigantes, aparte de debatir sobre el estatuto de la detención y la(s) hipótesis de flagrancia que se configura(n) en el caso en particular, si la detención no tuviere su origen en una detención por orden judicial, argumenten también sobre la institución del control de identidad.

Efectivamente, en numerosos casos la argumentación de la fiscalía discurre sobre la existencia de un control de identidad, que deriva en el registro de quienes son objeto del mismo, momento en el cual se encuentran elementos que vinculan al controlado con algún ilícito, configurando a su respecto alguna hipótesis de flagrancia establecida en la ley. En este caso, el registro del control de identidad vendría a ser el elemento que permite configurar la hipótesis de flagrancia esgrimida en la audiencia por la fiscalía⁴⁶.

⁴⁵ Cabe precisar que Leonardo Moreno y Hugo Rojas estiman que la declaración de ilegalidad de la detención importa la puesta en libertad del imputado, no pudiendo formalizarse en dicha oportunidad, puesto que los procedimientos policiales y administrativos de la fiscalía ameritan ser rigurosos en el resguardo de los derechos de los detenidos, de modo que su incumplimiento debe traducirse en una verdadera sanción a los órganos encargados de la persecución penal. La alusión al carácter garantista de la formalización para mantener al imputado en la audiencia, no aparece como un argumento razonable, toda vez que lo que se pretende normalmente es, en definitiva, obtener que se decreten en contra del imputado medidas cautelares personales.

⁴⁶ A juicio de Leonardo Moreno, el registro establecido en el control de identidad no es un registro investigativo, como al que daría origen una detención, sino que se trata de un registro

Sobre el particular debemos señalar que no deben confundirse instituciones que son regladas normativamente de una manera distinta y que tienen, además, objetivos diversos. En efecto, el art. 85 regula el denominado control de identidad, y lo que hace es reglar la manera en que los funcionarios policiales pueden establecer la identificación de una persona, y no cómo se debe proceder a una detención⁴⁷. La modificación a esta institución por la ley N° 19.789, que incorporó la posibilidad de registrar tanto la vestimenta, el equipaje, o el vehículo del sujeto objeto del control de identidad, tuvo entre otras finalidades —como se señala en el mensaje—, resguardar a los funcionarios policiales que efectuaban el procedimiento de control de identidad, particularmente si debían transportar a los controlados a un cuartel policial⁴⁸.

Sostenemos que la protección de los funcionarios policiales no es el único objetivo del registro, pues con independencia de la capacidad de identificarse de quien es objeto del control de identidad, la policía está facultada de conformidad al art. 85 para registrar al propio individuo, sus vestimentas o vehículo, para corroborar la materialidad del indicio.

Por su parte, la detención por flagrancia es reglada en el art. 130, refiriéndose a aquellas situaciones de excepción en que cualquier ciudadano, y por cierto la policía, puede proceder a la detención de una persona sin orden judicial, por encontrarse el sujeto a detener en una hipótesis fáctica que permite vincularlo con un ilícito que se está cometiendo o cuya comisión ha ocurrido en un momento cercano en el tiempo, que impide el recurrir a la autoridad judicial para requerir una orden de detención.

Continuación nota ⁴⁶

dentro de la lógica de un procedimiento policial destinado a establecer la identificación de un sujeto, que sólo sería procedente cuando no habiendo sido posible la identificación del mismo, éste deba ser trasladado a un cuartel policial para continuar el procedimiento. En tal evento, el registro no investigativo se justifica por razones de seguridad del personal policial. La naturaleza no investigativa del registro reglado en el control de identidad explica que su estándar sea menor que el que se exige para un registro con un claro componente investigativo, como es el caso del art. 89, a propósito de la detención, en que la exigencia del legislador ya no es un indicio sino una pluralidad de indicios que permitan estimar que el detenido oculta objetos importantes para la investigación.

⁴⁷ Ver *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, discusión particular N° 4. En igual sentido, intervención del senador Jorge Pizarro en sala, 17 de noviembre de 2001.

⁴⁸ Para conocer el origen de la norma y sus modificaciones, véase Facultad de Derecho Universidad de Chile: *Reforma Procesal Penal, Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 440-456.

De lo señalado hasta ahora se desprende que cuando se alegue la concurrencia de una u otra institución, el debate que deberá realizarse ante el juez de garantía ha de versar sobre el estándar específico de la institución debatida; así, si lo que funda la detención del imputado es en principio –sin perjuicio de la hipótesis de flagrancia esgrimida en el parte policial o por el fiscal– un control de identidad, lo que debe verificar el juez para pronunciarse sobre la legalidad de la detención es la existencia, al momento del control de identidad⁴⁹, de un indicio de que la persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen simple delito o falta, que se dispusiere a cometerlo, o que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. Es precisamente la existencia del referido indicio lo que habilita a la policía para proceder al control de identidad, por lo que si no se justifica su existencia ante el juez de garantía, al momento de proceder al control de identidad, el registro eventual del sujeto y su detención posterior será ilegal aun cuando para justificarla se argumente la concurrencia de una hipótesis de flagrancia sobreviniente⁵⁰.

Si a juicio de la policía, y luego del Ministerio Público, lo que se da en la especie es una hipótesis de flagrancia, será esto lo que se deberá alegar en la audiencia, señalándole al tribunal cuáles son los antecedentes fácticos que justifican el considerar configurada alguna de las hipótesis del art. 130. Una vez más el debate transcurrirá sobre temas como la inmediatez temporal, la ostensibilidad de las señales en su cuerpo o vestimenta, o de los objetos o instrumentos que portare, que permitan vincular al detenido con un hecho ilícito, la unidad del procedimiento policial y su no interrupción hasta el momento de la detención, entre otros tópicos. Cabe reiterar que lo que se debe examinar por el juez en la audiencia es el cumplimiento del estándar para proceder a la detención del sujeto al momento de practicarse la detención y no hechos posteriores a la detención.

⁴⁹ No en un momento posterior, como sería por ejemplo luego de realizado el registro del sujeto.

⁵⁰ Estimamos que esta es la única forma de entender el art. 85, para diferenciarlo claramente de las hipótesis de detención por flagrancia del art. 130. De no entender que la valoración que debe hacer el tribunal es *ex ante* al control de identidad, permitiría validar un control de identidad sin estándar por la vía de lo que eventualmente se le encuentre al sujeto controlado, si es que se le registra dentro de ese procedimiento, al constituirse en virtud del resultado del registro una hipótesis de detención por flagrancia. Ello, a su juicio, desvirtuaría el sentido del art. 85, que como ya se ha expresado no es una norma destinada a la detención de las personas sino para establecer su identidad.

g) Recomendación final

Tanto fiscales como defensores deben concurrir a la Audiencia de Control de la Detención con un conocimiento minucioso de todas las circunstancias de la detención, particularmente respecto de la hora, lugar, quién la practicó, informe de lesiones, y origen de la misma (orden judicial o hipótesis de flagrancia).

Asimismo, los litigantes deben conocer con exhaustividad los hechos del caso. El fiscal tendrá que evaluar si es factible transitar desde el control de la detención hacia la formalización de la investigación. En este caso, tendrá lugar un debate sobre la procedencia de las medidas cautelares que solicite el fiscal y la presencia de sus presupuestos materiales, todo lo cual requiere de un dominio acabado de los antecedentes concretos de la investigación como para que la fiscalía pueda fundar la medida a aplicar. Por su parte, la defensa deberá hacer valer las consecuencias de la ilegalidad de la detención, y argumentar en contra de las medidas cautelares u otras consideraciones estratégicas.

15. AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN⁵¹

a) Objetivo y alcances de la Audiencia de Formalización de la Investigación

Esta audiencia tiene por objetivo principal que el fiscal del Ministerio Público, en presencia del juez de garantía, ponga en conocimiento del imputado la circunstancia de estar llevando a cabo una investigación en su contra por uno o más delitos determinados (art. 229 C.P.P.).

Este trámite consagrado en el C.P.P. cumple dos funciones. La primera de ellas es de corte garantista, pues se ha fijado este momento procesal para asegurar que todo sujeto que pueda ser objeto de persecución penal tenga el derecho a tomar conocimiento —en una audiencia especial— de los hechos por los cuales está siendo investigado, posibili-

⁵¹ En esta sección se trata la estructura básica de la Audiencia de Formalización de la Investigación, comprendiendo por tanto la formalización propiamente tal, las alegaciones de la defensa, la discusión sobre medidas cautelares y la fijación de plazo. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en esta audiencia pueden aparecer otros debates referidos a incidentes previos (v. gr. art. 10 C.P.P., sustitución de procedimiento, excepciones, etc.), salidas alternativas, procedimiento abreviado, juicio inmediato u otros que para efectos de este texto serán abordados en secciones independientes.

tándole con ello que ejerza en forma efectiva y oportuna su derecho a defensa. Por otra parte, está asociada a la visión estratégica que tenga el fiscal sobre los hechos respecto de los cuales está investigando, pues debe tomar la decisión de formalizar o no, dependiendo de la seguridad que tenga para continuar con eficiencia las actividades de persecución penal.

Dado que la decisión de formalizar es exclusiva y excluyente del fiscal, al defensor del imputado no le cabe hacer observación alguna sobre la formalización realizada. Sólo le corresponde a la defensa del imputado exigir, una vez que el juez de garantía le conceda la palabra en la audiencia, que la formalización sea lo más clara y completa posible, y que la fiscalía exprese con toda precisión los hechos que constituyen la imputación formulada a su defendido⁵².

No corresponde en ese momento hacer alegación alguna sobre el fondo del asunto, tampoco que la defensa intente oponerse a la formalización de la investigación⁵³, pues ésta es una prerrogativa exclusiva del fiscal.

Más allá del tenor literal del art. 229, existe consenso entre quienes participaron en la discusión y redacción del C.P.P. sobre el sentido de la expresión “delitos determinados”. Más que referirse a la figura típica específica, lo que se quiere decir es que la fiscalía debe expresar en la audiencia cuáles son los “hechos investigados”. En esa dirección, el art. 232 C.P.P. contribuye a aclarar el punto al referirse a los “cargos que se presentaren”. Se requiere que en los hechos imputados se incorporen las circunstancias centrales de cómo ocurrieron, con indicación del día, lugar y hora específica de ocurrencia, como también todos los elementos básicos de la conducta imputada.

Esta exigencia de tener que comunicar con toda claridad y precisión los hechos en virtud de los cuales la fiscalía está investigando a uno o más imputados se explica en uno de los principios rectores del nuevo proceso penal: el *principio de congruencia*. En virtud de este principio se exige que exista concordancia entre: 1) los hechos por los cuales se lleva a efecto una formalización de la investigación en contra de un imputado; 2) aquellos hechos conforme a los cuales el fiscal deduce acusación contra el mismo sujeto, y 3) los hechos contenidos en la sentencia

⁵² Se trata de solicitar al fiscal precisiones sobre circunstancias de tiempo, lugar, partícipes o sobre el contenido fáctico de algunas referencias normativas tales como intimidación, escalamiento, violencia u otros.

⁵³ Salvo la situación discutida en la sección anterior sobre la ilegalidad de la detención.

condenatoria que se dicta al término del procedimiento (arts. 229, 259 inc. final y 341 C.P.P.)⁵⁴.

Desde la perspectiva de la fiscalía, la realización de la Audiencia de Formalización de la Investigación puede ser solicitada cuando lo estime conveniente, ya que descansa la iniciativa en el criterio del fiscal a cargo de la investigación. Podría ocurrir que el fiscal desarrolle gran parte de su investigación sin haber formalizado, por no ser indispensable para la fiscalía solicitar alguna medida cautelar o practicar diligencias de investigación que afecten los derechos del imputado o de terceros. Sin embargo, en resguardo de los derechos y garantías de las personas, esta regla general tiene importantes excepciones.

Los casos de excepción en virtud de los cuales el fiscal del Ministerio Público está obligado a formalizar son situaciones concretas en las que las labores de investigación de la fiscalía y su órgano auxiliar –la policía– pueden significar la afectación de derechos y garantías del imputado o de terceras personas. En tal caso, el fiscal debe solicitar al juez de garantía que se cite a una audiencia en la que se procederá a la formalización de la investigación, para luego solicitar medidas de investigación o cautelares, las que pueden ser objeto de control tanto de la defensa del imputado como por el propio juez de garantía. Las situaciones contempladas en el C.P.P. conforme a las cuales el fiscal está obligado a formalizar son las siguientes:

1. Si el fiscal desea solicitar una medida cautelar contra el imputado (arts. 122 y ss. C.P.P.).

2. Si el fiscal quiere hacer uso de la figura de la prueba anticipada de testigos o peritos (arts. 191 y 280 C.P.P.), tanto en Chile como en el extranjero (art. 192 C.P.P.).

3. Si el fiscal desea realizar actuaciones de investigación que puedan significar privación, restricción o perturbación del ejercicio de los derechos que la C.P.R. le asegura al imputado o a terceros (art. 9º C.P.P.).

Debemos señalar que existen ciertas diligencias de investigación cuyo éxito, en gran medida, depende de la falta de conocimiento que tenga el imputado de tales actuaciones. Es por ello que el legislador ha previsto que las diligencias puedan ser solicitadas por la fiscalía incluso antes de la formalización de la investigación o después de cumplido

⁵⁴ Sobre las distintas formas en que se puede plantear la formalización de la investigación y su valor o no como formalización, véase DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián, op. cit., pp. 221-224.

dicho trámite, en una audiencia privada ante el juez de garantía y sin comunicación del afectado ni intervención de su defensor.

En tal caso corresponde al juez de garantía pronunciarse sobre la procedencia de las diligencias conforme a los estándares fijados por el C.P.P., los que varían si la solicitud es previa o posterior a la formalización: 1) si el fiscal solicita la realización de la diligencia antes de la formalización, el juez de garantía la autorizará cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia permitan presumir que es indispensable para su éxito el desconocimiento del afectado; y si por el contrario, 2) el fiscal la solicita con posterioridad a la formalización de la investigación, será aprobada por el juez de garantía cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia, sin hacer referencia a la naturaleza del hecho investigado (art. 236 C.P.P.)⁵⁵.

b) Génesis y desarrollo de la Audiencia de Formalización de la Investigación

El fiscal debe solicitar al juez de garantía la realización de la audiencia de formalización de la investigación, indicando en su solicitud la individualización del imputado, el delito, la fecha y lugar de comisión, y el grado de participación atribuido al imputado. Esta solicitud no es necesaria en el caso de un imputado detenido por falta o delito flagrante, en cuyo caso la posibilidad de formalizar la investigación en contra del imputado dependerá de la presencia del defensor en la audiencia de control de la detención, y de la cantidad de antecedentes recopilados por el fiscal como para formalizar (art. 231 C.P.P.)⁵⁶.

El juez de garantía debe citar a la audiencia correspondiente en un día y hora determinados, ordenando la comparecencia de los intervinientes.

Llegado el día y hora, el juez de garantía da inicio a la audiencia verificando la presencia y el domicilio de los intervinientes, para luego consultar al fiscal y al defensor sobre la forma en que solicitan que se les practiquen las notificaciones de las resoluciones⁵⁷.

⁵⁵ Una situación similar, pero a propósito de las medidas cautelares en materias vinculadas al tráfico de estupefacientes, la encontramos en el art. 27 de la ley N° 20.000, que permite decretar determinadas medidas cautelares personales y reales sin comunicación previa al afectado.

⁵⁶ Véanse las notas 43 y 45.

⁵⁷ Se recomienda a los intervinientes solicitar ser notificados por correo electrónico enviado a la cuenta registrada en el tribunal. La estructura administrativa de los nuevos tribunales no está diseñada como para mantener las prácticas de notificación usadas en el viejo sistema.

A continuación el juez de garantía concede la palabra al fiscal para que éste proceda verbalmente a formalizar la investigación en contra del imputado, detallando las circunstancias fácticas que conoce, v. gr., señalando los nombres de los partícipes, el sitio del suceso, los medios empleados, los datos de la víctima, etc.

Con posterioridad el juez preguntará directamente al imputado si ha comprendido los términos y el contenido de la formalización en su contra⁵⁸. En caso que el imputado indique no tener claridad, el juez normalmente añade comentarios explicativos, o pide al defensor que explique al imputado. Acto seguido, el juez ofrece la palabra al abogado defensor del imputado, quien sólo puede solicitar por intermedio del juez de garantía que el fiscal aclare algunos puntos de hecho sobre la formalización⁵⁹. El defensor no puede oponerse a la formalización⁶⁰⁻⁶¹, y mucho menos proceder en este estadio procesal a contestar las imputaciones⁶².

Terminadas las argumentaciones de los intervinientes, el juez da por formalizada la investigación en contra del imputado y le consulta si desea hacer uso de su derecho a declarar en la audiencia. Si desea declarar, el imputado podrá decir lo que estime pertinente, debiendo responder las preguntas (abiertas) que le sean formuladas por su abogado defensor, para luego ser contrainterrogado por la fiscalía (a través de preguntas sugestivas y cerradas)⁶³.

⁵⁸ Se trata de verificar que el imputado entienda la imputación que la fiscalía le formula, de modo de facilitar su defensa. No se trata que el imputado acepte o comparta la imputación fiscal, sino sólo que la entienda.

⁵⁹ Véase la nota 52.

⁶⁰ Si el imputado considera que la formalización dirigida en su contra es arbitraria, podrá formular un reclamo de carácter administrativo ante las autoridades superiores del Ministerio Público (arts. 232 inc. final C.P.P. y 33 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

⁶¹ Es discutible el caso en que la fiscalía formaliza por un hecho cuya penalidad es de aquella a que hace referencia el art. 388 C.P.P., en particular tratándose de faltas. En efecto, la norma citada parece imponer al fiscal la necesidad de proceder conforme a las reglas del procedimiento simplificado, esto es, formulando directamente un requerimiento; o cuando la imputación formulada por la fiscalía es meramente normativa y no tiene un contenido fáctico.

⁶² La Corte Suprema, mediante instrucción del 10 de enero de 2001, señaló que al juez de garantía no le corresponde de oficio pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización.

⁶³ En la práctica son escasas las oportunidades en que un imputado accede a declarar judicialmente en una etapa tan incipiente de la investigación. Si lo hiciere, debe tomarse su declaración conforme a las reglas del juicio oral, esto es, en condiciones de oralidad, inmediación y contradictoriedad, y con aplicación de las limitaciones legales al tipo de preguntas a formular (art. 330 C.P.P.), las que se verán en el *Capítulo III*.

No es habitual que el imputado muestre disposición a prestar declaración en este momento. La decisión debe ser consultada con su abogado defensor, quien debe advertir al imputado que si lo hace, el fiscal tiene derecho a contrainterrogarlo, en circunstancias evidentemente desventajosas para la defensa (dado que el defensor recién ha tomado conocimiento de los hechos y lo normal es que recién antes de la audiencia se haya entrevistado con el imputado y efectuado una somera revisión de los antecedentes de la investigación fiscal)⁶⁴.

Formalizada la investigación por el fiscal, y luego de las alegaciones que pudiere haber formulado la defensa, las partes pueden aprovechar la audiencia para formular una serie de solicitudes sobre las cuales tendrá que pronunciarse el tribunal.

c) Estructura y temáticas de la Audiencia de Formalización de la Investigación

Una maqueta tipo de la audiencia puede ser la que sigue:

1. Formalización o imputación de cargos realizada por el fiscal.
2. Consulta al imputado sobre su comprensión de la imputación realizada.
3. Reacción de la defensa ante la imputación de cargos.
4. Solicitud de medidas cautelares y debate sobre su procedencia.
5. Debate sobre la fijación de un plazo judicial (para reducir el plazo legal de cierre de la investigación).

Otras peticiones posibles de las partes pueden ser: proceder conforme a las reglas del juicio inmediato; salidas alternativas; prueba anticipada; aplicación del artículo 193⁶⁵.

En los próximos párrafos se exponen algunas consideraciones y análisis de los diversos temas que suelen ser objeto de debate a propósito de la Audiencia de Formalización de la Investigación.

⁶⁴ Excepcionalmente la declaración del imputado puede ser una decisión estratégica favorable, si la defensa estuviere en condiciones de presentar una versión sustentable que cuestione o dañe la versión del fiscal, o al menos que tenga tal grado de verosimilitud como para impedir que se tenga por configurado el presupuesto material de una medida cautelar. Otra posibilidad es que el imputado declare para dejar sentada la existencia de alguna de las atenuantes reconocidas en el Código Penal o en legislaciones especiales.

⁶⁵ Esta norma regula la comparecencia del imputado ante el Ministerio Público. Se distingue según si el imputado se encuentra libre, detenido o sujeto a prisión preventiva.

d) Aplicación de medidas cautelares

Una vez formalizada la investigación, el fiscal o el querellante quedan habilitados legalmente para solicitar al juez de garantía la adopción de alguna de las medidas cautelares regladas en el Título V del Libro I del C.P.P. Es a raíz de la solicitud de aplicación de medidas cautelares que se origina el mayor debate en la Audiencia de Formalización⁶⁶.

Estas medidas cautelares pueden ser personales o reales, según si se hacen efectivas sobre la persona misma del imputado limitando su libertad personal, o sobre el poder de disposición o administración de sus bienes. En el caso de las personales, lo que se busca asegurar es el cumplimiento de los fines del proceso. En el caso de las reales, se pretende asegurar el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho ilícito.

El C.P.P. contiene un catálogo amplio de estas medidas, las que deben interpretarse a la luz de la presunción de inocencia: sólo pueden aplicarse cuando, cumpliéndose los requisitos legales, sean efectivamente necesarias; de lo contrario, el tribunal deberá abstenerse de aplicarlas pues afectarían derechos y garantías de las personas.

e) Principios que regulan las medidas cautelares personales

Para que el debate entre los intervinientes se realice adecuadamente, es menester aclarar cuáles son los principios que informan las medidas cautelares personales.

1. *Legalidad*: toda medida cautelar que afecte la libertad de un individuo, sea restringiéndola o privándola, debe estar expresamente señalada en la ley (por aplicación de los arts. 19 N° 7, letra b, C.P.R., y 5° C.P.P.).

Es la ley la llamada a determinar quiénes pueden ordenar o decretar la aplicación de medidas cautelares personales. En principio esta atribución está confiada por el legislador a los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de permitir que otras personas, incluso cualquiera persona

⁶⁶ El debate sobre medidas cautelares debe entenderse como una etapa de la audiencia en la que el fiscal puede optar por solicitar prisión preventiva, y aun en el evento de rechazarse esta petición, permitirle solicitar otras cautelares personales, salvo que la denegatoria de prisión preventiva se explique por falta de acreditación del presupuesto material.

natural, puedan realizar una detención en caso de delito flagrante, y para el solo efecto de poner al detenido a disposición de la autoridad señalada por la ley (art. 129 C.P.P.).

De manera excepcional nuestro ordenamiento jurídico contempla algunos casos en que la orden de detención puede ser impartida por una autoridad administrativa. Por ello el C.P.P., al igual que la C.P.R., señalan que la detención no puede practicarse sino “por orden de funcionario público facultado expresamente por la ley” (arts. 19 N° 7, letra c, C.P.R., y 125 C.P.P.).

2. *Excepcionalidad*: el criterio general de aplicación de las medidas cautelares personales es que sólo sean impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento (art. 122, inc. 1º, C.P.P.).

3. *Provisionalidad*: las medidas cautelares son accesorias y deben estar sometidas a un procedimiento y, por ende, subsisten mientras dicho procedimiento perdura. Además son provisorias porque deben ser fijadas por un período máximo de tiempo, en consideración de los objetivos y fines que se tuvieron a la vista al decretarlas (art. 122, inc. 1º parte final, C.P.P.).

4. *Proporcionalidad*: las medidas cautelares personales deben ser fijadas en una relación proporcional con: 1) la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y 2) la gravedad del hecho que se investiga⁶⁷.

f) Citación

Corresponde la aplicación de esta medida cautelar, como regla general, cada vez que a juicio del tribunal fuere necesaria la presencia del imputado ante él, para lo cual se le debe notificar la resolución que ordena su comparecencia.

En la notificación se debe hacer saber a los citados el tribunal ante el cual deben comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso y el motivo de su comparecencia. Además se advierte a los citados que en caso de no comparecer o de no justificar oportunamente las razones por las cuales no pueden concurrir ante el

⁶⁷ Al respecto, HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., pp. 353 y ss.

tribunal, se permite a la autoridad tomar los resguardos para que sean conducidos al despacho del tribunal por medio de la fuerza pública, quedando obligados al pago de las costas que causaren y a las sanciones respectivas.

El tribunal puede ordenar que el imputado, que sin justificación alguna no ha comparecido a la citación, sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere por el tribunal, la ley permite que sean arrestados hasta la realización de la actuación, por un máximo de veinticuatro horas, e imponérseles una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales (art. 33 C.P.P.).

Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le aplicará como sanción la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por dos meses (art. 287 C.P.P.).

La citación es la única medida cautelar aplicable cuando la imputación se refiere a faltas o delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad. Hacen excepción a esta norma y por tanto puede procederse a la privación de libertad de un imputado en los siguientes casos:

1. El arresto por falta de comparecencia.
2. La detención o prisión preventiva decretada respecto del imputado que habiendo sido citado legalmente no comparece a una audiencia judicial.
3. La detención decretada en caso de faltas flagrantes contempladas en el Código Penal, en los arts. 494 N°s. 4 y 5 y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233, 494 bis 495 N° 21, 496 N° 5 y 26 del citado código.

En tales casos, el funcionario policial debe comunicar la situación de inmediato al fiscal, a fin que éste proceda a efectuar un control preliminar de las condiciones de legalidad de la detención, pudiendo incluso decretar la libertad del detenido u ordenar que sea puesto a disposición del tribunal dentro de los plazos legales. Si el fiscal adopta esta última decisión debe informar al defensor (art. 124 C.P.P.)⁶⁸.

⁶⁸ Esta norma permite que se pueda proceder conforme a las reglas del Procedimiento Simplificado en contra del imputado, mediante un requerimiento verbal formulado en su contra en la Audiencia de Control de la Detención (art. 393 bis C.P.P.)

g) Detención

Esta medida cautelar puede definirse como aquella privación de libertad que sufre una persona por un tiempo determinado, en los casos señalados por la ley. Para proceder a la detención de una persona se requiere de una orden emanada por una autoridad competente –funcionario público facultado por ley– y que dicha orden sea intimada al detenido, salvo que se trate de una situación de flagrancia (art. 125 C.P.P.).

La detención puede ser decretada por orden judicial o por orden de ciertas autoridades administrativas, debiendo ser realizada por un funcionario policial. Existen casos en que la detención se puede llevar a cabo sin necesidad de orden judicial, pudiendo cualquier ciudadano proceder a la detención, tal como acaece en los casos de flagrancia.

1. Detención por orden judicial

Por lo general, es aquella detención ordenada por el juez de garantía. No es habitual que la orden de detención provenga del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que conoce del juicio oral. Menos habitual todavía es que la orden de detención emane de otro tribunal de la República, incluso de aquellos que no tienen competencia en materia criminal, v. gr., cuando se cometen crímenes o simples delitos en la sala de despacho del tribunal.

Los requisitos de la detención por orden judicial son: 1) que no se trate de un asunto que sólo amerite citación; 2) solicitud del Ministerio Público en tal sentido; 3) resolución judicial, dictada en conformidad al art. 154 C.P.P.; 4) que de otra forma la comparecencia del imputado se vea demorada o dificultada, o se trate de un imputado que ha sido citado a una audiencia judicial en la cual su presencia es condición de validez, y que no comparece sin causa justificada (art. 127 C.P.P.).

El funcionario policial a cargo del procedimiento de detención debe informar al sujeto los motivos de la detención y los derechos que la ley le confiere. Tanto los fiscales como los jueces son responsables de la verificación del cumplimiento de dicho deber de informar establecido en favor de los imputados (art. 136 C.P.P.).

El C.P.P. contiene una norma especial en materia de detención referida al caso en que ésta tiene lugar en alguno de los casos previstos

en el art. 10 N° 6 § 2 C.P., evento en el cual la privación de libertad ha de cumplirse en la residencia del afectado. Si el detenido tuviere su residencia fuera de la ciudad donde funciona el tribunal competente, la detención se hace efectiva en la residencia que aquél señale dentro de la ciudad en que está ubicada la sede del tribunal (art. 138 C.P.P.).

2. *Detención en caso de flagrancia*⁶⁹

Cualquier persona, y no sólo la policía, puede detener a un sujeto que fuere sorprendido cometiendo un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Si la detención fuera practicada por un particular, el plazo para conducir al detenido ante la presencia judicial y para dar aviso al Ministerio Público de la detención, comienza a correr desde que el detenido es puesto a disposición de la autoridad policial.

Por su parte, la policía tiene la obligación de proceder a la detención de quienes fueren sorprendidos in fraganti en la comisión de un delito; a quienes habiendo sido sentenciados a una pena privativa de libertad hubieren quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva (art. 130 C.P.P.)⁷⁰.

El legislador ha preferido no dejar en manos de la jurisprudencia la determinación de los casos de delito flagrante, sino que ha establecido con detalle cada una de las hipótesis, señalando que ello ocurrirá respecto del individuo que:

- a) Actualmente se encuentra cometiendo un delito.
- b) Acaba de cometerlo.
- c) Huye del lugar de comisión del delito y es designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice.
- d) Es encontrado en el tiempo inmediato con objetos procedentes de la perpetración del delito o con señales, en sí mismo o en sus vestidos,

⁶⁹ Sobre el concepto de flagrancia, consúltese *Revista Procesal Penal* N° 1, Editorial Lexis-Nexis, Santiago, septiembre 2002, en concreto artículo de Iván MILLÁN, pp. 13-23.

⁷⁰ En conformidad al art. 129 C.P.P., es posible detener por flagrancia a quienes aparezcan como imputados por los delitos consignados en los arts. 361 a 366 quáter C.P., que requieren para su persecución instancia particular previa. Sobre la situación de las personas que gozan de fuero constitucional, véase el art. 417 C.P.P., y en caso de detención por flagrancia de un juez, fiscal judicial o fiscal del Ministerio Público, véase el art. 426 C.P.P.

que permiten sospechar sobre su participación en él, o con las armas o instrumentos que fueron empleados para su comisión.

e) Haya sido señalado como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse por las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio (art. 130 C.P.P.).

Corresponde a los jueces de garantía dar contenido —a través de sus resoluciones— a una serie de conceptos normativos que contienen las hipótesis de flagrancia recién referidas. Así, será labor jurisprudencial determinar qué debe entenderse por “acabar de cometer un delito” o por “tiempo inmediato a la perpetración de un delito”. La fijación de estos estándares judiciales ha de ser uniforme, facilitando la labor de los intervinientes sobre cuándo deben o no cuestionar en la audiencia pertinente la concurrencia de una hipótesis de flagrancia.

3. Duración de la detención

Para un adecuado análisis de este tema se debe distinguir si estamos en presencia de una detención por orden judicial o por configurarse, a juicio de quien practica la detención, una hipótesis de flagrancia.

En el primer caso, los agentes policiales que la hubieren diligenciado o el encargado del recinto de detención, conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden, esto es, ante el juez de garantía. Si ello no hubiere sido posible por no ser hora de despacho del tribunal, el detenido puede permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno puede exceder las veinticuatro horas, contado a partir de la hora en que se realiza la detención (art. 131 inc. 1º C.P.P.). El detenido no puede ser ingresado durante ese período de tiempo a un establecimiento penitenciario, ni aun por orden del fiscal (sólo al juez puede disponer que el detenido ingrese a un recinto penitenciario; art. 133 C.P.P.).

En hipótesis de flagrancia, el agente policial que la hubiere realizado o a quien se hubiere entregado por un particular al detenido, o el encargado del recinto de detención, debe informar de la detención al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de doce horas⁷¹. El fiscal

⁷¹ No se requiere en este caso que el imputado sea necesariamente llevado a la presencia del fiscal.

puede dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez de garantía dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifiesta una vez que se le comunica sobre la detención, la policía conserva la obligación de presentar al detenido ante la autoridad judicial dentro del plazo de veinticuatro horas, contado desde el momento de la detención (art. 131 inc. 2º C.P.P.).

4. Amparo de Garantías

Existe un instrumento procesal destinado a garantizar que el imputado privado de libertad sea conducido ante el juez de garantía en los plazos señalados por la ley. Se trata del denominado “amparo de garantías”, acción en virtud de la cual un tercero a nombre del imputado puede ocurrir ante el juez de garantía para solicitar que el imputado sea conducido ante él, se verifiquen las condiciones de legalidad de su privación de libertad, y se constate su condición actual (en especial su estado de salud). Si lo estima conveniente, el tribunal puede constituirse en el lugar de la detención. El juez puede ordenar que el sujeto sea puesto en libertad de inmediato o adoptar todas aquellas medidas que a su juicio fueren pertinentes.

Si la privación de libertad hubiese sido ordenada por medio de una resolución judicial, el afectado podrá impugnar dicha resolución por los medios procesales que le franquea el C.P.P., sin perjuicio de la procedencia del recurso de amparo establecido en la C.P.R. (art. 95 C.P.P.).

h) Prisión Preventiva

Es la medida cautelar personal de mayor gravedad e intensidad, toda vez que afecta el derecho a la libertad personal durante un lapso más o menos prolongado de tiempo. Es una medida eminentemente excepcional, que sólo procede cuando las demás medidas cautelares personales son insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento (art. 139 C.P.P.).

Al solicitar la prisión preventiva, el fiscal debe acreditar ante el juez “la plausibilidad del caso”. Se trata de una exigencia menor en términos probatorios que las que rigen para dictar sentencia en el juicio oral; y el tribunal debe limitarse a verificar si se cumplen o no los supuestos legales

y si están siendo demostrados con antecedentes concretos⁷². Para acreditar tales supuestos, el fiscal tiene amplia libertad probatoria.

Serán factores determinantes para la resolución del juez la intervención de los letrados al esgrimir las circunstancias de hecho del caso particular que permiten o no dar por acreditados los supuestos legales de procedencia de la medida cautelar. En este sentido, es gravitante para la fiscalía la seriedad en su actuar, pues de ello dependerá que el tribunal decida sólo tomando en cuenta las aseveraciones del fiscal, o si prefiere mayores exigencias (v. gr., que se le exhiban ciertos antecedentes antes de resolver).

En cuanto a los requisitos de procedencia de la prisión preventiva:

1. Se debe haber *formalizado la investigación*.

2. Debe ser decretada a *solicitud del fiscal o del querellante*. Esta solicitud puede formularse verbalmente en la Audiencia de Formalización de la Investigación, en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, en cualquiera etapa de la investigación judicializada, o incluso en la Audiencia de Juicio Oral (art. 142 C.P.P.).

3. *Debe decretarse en audiencia*. En la audiencia el juez debe escuchar necesariamente al defensor, a los demás intervinientes que hubieren comparecido y quisieren hacer uso de la palabra y, finalmente, al imputado.

4. *La presencia del imputado y su defensor en la audiencia constituye un requisito de validez de la misma* (art. 142 inc. 2º C.P.P.).

5. *Resolución fundada del tribunal*, en la cual han de expresarse los antecedentes calificados que justificaren la decisión (arts. 36, 122 y 143 C.P.P.).

6. El solicitante debe acreditar que se dan los siguientes *supuestos*:

1) antecedentes que justifican la existencia del delito que se investiga; 2) antecedentes que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor⁷³, y 3) antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que: i) la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias

⁷² Sería un error, particularmente de la defensa, exigir un estándar más alto de acreditación de los supuestos de esta medida cautelar, pues ello se traduciría en la realización de una especie de antejuicio en una etapa primaria de la investigación y en condiciones muy desventajosas para la defensa, ordinariamente recién asumida (y sin un mayor conocimiento de los antecedentes que obran en poder de la fiscalía y del caso en general).

⁷³ Los dos primeros requisitos constituyen lo que en doctrina se conoce como “presupuesto material de la prisión preventiva”.

precisas y determinadas de la investigación –se entiende que ello ocurre cuando existe sospecha grave y fundada de que el imputado puede obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando puede inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente–; ii) la libertad del imputado es peligrosa para el ofendido –lo que ocurrirá cuando existieren antecedentes calificados que permiten presumir que realizará atentados graves en contra del ofendido, de su familia o de sus bienes–; o iii) la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad⁷⁴.

Al estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal debe considerar la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputan y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, de estar en libertad condicional, o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encuentra pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que tratan, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla (art. 140 C.P.P.)⁷⁵.

Es esencial para un adecuado debate sobre la procedencia de esta medida cautelar que los intervinientes argumenten en forma separada sobre el presupuesto material (*requisitos 1 y 2*) y la necesidad cautelar (*requisito 3*), pues sólo una vez que se hubiere acreditado ante el tribunal el estándar del presupuesto material es posible argumentar sobre la necesidad cautelar en el caso particular.

Corresponde al fiscal apoyar la argumentación de su solicitud de prisión preventiva señalando los antecedentes que justifican la existencia del delito, los antecedentes que demuestran la existencia de presunciones fundadas de participación y cuáles son los antecedentes calificados que permiten fundar la solicitud de prisión preventiva, en base a las necesidades de cautela reconocidas en el Código. Por su parte, el defensor debe exigir que la fiscalía cumpla los estándares mínimos como

⁷⁴ Como se verá, esta causal es la que presenta mayores debates doctrinarios, dependiendo si se acogen posturas más o menos garantistas de los derechos de las personas.

⁷⁵ El tercer requisito, en su totalidad, es conocido como “necesidad cautelar” de la prisión preventiva.

para que se pueda conceder dicha medida, indicando la insuficiencia de antecedentes esgrimidos por la fiscalía, o proporcionando antecedentes que desvirtúen la verificación de los requisitos de la prisión preventiva y así permitir al tribunal tomar una decisión conforme a derecho, solicitando que la medida sea negada, sea porque no se da el presupuesto material o la necesidad de cautela, v. gr., mostrando el arraigo laboral, social y familiar del imputado y su buena conducta, o que las diligencias pendientes no requieren que el imputado se mantenga privado de libertad, o que el imputado en caso alguno representa un peligro para la seguridad del ofendido por el delito, etc.

Se ha discutido profusamente en la doctrina, a propósito de las hipótesis de la necesidad de cautela, acerca de lo que debe entenderse como “peligro para la seguridad de la sociedad”. Algunos sostienen que sólo debe entenderse como tal el denominado “peligro de fuga”, o sea, el riesgo que el imputado no comparezca a los actos del procedimiento, al juicio oral y a la ejecución de la sentencia. Algunos agregan además el “peligro de reiteración”; mientras otros impugnan dicho criterio y fundamentan que “el asignar a la prisión una función de prevención respecto de nuevos delitos importa aplicar para su procedencia criterios de peligrosidad que son propios de las medidas de seguridad y no de las cautelares. Esta finalidad es, por lo mismo, incompatible con la naturaleza de la prisión y no debe utilizarse. Introducir objetivos peligrosistas al proceso transforma a éste en instrumento de política criminal con fundamentos y objetivos diferentes a los planteados en su definición. El proceso está para determinar la responsabilidad penal y no para evaluar la peligrosidad del imputado...”⁷⁶. En general, la mayoría de los autores es de la idea que el juez debe tener ciertos criterios básicos que le permitan dilucidar si se ubica o no frente a esta hipótesis; así se señala, por ejemplo, que el juez debe considerar las condenas anteriores, los vínculos sociales del sujeto (familiares, laborales, deportivos, religiosos, comunitarios, etc.), la pena aplicable, etc.

Al resolver la petición de prisión preventiva, el tribunal no puede limitarse a constatar su utilidad y procedencia al momento de decretarla; más bien debe considerar, por exigencia legal, la naturaleza y características del hecho imputado y la probable pena aplicable al imputado si

⁷⁶ POBLETE, Orlando: “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”, citado en CHAHUÁN, Sabas: *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial ConoSur, Santiago, 2001, pp. 228-229.

fuere condenado, a fin de resguardar el respeto del “principio de proporcionalidad”, y además el tiempo faltante para la realización del juicio oral. Si no se estiman todas estas variables, y en particular las de orden temporal, se acrecientan los problemas de legitimidad al privar de libertad a un individuo, pues se estaría configurando una especie de “antejuicio” y castigo anticipado del imputado, perdiendo la prisión preventiva su carácter puramente cautelar al transformarse en una suerte de pena anticipada.

Cabe advertir que la prisión preventiva en ningún caso puede exceder en su duración a la pena probable aplicable al delito. La improcedencia de la prisión preventiva se encuentra reglada en el C.P.P.: no se puede decretar cuando aparece como “desproporcionada” en relación con la gravedad del delito imputado, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. Siendo aún más explícito, el legislador ha indicado su improcedencia en los siguientes eventos:

a) El delito imputado es sancionado únicamente con penas pecuniaras o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad cuya duración no es superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

b) Se trate de un delito de acción privada, y

c) Si el tribunal considera que, en caso de ser condenado, el imputado puede ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y, además, acredite tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Sin perjuicio de lo anterior, el imputado está obligado a permanecer en el lugar del juicio hasta su término, a presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente después de ser requerido o citado.

Sólo de manera excepcional es factible que la prisión preventiva sea decretada aun en los casos anteriores, si el imputado no cumple con las exigencias impuestas a través de las medidas cautelares personales regladas en el art. 155 C.P.P., o cuando el tribunal estima que el imputado no va a permanecer en el lugar del juicio o no se presentará a los actos de procedimiento o de ejecución de la sentencia.

También se decretará prisión preventiva respecto del imputado que no asista a la audiencia del juicio oral; resolución que adoptará el tribunal oral en lo penal a petición del fiscal o del querellante en la misma audiencia.

d) Si el imputado se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo es plausible estimar que el imputado no continuará cumpliendo la pena asignada, el fiscal o el querellante tienen la facultad de solicitar la aplicación de la medida de prisión preventiva, o alguna de las otras medidas cautelares personales, de modo que si el tribunal acoge la solicitud, la medida comenzará a aplicarse al imputado en cuanto cese su cumplimiento efectivo de la pena impuesta, sin solución de continuidad (art. 141 C.P.P.).

Otro asunto práctico de interés para los litigantes es la revisión, modificación o revocación de la prisión preventiva.

La resolución judicial que concede esta medida cautelar es esencialmente modificable durante el curso del procedimiento, de oficio o a petición de parte (art. 144 C.P.P.).

Si el imputado solicita por escrito la revocación de la prisión preventiva, el tribunal puede:

1. Rechazarla de plano. Esta forma de resolver las solicitudes de prisión preventiva, que como veremos no es susceptible de recurso de apelación, obliga a la defensa de los imputados a sólo solicitar la revocación de la cautelar cuando existan antecedentes reales y concretos que respalden su solicitud, de lo contrario el tribunal la rechazará de plano⁷⁷.

2. Citar a todos los intervinientes a una audiencia. El objetivo de esta audiencia es provocar un debate sobre la pertinencia de la prisión preventiva, en relación con la subsistencia de los requisitos en consideración de los cuales fue decretada la medida. En todo caso, cada vez que transcurran dos meses desde el último debate oral sobre la prisión preventiva, el juez de garantía debe citar a las partes a una audiencia en la que se vuelvan a discutir los antecedentes que le han dado existencia.

También puede ocurrir que el tribunal actúe de oficio:

1. El tribunal debe citar de oficio a los intervinientes a una audiencia destinada a debatir sobre la cesación, prolongación o mantención de la prisión preventiva decretada, cuando hubieren transcurrido más de seis meses desde la fecha en que se decretó la medida o desde el último debate oral sobre su mantención (art. 145 inc. 2º C.P.P.).

⁷⁷ Como se puede advertir, con ello se ha puesto término a la antigua práctica de solicitar sin mayores fundamentos la revisión de las cautelares, no para obtener un fallo favorable en el tribunal de primera instancia, sino para poder argumentar ante el tribunal de segunda instancia.

2. En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, puede sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas cautelares personales mencionadas en el art. 155 (art. 145 inc. 2º C.P.P.).

3. Se consagra una norma de general aplicación para poner término a la prisión preventiva en virtud de la cual el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva en caso de no subsistir los motivos que la hubieren justificado (art. 152 inc. 1º C.P.P.).

4. Se consagra una revisión obligatoria de la medida cuando su duración afecta al principio de la proporcionalidad de la pena. Cuando la duración de la cautelar alcanza la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria en contra del imputado, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal debe citar de oficio a una audiencia, con el fin de considerar la cesación o prolongación de la prisión preventiva (art. 152 inc. 2º C.P.P.).

5. El tribunal debe poner término a la prisión preventiva si dicta sentencia absolutoria en la causa o decreta su sobreseimiento definitivo o temporal. No obsta a esta determinación el hecho que las resoluciones citadas no se encuentren ejecutoriadas.

Si el tribunal lo estima pertinente, y con la finalidad de asegurar la comparecencia del imputado, puede imponer alguna de las otras medidas cautelares personales que regula el C.P.P. (art. 153 C.P.P.).

Existe otra forma especial de hacer cesar la prisión preventiva, que opera sólo en el caso en que ésta ha sido decretada o ha de ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio o a la eventual ejecución de la pena. En tal caso, el tribunal puede autorizar su “sustitución” por una caución económica suficiente, cuyo monto habrá de discutirse para luego ser fijado⁷⁸.

La caución puede consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal (art.

⁷⁸ La caución como sustitución de la medida de prisión preventiva tiene sentido cuando lo que se intenta proteger o cautelar es la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, pudiendo por tanto comprender tanto las hipótesis del art. 141 inc. 4º como las del art. 140, letra c. Para aquellos jueces que entienden que el art. 140, letra c, comprende tanto el peligro de fuga como el peligro de reiteración, la aplicación de la caución no tendría sentido en este último caso.

146 C.P.P.). Esta caución tiene por finalidad garantizar o asegurar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento, razón por la cual debe ser sustancial en su monto. No se trata de una garantía nominal, sino de una capaz de asegurar la comparecencia del imputado. Su monto debe ser de tal magnitud, en relación con el patrimonio del imputado, que debe pasar a constituir una presión para motivar el cumplimiento, conminando al imputado a presentarse al juicio y a la eventual ejecución de la sentencia.

Producida la rebeldía del imputado o su sustracción a la ejecución de la pena, se procede a ejecutar la garantía y a entregar el monto obtenido a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si la caución hubiera sido constituida por un tercero y se produjere alguna de las circunstancias referidas, el tribunal debe ordenar ponerla en conocimiento del tercero interesado, apercibiéndolo para que el imputado comparezca dentro de cinco días, de lo contrario se tendrá que proceder a hacer efectiva la caución⁷⁹.

La caución es cancelada y los bienes afectados son devueltos, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad, en los siguientes casos:

a) Si se decreta la prisión preventiva del imputado.

b) Si se absuelve al imputado, se sobresee la causa o se suspende condicionalmente el procedimiento.

c) Si se comienza a ejecutar la pena privativa de libertad o se resuelve que ella no debe ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se pague la multa y las costas fijadas en la sentencia.

En materia de “recursos” contra la resolución que ordena, mantiene, rechaza, revoca o sustituye la prisión preventiva, cabe precisar que dicha resolución es susceptible de recurso de apelación sólo si hubiere sido dictada en audiencia. En los demás casos no es susceptible de recurso alguno, v. gr., cuando la revocación es solicitada mediante presentación escrita de la defensa y es rechazada de plano por el tribunal (a menos que hayan transcurrido más de dos meses desde el último debate en audiencia sobre la cautelar) (art. 149 C.P.P.)⁸⁰.

Respecto del cumplimiento o ejecución de la medida: 1) pese a que se ha decretado la prisión preventiva en contra de un individuo, éste se

⁷⁹ Cuando la caución no consiste en dinero o valores, el rol de ejecutante es conferido al Consejo de Defensa del Estado (art. 147 del C.P.P.).

⁸⁰ Si fuere el tribunal oral en lo penal quien se pronuncia sobre la cautelar, su resolución es inapelable, en conformidad a los arts. 290 C.P.P. y 63, letra b, C.O.T.

encuentra amparado por la presunción de inocencia y en consecuencia debe ser tratado como tal; 2) todas las cuestiones relativas al cumplimiento de la medida deben ser supervigiladas por el tribunal que la decretó; 3) la prisión preventiva se ejecuta en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para la privación de libertad de los condenados (o al menos en lugares absolutamente separados); 4) la prisión preventiva ha de cumplirse de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y garantizar la seguridad de los demás internos y personas que cumplieren funciones o que por cualquier motivo se encuentra en el recinto; 5) excepcionalmente, el tribunal puede conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un período de tiempo determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegure que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva; 6) cualquier restricción que la autoridad penitenciaria imponga al imputado debe ser comunicada al tribunal, detallando los fundamentos que apoyan la restricción; y el tribunal tiene la facultad de dejarla sin efecto si la considera ilegal o abusiva, pudiendo convocar a una audiencia para su examen (art. 150 C.P.P.).

i) Reglas comunes a la prisión preventiva y a la detención

1. A petición del fiscal, el tribunal puede restringir o prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, si considera que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación. No obstante, en ningún caso se puede restringir el derecho del imputado de entrevistarse privadamente con su defensor, ni impedir el acceso al tribunal de la causa. Tampoco se puede restringir su acceso a una apropiada atención médica.

El tribunal debe instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encuentra acerca del modo de llevar a efecto la medida. Está prohibido encerrar en celdas de castigo al imputado (art. 151 C.P.P.).

2. En cuanto a los requisitos de las órdenes judiciales de detención o prisión preventiva, deben expedirse por escrito por el tribunal y han de contener:

i) el nombre y apellidos de la persona que debe ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizan o determinan;

ii) el motivo de la prisión o detención, y

iii) la indicación en la que se impone que el imputado debe ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención individualizado, o de permanecer en su residencia, según corresponda.

j) Medidas cautelares personales de menor intensidad

La sola mención en el C.P.P. de la posibilidad de decretar otras medidas cautelares de menor intensidad reflejan que la intención del legislador ha sido establecer que la prisión preventiva debe ser concebida como una medida de última *ratio* en materia de cautelares personales. Sólo debe aplicarse cuando los fines del procedimiento no puedan asegurarse mediante otra medida cautelar personal del extenso catálogo que establece la ley (arts. 155, 5º y 139 C.P.P.). Esto nos conduce a plantear que el debate sobre medidas cautelares que se realiza en la práctica ante los jueces de garantía carece de un orden lógico, pues lo que en verdad corresponde es que la discusión sobre las cautelares se inicie a propósito de la procedencia de las medidas indicadas en el art. 155 C.P.P., y sólo en el evento en que el fiscal o el querellante planteen que éstas son insuficientes para la consecución de los objetivos perseguidos sería plausible entrar a debatir sobre la procedencia y pertinencia de la prisión preventiva.

En cuanto a sus requisitos y tramitación, en especial en lo que se refiere a la procedencia, impugnación y ejecución de las cautelares personales de menor intensidad, rigen las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, mientras no se opongan a las normas especiales sobre estas cautelares. Así, por ejemplo, para decretarlas se requiere que se debata su procedencia en una audiencia, que el caso haya sido formalizado, y que el tribunal dicte una resolución fundada, entre otros requisitos ya vistos al estudiar la prisión preventiva.

1. Catálogo de medidas cautelares personales (art. 155 C.P.P.)

a) Pivación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encuentra fuera de la ciudad asiento del tribunal⁸¹;

⁸¹ Por ejemplo, si una persona no tiene domicilio en el lugar del juicio, puede igual beneficiarse con esta cautelar (v. gr., piénsese en ilícitos cometidos en el período estival). La medida es útil en tanto permite que un individuo pueda continuar realizando sus actividades laborales, impidiendo con ello que como consecuencia de una cautelar se vea afectado todo su núcleo familiar.

- b) Sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) Obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal⁸²;
- e) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar ciertos lugares;
- f) Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a defensa, y
- g) Prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, o la obligación de abandonar el hogar común.

2. Requisitos

Para solicitar una o más de tales medidas el fiscal del Ministerio Público, el querellante o la víctima⁸³, tienen que acreditar en una audiencia ante el juez de garantía:

- a) Que concurre el presupuesto material de la o las medidas solicitadas, esto es, antecedentes que justifican la existencia del delito y que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.
- b) Que concurre una o más hipótesis de necesidad de cautela (necesidad cautelar de la medida). Esta exigencia está referida a tres cuestiones que la medida podría resguardar: la indemnidad de la prueba, la eficacia de la sanción penal que puede aplicarse al imputado, y la protección de la persona del ofendido con el delito. En efecto, el legislador establece que se pueden decretar estas medidas para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia⁸⁴.

⁸² Se trata de una institución similar al arraigo del C. de P.P., pero con una reglamentación más flexible respecto del ámbito territorial.

⁸³ Esta facultad de la víctima le habilita a pedir sólo estas medidas cautelares personales. No podría formular una petición de prisión preventiva, por vedársele el art. 140 inc. 1º C.P.P.

⁸⁴ De la sola lectura de la necesidad cautelar se desprende que es menos exigente que la consagrada a propósito de la prisión preventiva. Además consagra de un modo expreso la necesidad de cautela, reconocida en el derecho internacional, como peligro de fuga.

Con todo, el tribunal puede dejar temporalmente sin efecto alguna o todas las medidas decretadas, a petición del afectado, oyendo al fiscal y previa citación de los demás intervinientes que hubieren participado en la audiencia en que se decretaron, si estima que la suspensión de las medidas no pone en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al momento de imponerlas. Para estos efectos, el juez puede admitir las cauciones previstas a propósito de la prisión preventiva (art. 154 C.P.P.).

3. Consideraciones finales

Un asunto que no ha sido comprendido por todos los actores que operan en el nuevo sistema tiene que ver con los estándares exigibles para que las medidas cautelares personales sean concedidas.

Algunos estiman que el estándar de la prisión preventiva es equivalente al estándar de todas las otras medidas cautelares personales que reglamenta el C.P.P., y encuentran como argumento de texto el art. 155 C.P.P., cuando señala que “la procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo”.

Si se interpreta el art. 155 C.P.P. de manera literal, la defensa tendría el deber de exigir el cumplimiento por parte de la fiscalía de los mismos estándares de la prisión preventiva para el caso de las otras cautelares personales.

Nos parece evidente que el estándar judicial debe ser levemente menor en las medidas contempladas en el art. 155, dada la naturaleza y entidad de las mismas. Interpretar la norma en sentido literal lleva al absurdo que al cumplirse por el solicitante el estándar para obtener que se decreten algunas de las medidas enumeradas en el referido artículo, queda, desde ya, habilitado para solicitar la aplicación de aquella cautelar que significa la mayor afectación de derechos de un imputado, como es la prisión preventiva.

Una interpretación de esa especie haría inoperante todo el catálogo de medidas del art. 155, lo cual sería contrario al espíritu del legislador. Las medidas de menor intensidad han de ser las de normal aplicación cuando sea procedente una medida cautelar personal, siendo la prisión preventiva una medida excepcional.

A nuestro juicio, la interpretación correcta de estos estándares es que las exigencias legales para la aplicación de las medidas cautelares persona-

les del art. 155 C.P.P. son exactamente las mismas, en lo que se refiere al presupuesto material, que las que rigen para la prisión preventiva, esto es, se debe acreditar el art. 140, letras a y b C.P.P.; en cambio, sí se diferencian en cuanto a la necesidad de cautela exigida en una y otra clase de cautelar. Los argumentos de esta tesis son los siguientes: 1) respecto de las otras medidas cautelares personales el estándar de concesión no está señalado en el art. 140, letra c, sino en el art. 155 inc. 1º; 2) en las otras medidas cautelares no se contempla como necesidad de cautela el peligro para la seguridad de la sociedad, sino un peligro de fuga más acotado; y 3) porque en aquellas causales que obedecen a la misma necesidad de cautela —como son las diligencias de investigación y la protección del ofendido—, el estándar de concesión de la medida es diferente. Si estamos frente a la prisión preventiva, el legislador requiere que se acredite el estándar con antecedentes calificados, y además que se trate de diligencias precisas y determinadas de investigación o que la libertad del imputado sea un peligro para la seguridad del ofendido; en cambio, en el art. 155, inc. 1º, no se exige la concurrencia de antecedentes calificados, y el estándar de concesión es menor ya que se requiere que se pidan para garantizar el éxito de diligencias de investigación, proteger al ofendido, o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o a la ejecución de la sentencia⁸⁵.

k) Medidas cautelares reales

Durante la etapa de investigación judicializada, los fiscales del Ministerio Público o la víctima tienen derecho a solicitar, mediante la presentación de un escrito ante el juez de garantía, la aplicación en contra del imputado de alguna de las medidas cautelares reales contem-

⁸⁵ Entender de esta manera los estándares de concesión de las cautelares personales tiene importantes consecuencias prácticas. La más importante de ellas sin duda será que si el tribunal ha rechazado una solicitud de prisión preventiva, luego del debate de los intervinientes, por considerar que no se ha acreditado el denominado presupuesto material de la cautelar, el solicitante no podrá renovar el debate sobre cautelares en la misma audiencia solicitando la aplicación de una o más de las medidas del art. 155, pues al señalar que no se ha acreditado el presupuesto material de la cautelar el tribunal ha hecho un pronunciamiento aplicable también a las del art. 155. Sólo podrá plantearse el debate sobre cautelares de menor intensidad cuando el motivo para rechazar la prisión preventiva haya sido el no cumplimiento del estándar referido a la necesidad de cautela del art. 140 letra c. Esta lectura no debe entenderse como sinónimo de etapas procesales que precluyen en la misma audiencia, pues si el fiscal presentase nuevos argumentos tendientes a acreditar el presupuesto material, el juez debería dar espacio para dicho debate.

pladas en el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) a propósito de las medidas precautorias; es decir, la aplicación en el procedimiento penal de las denominadas medidas precautorias propiamente tales: a) secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; b) nombramiento de uno o más interventores; c) retención de bienes determinados, y d) prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados (arts. 290 y ss. C.P.C.).

En estos casos, las solicitudes se sustancian y rigen de conformidad a las reglas de las medidas prejudiciales. Concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extiende hasta quince días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 157 C.P.P.).

l) Recursos

Respecto de las resoluciones que son dictadas por el juez de garantía con motivo de la aplicación de medidas cautelares, los intervinientes sólo pueden interponer recurso de apelación (art. 158 C.P.P.).

m) Otras solicitudes

En la Audiencia de Formalización de la Investigación también pueden abordarse otras solicitudes y temas presentados por las partes.

1. Diligencias solicitadas por la defensa

La defensa puede utilizar esta oportunidad para solicitar al fiscal adjunto la realización de todas aquellas diligencias de investigación que considere pertinentes para los intereses del imputado y el esclarecimiento de los hechos. El juez de garantía puede recomendar al fiscal –y no obligar– que las diligencias solicitadas se lleven a efecto cuando las considere necesarias para un efectivo ejercicio del derecho a defensa del imputado o cuando estime que son expresión del principio de objetividad que debe regir el obrar del Ministerio Público (art. 77 C.P.P.). En todo caso la decisión definitiva sobre si se practicarán o no las diligencias solicitadas le cabe exclusivamente al fiscal a cargo de la investigación⁸⁶.

⁸⁶ Como se verá, el único mecanismo por el cual los intervinientes pueden obligar al Ministerio Público a realizar una diligencia determinada es por la vía de la “reapertura” de la investigación.

Se ha sostenido que esta solicitud de diligencias de investigación, dado el tenor del art. 98, sólo es procedente en el evento que el imputado hubiere prestado declaración ante el juez de garantía. De conformidad a los derechos que consagra el C.P.P. respecto del imputado, entre ellos el derecho a solicitar a los fiscales la realización de diligencias de investigación, es evidente que tales planteamientos pueden formularse directamente al fiscal, sea o no en una audiencia ante el juez de garantía destinada a recibir la declaración del imputado (arts. 93 letras b, c y e, 104 y 183 C.P.P, art. 32 letra b de la ley N° 19.640).

No debe olvidarse que las solicitudes de diligencias de investigación formuladas por la defensa u otro interviniente que hubieren sido desechadas por el Ministerio Público pueden ser repuestas, en conformidad al art. 257 C.P.P., hasta el momento del cierre de la investigación; en cuyo caso, y de persistir la negativa del fiscal, el juez de garantía puede ordenar al Ministerio Público que realice la diligencia correspondiente si encuentra fundamento y mérito para ello, fijándole un plazo para evacuarla⁸⁷. El fiscal puede solicitar la ampliación de ese plazo por una sola vez⁸⁸.

2. Fijación de plazo para el cierre de la investigación

El fiscal del Ministerio Público cuenta con el plazo legal de dos años contados desde la formalización de la investigación para terminar con las pesquisas y diligencias. Al término de los dos años el fiscal puede adoptar una serie de decisiones, tales como: no perseverar en el procedimiento, sobreseer la causa, o acusar al imputado (art. 247 C.P.P.).

⁸⁷ Nos parece que la forma correcta de interpretar y dar sentido al art. 257 es precisamente entendiendo que su contenido está referido a la posibilidad de los intervinientes, y en particular de la defensa, de renovar diligencias cuando el fiscal decida acusar. Esta solicitud debe plantearse en el tiempo que media entre la decisión de cierre de la investigación y la presentación de la acusación por parte del fiscal.

⁸⁸ Se ha sostenido por parte de algunos jueces que la solicitud a que se refiere el art. 257 C.P.P. sólo puede hacerse valer en la medida que el interviniente haya reclamado de la denegatoria del fiscal ante las autoridades superiores del Ministerio Público como condición para impetrar la facultad de renovar las diligencias al cierre de la investigación. En nuestra opinión basta que el interviniente hubiese solicitado la diligencia en la etapa de investigación y que ésta le hubiese sido negada por el fiscal.

Este plazo legal de duración de la investigación puede aparecer demasiado extenso en ciertas ocasiones, particularmente en los casos de delito flagrante⁸⁹.

Desde el punto de vista de la defensa, si el tribunal concede la aplicación de una medida cautelar, es evidente que existe interés por anticipar el término de la investigación, v. gr., si se decreta la prisión preventiva del imputado; a menos que la construcción de la teoría del caso de la defensa requiera de un plazo cercano al legal para sustentarla.

Sin perjuicio de las facultades de oficio del tribunal, la defensa puede solicitar en la Audiencia de Formalización de la Investigación, luego de discutidas las medidas cautelares o antes del término de la audiencia, que se fije un plazo judicial inferior al legal para que la fiscalía concluya su investigación (arts. 234 y 247 del C.P.P.).

En diversos tratados internacionales se reconoce la garantía del imputado de ser juzgado dentro de un período razonable de tiempo⁹⁰. Esta garantía es independiente de la existencia de medidas cautelares personales, respecto de las cuales también debe cumplirse un estándar razonable en cuanto al plazo de duración de las mismas. En el evento de haberse formalizado una investigación, sin que se decreten medidas cautelares, todavía la defensa podrá argumentar a favor de un plazo menor al plazo legal de investigación, cuando éste apareciere desproporcionado a la naturaleza del hecho investigado y a las diligencias que se vislumbren como necesarias para su esclarecimiento⁹¹.

Aun a falta de solicitud de los intervinientes, pero siempre oyendo al Ministerio Público, el juez de garantía se encuentra obligado a

⁸⁹ La reducción de un plazo de investigación que aparezca como excesivo no sólo beneficia al imputado, sino también eventualmente a las víctimas del presunto ilícito; toda vez que impide que pueda perderse evidencia inculpatória, sea por su degradación física o por la falta de interés de ciertos declarantes de concurrir al juicio.

⁹⁰ Entre otros podemos citar los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.3 letra c del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.

⁹¹ Las argumentaciones de la fiscalía deben ir dirigidas a demostrar al juez de garantía que por la naturaleza, complejidad o diversidad de las diligencias a practicar se requiere un plazo de investigación que se deberá proponer al juez, en vez de reiterar la referencia legal al plazo de dos años, se recomienda a la fiscalía anticiparse a la solicitud de la defensa, preparando los argumentos que justifiquen un período determinado para cursar la investigación. En definitiva, lo que se debe evitar es que se produzca una discusión y decisión en abstracto sobre la duración de la investigación, dejando de lado los aspectos centrales (naturaleza y complejidad de esa investigación en el caso concreto, número de testigos a examinar, localización de tales testigos, existencia de peritajes necesarios, etc.). También debe evitarse una suerte de criterio matemático fijando un lapso de tiempo, en un punto medio, entre lo solicitado por la fiscalía y la defensa.

cautelar las garantías de los intervinientes, no sólo ponderando los intereses del imputado sino también los de la víctima, querellante y Ministerio Público, de modo que tiene facultades para fijar de oficio un plazo diferente al legal para el cierre de la investigación, atendiendo las particularidades de los hechos investigados.

Finalmente, se ha discutido entre los diversos actores sobre el momento para debatir la fijación de un plazo judicial de investigación. En nuestra opinión no es razonable pensar que sólo pueda discutirse la aplicación de dicho plazo en la Audiencia de Formalización, pues pese a la ubicación del art. 234 en el párrafo sobre la Formalización, la garantía de un juicio oportuno resulta ser una garantía que puede ser declarada por el juez en cualquiera etapa del proceso. Por lo demás, las razones que se tuvieron a la vista por el juez al fijar o no un determinado plazo judicial pueden sufrir modificaciones en el tiempo, lo que habilita al fiscal para pedir su prórroga o al defensor para solicitar su reducción.

La única exigencia clara para el tribunal es que no puede resolver de plano la solicitud, sino que debe citar a una audiencia judicial a fin de debatir sobre la solicitud planteada y en la que los intervinientes tengan la posibilidad de exponer verbalmente sus argumentaciones. Recordemos que el art. 234 exige expresamente que el juez oiga el parecer del Ministerio Público antes de adoptar una resolución sobre esta materia.

Tal como lo ha indicado un comentarista del C.P.P., “el plazo fijado por el juez es de carácter judicial, por lo que conforme a las reglas generales admite prórroga a su vencimiento. En consecuencia, los fiscales del Ministerio Público se encuentran facultados para solicitar la prórroga del plazo fijado para el cierre de la investigación, lo que resolverá el tribunal por resolución motivada”⁹².

n) Efectos de la formalización de la investigación

Una vez que el juez de garantía tiene por formalizada la investigación en contra de un imputado por uno o más delitos determinados, se generan una serie de efectos, entre los que podemos destacar los siguientes:

⁹² AGUILAR, Cristián: *Código Procesal Penal, Comentado, Concordado, Breves Reseñas Jurisprudenciales*. Tomo 1. Editorial Metropolitana, Santiago, 2001, pp. 495 y 496.

1. Se suspende la prescripción de la acción penal (que había comenzado a correr desde el día de la comisión del hecho imputado);

2. Comienza a correr el plazo de dos años para que el fiscal lleve a cabo todas las diligencias investigativas, salvo que el juez de garantía –de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, oyendo al Ministerio Público–, hubiere fijado un plazo judicial inferior al legal.

3. El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

4. Dado que la presencia del defensor es requisito de validez de la audiencia, pues su ausencia puede acarrear la nulidad de la misma, es evidente que al menos a partir de ese momento el sujeto imputado ha de contar con defensa letrada.

5. La formalización constituye el primer peldaño en torno al cual se construye el principio de congruencia que informa todo el proceso penal. En efecto, la acusación fiscal que eventualmente se deduzca en el futuro sólo podrá referirse a las personas y hechos contenidos en la formalización, sin perjuicio de que se pueda modificar la calificación jurídica.

En breve, el principio de congruencia exige que se produzca la debida armonía y correspondencia entre los hechos por los que se formaliza la investigación, aquéllos por los cuales luego se deduce la acusación por el Ministerio Público, y finalmente aquéllos en cuya virtud el tribunal oral en lo penal dicta sentencia condenatoria: el hilo conductor de este principio lo constituyen los hechos imputados, no así la calificación jurídica de tales hechos. El fiscal puede acusar por un tipo distinto a aquel que señaló al momento de formalizar la investigación, y el tribunal oral en lo penal también puede abrir debate en el juicio oral sobre una calificación jurídica distinta a la formulada por la fiscalía en su acusación, y posteriormente dictar sentencia conforme a ella (arts. 229, 259 i.f. y 342 C.P.P.).

En las secciones que siguen se procede a revisar otros debates relevantes que pueden ocurrir después de formalizada la investigación, sea en la misma audiencia o en una citada al efecto, pero siempre dentro de la etapa de investigación judicializada.

ñ) Reformalización o Ampliación de la Investigación

En atención a que las investigaciones realizadas por la fiscalía pueden sufrir modificaciones en el tiempo, resulta probable que los hechos

materia de una formalización de cargos sufran también alteraciones. Particularmente claro resulta ello cuando la imputación se ha efectuado en hipótesis de flagrancia, pues los plazos que la propia ley establece son altamente exigentes para la formulación fiscal.

Por otra parte, la formalización debe cumplir el rol de informar a quien es objeto de la persecución penal de los hechos precisos en base a los cuales está siendo investigado. Siendo todo ello a su vez relevante en función del ejercicio adecuado del derecho a defensa.

Finalmente, la acusación no puede exceder los márgenes fácticos de la imputación que formalmente le fue comunicada por parte de la fiscalía, pues atentaría contra el principio de congruencia que debe existir entre la formalización y la acusación. Sin perjuicio de ello, resulta razonable y deseable que cualquier modificación en la imputación fáctica original sea conocida y comunicada judicialmente al imputado por parte de la fiscalía⁹³. Esto último es lo que ha sido denominado “reformatización de la investigación” o “ampliación de la formalización”⁹⁴. Esta figura sólo es necesaria cuando lo que se modifica son los hechos constitutivos de la imputación, mas no las calificaciones jurídicas que no están tuteladas por el principio de congruencia. A mayor abundamiento, el propio Código faculta al fiscal para modificar la calificación jurídica en el art. 259 inciso final, y al tribunal oral conforme al art. 341 inc. 2°. Por último, existe la posibilidad para el fiscal y el querellante de modificar la calificación jurídica y proceder conforme a las reglas del procedimiento abreviado (art. 407 C.P.P.).

⁹³ Los profesores Blanco y Decap son de la opinión que conforme a los arts. 229, 230 y 185, no existe ningún impedimento legal para que el fiscal amplíe la imputación original de cargos que efectuó en la Audiencia de Formalización de la Investigación; existiendo, asimismo, normas que permiten al defensor resguardar el derecho a defensa en aquellos casos en que la reformatización ha sido realizada próxima al cierre de la investigación, entre las cuales pueden mencionarse los arts. 10, 257, 278, entre otros. Esta postura es la mayoritariamente aceptada por los jueces de garantía.

⁹⁴ Por su parte, los profesores Moreno y Rojas consideran que la figura de la reformatización carece en primer lugar de sustento normativo; además sostienen que teniendo la formalización un marcado contenido garantista, se debe interpretar el art. 229, en relación al art. 5°, de manera restrictiva. Lo que corresponde en el evento que la primitiva imputación no sea posible de sustentar conforme a la evidencia recopilada por el fiscal es que éste cierre esa investigación y proceda a iniciar una nueva investigación conforme a la versión de hechos que ahora sostiene. En el mismo sentido NÚÑEZ, Cristóbal: *Tratado de Derecho Procesal Penal y del Juicio Oral*. T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 97.

o) Tratamiento de Jóvenes Infractores de Ley

Cuando en el procedimiento penal reformado nos encontremos frente a menores de edad, debemos poner atención a las siguientes cuestiones que alteran en mayor o menor medida lo que hemos dicho respecto de los imputados mayores de edad.

Una primera materia relevante al determinar si estamos o no frente a un menor de edad tiene que ver con la reglamentación de la detención:

Tratándose de una detención por orden judicial, es plenamente aplicable el art. 131 (aplicable también a los mayores de edad), que dispone que los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención ha de conducir inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden.

Si la detención se verifica por constituirse respecto del menor una hipótesis de flagrancia, rige el art. 16 inc. 1º de la ley N° 16.618⁹⁵, que dispone que Carabineros de Chile debe poner a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que se encuentren en las situaciones previstas en los arts. 129 y 131 C.P.P., directa e inmediatamente a disposición del juez de garantía competente. La norma en comento lo que hace es explicitar dos cosas: en primer lugar, que el menor debe ser llevado a la presencia judicial de manera directa, esto es, sin intermediaciones, lo que se ha interpretado en el sentido que se le debe trasladar a la sede judicial sin que previamente se le haya trasladado ante otra autoridad, como sería por ejemplo el Ministerio Público; en segundo lugar, la norma hace hincapié en que al menor se le debe llevar a la primera audiencia judicial sin dilaciones⁹⁶⁻⁹⁷.

Las cuestiones aludidas han de ser parte del debate que se sostendrá ante el juez de garantía a propósito del control de legalidad de la detención de un menor.

⁹⁵ Esta norma fue modificada por el art. 37 de la ley N° 19.806, que introduce normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

⁹⁶ La terminología utilizada por el legislador denota que lo que se quiere es que el menor enfrente a la autoridad judicial en el menor tiempo posible, por lo que entendemos que en estos casos no se debe esperar un tiempo cercano al vencimiento del plazo de la detención, sino que por el contrario se le deberá conducir al tribunal a la primera hora de audiencia disponible.

⁹⁷ En opinión de Rafael Blanco, es razonable que se otorgue un tiempo prudente al fiscal para poder determinar si el menor debe ser dejado en libertad o para acopiar la información mínimamente necesaria para eventualmente imputar cargos concretos; todo lo cual debe entenderse en el contexto restrictivo de tiempo que desee imponer la norma de la Ley de Menores. Entenderlo en un sentido distinto arriesga dejar al fiscal sin argumentación ante el juez o recurrir a ampliaciones innecesarias de detención.

Un segundo aspecto sobre el cual tendremos que prestar atención como litigantes es la pena prevista por el legislador a la infracción legal atribuida al menor (pena en abstracto), pues ella determinará en definitiva cuál será el tribunal competente para conocer de la declaración de discernimiento⁹⁸ de los menores de dieciocho años pero mayores de dieciséis. Esta materia se encuentra en el art. 28 de la Ley de Menores.

Será competente el Juez de Letras de Menores cuando al menor se le imputare un hecho constitutivo de delito que la ley sancione con penas superiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo. En este caso, la declaración de discernimiento debe ser solicitada por el Ministerio Público, inmediatamente después de formalizada la investigación. El Juez de Menores oirá los informes social y psicológico del Servicio Nacional de Menores, a los intervinientes en el proceso penal respectivo y, en todo caso, al defensor del menor⁹⁹. Dicha declaración no podrá tardar más de quince días, aun cuando no se hayan recibido los informes técnicos¹⁰⁰. La resolución del Juez de Menores que declare la falta de discernimiento puede ser impugnada por medio del recurso de apelación, que se concederá en el solo efecto devolutivo¹⁰¹.

Será competente, por su parte, el propio juez de garantía cuando el hecho que se atribuye al menor fuere constitutivo de falta o simple delito que la ley no sancione con penas privativas o restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedan la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. El plazo que tiene el juez de garantía también es de quince días. El juez, luego de formulada la petición por parte del Ministerio Público¹⁰², citará a audiencia a todos los intervinientes, previa designa-

⁹⁸ Sobre el concepto de discernimiento, véase POLITOFF, Sergio, et al.: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 318 y 319.

⁹⁹ Es discutible, dado el tenor del art. 2º de la ley Nº 19.718, que los defensores penales públicos o licitados –que según el texto legal pueden actuar ante los tribunales de la Reforma Procesal Penal y las Cortes (de Apelaciones y Suprema)–, puedan comparecer ante los tribunales de menores que conozcan del discernimiento de un menor.

¹⁰⁰ De no producirse el pronunciamiento del tribunal dentro del plazo de quince días, la defensa deberá solicitar el sobreseimiento definitivo de su representado. El art. 10 Nº 3 del Código Penal establece que están exentos de responsabilidad criminal: ...el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

¹⁰¹ La defensa del menor debiera entonces solicitar ante el juez el cese de las medidas cautelares que afectaren al menor.

¹⁰² El fiscal solicitará esta audiencia en su escrito de requerimiento de procedimiento simplificado o en la audiencia de control de detención, recurriendo al art. 393 bis C.P.P.

ción de un defensor para el menor, si no tuviere uno de su confianza, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba.

Si se declara que el menor ha obrado con discernimiento, el proceso se regulará conforme a las reglas del procedimiento simplificado, cualquiera sea la pena requerida por el fiscal; sin perjuicio de adoptar si lo considerare pertinente las decisiones de archivo provisional¹⁰³, facultad de no iniciar investigación o aplicar el principio de oportunidad.

Encontrándose firme la resolución del juez de garantía que declara que el menor ha actuado sin discernimiento, se debe poner término al procedimiento penal mediante la declaración de sobreseimiento definitivo, de acuerdo a lo prescrito en el art. 250, letra c, C.P.P., en relación al art. 10 N° 3 C.P., y se comunicará de esta decisión al juez de menores, a fin de que este último determine si corresponde la aplicación de alguna de las medidas de protección que se establecen en el art. 29 de la ley N° 16.618. Tratándose del juez de menores, podrá decretar estas medidas conjuntamente con la resolución que declara al menor sin discernimiento.

16. AUDIENCIA DE CAUTELA DE GARANTÍAS

El art. 10 es una de las normas más novedosas del C.P.P.¹⁰⁴. La cautela de garantías faculta al juez de garantía¹⁰⁵ a adoptar las medidas que fueren necesarias a fin de permitir a un imputado el ejercicio de los derechos que le conceden las garantías judiciales consagradas en la legislación interna o en los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, cuando el imputado no estuviere en condiciones a juicio de la magistratura de ejercer sus referidos derechos. Incluso se faculta al tribunal, a petición de parte o de oficio, para suspender el curso del procedimiento, e inclusive decretar el sobreseimiento temporal del mismo. La norma en comento se encuentra íntimamente ligada con la disposición constitucional fijada en el art. 19 N° 3 inc. 4°, que impone

¹⁰³ Procedería pese a que habría mediado intervención judicial, haciendo excepción a la regla del art. 167 C.P.P.

¹⁰⁴ Sobre el origen del precepto véase PFEFFER, Emilio: *Código Procesal Penal, Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 28 y 29.

¹⁰⁵ Por la literalidad del artículo sería improcedente invocar dicha norma ante un tribunal oral en lo penal. Sin embargo, no se divisa razón para que ello ocurra, dada la naturaleza y sentido de la norma.

al legislador la obligación de asegurar a los ciudadanos un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Se trata de una incidencia promovida por uno de los litigantes o por el propio juez de garantía, que dará origen a una audiencia en que los intervinientes deberán argumentar sobre la concurrencia o no de determinadas circunstancias que impiden al imputado ejercer los derechos que se le reconocen en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Si el juez, por considerar que las medidas que pudiere adoptar no son suficientes, decidiere suspender el procedimiento, se van a debatir cuestiones tales como la pertinencia de decretar medidas cautelares sobre la persona del imputado hasta que se efectúe la audiencia decretada en virtud de la suspensión, la posibilidad de apelar de la resolución que decreta una suspensión del procedimiento¹⁰⁶, etc.

La audiencia decretada por el tribunal, en virtud de la suspensión, se llevará a efecto con los intervinientes que asistan, y en ella el juez, tomando en consideración los antecedentes reunidos y los que se expongan verbalmente en dicha audiencia, podrá adoptar las siguientes decisiones: a) dejar sin efecto la suspensión del procedimiento decretada, o b) decretar el sobreseimiento temporal en la causa respecto de ese imputado¹⁰⁷.

17. AUDIENCIA DE PRUEBA ANTICIPADA

Esta audiencia tiene por objeto rendir prueba testimonial o pericial en la etapa de investigación ante el juez de garantía, pero conforme a las reglas y principios que inspiran al juicio oral: oralidad, inmediación y contradicción¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Recuérdese que el art. 370 permite la apelación cuando se suspendiere por más de treinta días el procedimiento.

¹⁰⁷ La norma en comento ha ido adquiriendo una mayor relevancia a medida que el sistema se consolida, pues se trata de una eficiente herramienta para cautelar las garantías del debido proceso e ir delimitando, a través de los pronunciamientos judiciales, cuáles son los alcances de dichas garantías. Esta norma se ha utilizado entre otras cosas para debatir el tema del secreto de la investigación y su extensión, la inteligencia de la norma del art. 182, a propósito del derecho a obtener copias de la investigación fiscal, fundar la solicitud de informes presentenciales directamente por la defensa de un imputado, etc.

¹⁰⁸ Las reglas y principios del juicio oral se explican en el *Capítulo III*. El litigante debe considerar lo que se sostiene a propósito del examen, contraexamen de testigos y peritos, y sistema de objeciones, y aplicar tales recomendaciones en la audiencia de prueba anticipada ante el juez de garantía.

La solicitud de audiencia puede plantearse tanto por la fiscalía como por la defensa¹⁰⁹ y respecto de la prueba de testigos a ser rendida tanto en Chile como en el extranjero, o respecto del informe de peritos, siempre y cuando se cumplan todos los supuestos legales que hacen procedente dicha solicitud (arts. 191, 192, 280 C.P.P.¹¹⁰).

Corresponderá a los intervinientes exigir que la contraparte demuestre el cumplimiento de los requisitos legales que hacen procedente la recepción de la prueba anticipada ante el juez de garantía. Así, en el caso de la prueba de testigos y peritos deberá acreditarse la imposibilidad del mismo de concurrir a la Audiencia del Juicio Oral por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreveniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

La discusión sobre los requisitos de la prueba anticipada recae normalmente en cuestiones de hecho, como son el demostrar por qué un testigo o perito no estará en condiciones de concurrir a la audiencia del juicio oral a prestar su declaración o a exponer las conclusiones de su informe. Obviamente, si no se justifican esos presupuestos el juez de garantía negará lugar a la solicitud.

El juez de garantía debe en estos casos de excepción citar a una audiencia especial a fin de recibir la prueba anticipada. Cualquiera sea la situación, si la solicitud es formulada en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, es razonable que se decrete una suspensión de la misma audiencia con la finalidad de permitir que los intervinientes puedan preparar adecuadamente sus respectivos interrogatorios y contrainterrogatorios (art. 296 C.P.P.).

Resulta importante recalcar aquí que las situaciones en que es procedente esta institución son enteramente excepcionales a las normas probatorias propias del juicio oral. Se trata de pruebas que en definitiva

¹⁰⁹ Así se ha entendido en la práctica, pese a que del tenor de los arts. 191 y 192 C.P.P. pareciera ser aplicable sólo a los fiscales del Ministerio Público. Los motivos que permiten rendir una prueba anticipada pueden configurarse respecto de los testigos o peritos de cualquier interviniente.

¹¹⁰ Pese a que el art. 280 C.P.P. parece circunscribir la prueba anticipada de peritos a la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, la verdad es que la justificación de la prueba anticipada (o la imposibilidad de poder concurrir a declarar al juicio) puede ocurrir en cualquier momento de la investigación y no sólo a su culminación. Otros actores son de opinión contraria y estiman que sólo sería posible la prueba anticipada de testigos, pues las pericias se refieren a materias técnicas y procedimientos estandarizados, que hace que sea posible reemplazar un perito que no vaya a estar en condiciones de declarar en el juicio oral.

van a alterar el principio de la inmediación, toda vez que los miembros del tribunal oral tomarán conocimiento de tales antecedentes probatorios mediante la lectura de las actas en las que se da cuenta de los registros de la diligencia probatoria realizada en una audiencia especial ante el juez de garantía¹¹¹⁻¹¹².

Por regla general, la prueba anticipada no es conveniente para la contraparte, pues la cantidad y calidad de información que posee para preparar su contraexamen es menor a la que hipotéticamente tendría en la Audiencia de Juicio Oral. Ello es particularmente claro en los casos en que esta solicitud de prueba anticipada se formula en la Audiencia de Formalización.

18. AUDIENCIA DE JUICIO INMEDIATO

Al momento de formalizar la investigación, el fiscal de la causa puede tomar la decisión estratégica de solicitar juicio inmediato. Para ello ha de revisar si cuenta o no con todos los antecedentes que le permitirían llevar el caso a un juicio oral, sin tener que realizar otras diligencias ni esperar otras actuaciones.

Esto suele ocurrir, por ejemplo, cuando un funcionario policial detiene in fraganti al autor de un delito, reteniendo las especies u objetos del delito, individualizando a la víctima y a los testigos. También es plausible pensar que el fiscal estaría interesado en un juicio inmediato si ha investigado por un período de tiempo sin necesidad de haber tenido que judicializar.

En estos casos, la Audiencia de Formalización de la Investigación puede transformarse en Audiencia de Preparación del Juicio Oral, debiendo el fiscal formular verbalmente su acusación y ofrecer la prueba a rendir en el juicio oral; lo mismo corresponde hacer al querellante, si lo hubiere. Luego se concede la palabra al imputado, quien hará las alegaciones que estime de rigor ofreciendo sus pruebas. En ese evento la audiencia culmina con la dictación por parte del juez de garantía del

¹¹¹ Tener a la vista los arts. 191 (prueba de testigos en Chile), 192 (prueba de testigos en el extranjero), y 280 (prueba de peritos) C.P.P.

¹¹² Se recomienda sustituir las actuales actas escritas de registro por sistemas de registro audiovisual, para que los jueces tengan una mejor percepción de la declaración del testigo o perito, no sólo en cuanto a su contenido, sino a la forma en que declaró; factor que influye en su credibilidad.

Auto de Apertura del Juicio Oral o con la realización de un Procedimiento Abreviado si hubiere acuerdo entre la fiscalía y el imputado asesorado por su defensor. En caso que el imputado no esté en condiciones de presentar sus solicitudes de prueba, el juez de garantía está facultado para suspender la audiencia y postergar la dictación del Auto de Apertura por un lapso de tiempo entre quince y treinta días, plazo que dependerá de la naturaleza del delito investigado (art. 235 C.P.P.).

Resulta fundamental que el defensor esté atento a hacer valer ante el tribunal, frente a la solicitud de Juicio Inmediato planteada por el fiscal, que no se encuentra en ese momento en condiciones de presentar adecuadamente las pruebas que podría mostrar en la Audiencia del Juicio Oral. Si logra persuadir al juez de garantía, éste no tendrá más remedio que suspender la audiencia, facilitando a las partes hacer sus planteamientos probatorios en forma adecuada y en otra oportunidad. De esta manera se asegura al imputado el correcto ejercicio del derecho a defensa.

Desde la perspectiva del fiscal, la decisión de llevar un caso a Juicio Inmediato supone una consideración estratégica, pues debe dar a conocer la prueba que llevará al juicio, lo cual posee como incentivo un factor sorpresa que puede jugar a favor del Ministerio Público y sus expectativas de presentar un caso más contundente ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

19. AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

La Suspensión Condicional del Procedimiento es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que se ha incorporado al nuevo proceso penal como una forma de orientar el *ius puniendi* de un modo más razonable, atendiendo exigencias de bien público que contribuyan a un uso adecuado de los recursos disponibles para la persecución penal, evitando concentrar la atención del sistema en procesos de criminalización secundaria, en casos de imputados que no poseen antecedentes penales anteriores, entre otros factores.

La Suspensión Condicional se materializa en un acuerdo alcanzado entre el órgano de persecución, el imputado y su abogado defensor; acuerdo que supone suspender el proceso a cambio del cumplimiento de determinadas condiciones que deben ser satisfechas por el imputado durante un tiempo no inferior a un año y no superior a tres.

*a) Ocasión para plantear la
Suspensión Condicional del Procedimiento*

La solicitud de proceder conforme a la institución de la Suspensión Condicional puede sea planteada por el fiscal cuando cuente con el acuerdo del imputado. Esto significa que el fiscal debe desarrollar habilidades de negociación que le faciliten la obtención de un acuerdo razonable, verificable y oportuno. Lo habitual es que las partes tomen contacto de manera informal para discutir los términos de la negociación y luego soliciten al juez de garantía una audiencia especial en la cual se le informan las bases del acuerdo. También puede suceder que tales negociaciones se produzcan dentro de audiencias celebradas ante el juez de garantía, citadas con otros motivos, pudiendo solicitarse un breve receso para discutir la posibilidad de proceder conforme a las reglas de la Suspensión Condicional.

La Suspensión Condicional puede ser planteada en la misma Audiencia de Formalización de la Investigación, en una audiencia especialmente destinada al efecto y posterior a la formalización e incluso en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral.

Fiscales y defensores experimentados saben reconocer rápidamente las características de cada caso, de modo que se recomienda explorar la posibilidad de una Suspensión Condicional lo antes posible, una vez conocidos los pormenores del caso y los resultados de las primeras diligencias; prolongar una causa a sabiendas que existen probabilidades de una Suspensión Condicional no se condice con los objetivos de política pública que la opinión pública exige al sistema.

En la práctica se observa que los litigantes que no están preparados para negociaciones en el ámbito penal por lo general desechan la posibilidad de alcanzar salidas alternativas, y de allí los bajos porcentajes que estos mecanismos representan del total de causas. Es de esperar que en el futuro aumenten los espacios de acción de las partes para alcanzar acuerdos de esta naturaleza, logrando aplicar los principios que inspiran el modelo de justicia restaurativa¹¹³.

¹¹³ BLANCO, Rafael, DÍAZ, Alejandra, HESKIA, Joanna, ROJAS, Hugo: "Justicia Restaurativa: Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 6, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.

*b) Requisitos de la Suspensión
Condicional del Procedimiento (art. 237 C.P.P.)*

1. Acuerdo entre el fiscal a cargo de la investigación y el imputado asesorado por su defensa. Dicho acuerdo, libre e informado, será verificado por el juez de garantía¹¹⁴.

2. Debe celebrarse en una audiencia judicial ante el juez de garantía, en la cual el fiscal solicitará la suspensión condicional, exponiéndole las bases del acuerdo.

3. En la audiencia judicial deberán estar presentes el fiscal, el imputado y su defensor. La presencia de este último constituye un requisito de validez de la audiencia.

Si el querellante asistiere a la audiencia deberá ser oído por el tribunal¹¹⁵.

4. El Ministerio Público debe exponer o exhibir al juez los antecedentes que éste estime necesarios para resolver.

5. La pena que pudiere imponerse al imputado en el evento de dictarse sentencia condenatoria no debe exceder de tres años de privación de libertad. La determinación de la penalidad está referida a la pena en concreto y no en abstracto¹¹⁶.

6. El imputado no debe haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito¹¹⁷.

¹¹⁴ Leonardo Moreno sostiene que el consentimiento del imputado debe verificarse en dos momentos; en primer lugar, al acordar las condiciones y plazo con la fiscalía; y en segundo lugar, cuando se fijen definitivamente las condiciones y plazo por el juez de garantía. En este segundo estadio es posible que el imputado se retracte del consentimiento prestado por haberse producido, a su juicio, una agravación de las condiciones impuestas o por estimar que no le será posible cumplir las condiciones acordadas en el plazo fijado por el juez. Al respecto, HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. 1, p. 562.

¹¹⁵ El legislador no hace igual exigencia respecto de la víctima. Algunos sostienen que, atendido lo dispuesto en los arts. 78, letra d, y 109, letra d, C.P.P., el juez debería escuchar a la víctima. Otros sostenemos que las referidas normas establecen una obligación sólo aplicable al Ministerio Público, y no al juez de garantía.

¹¹⁶ La pena corresponde a la determinación que puede realizarse tomando en consideración el conjunto de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el grado de ejecución, la participación en el delito y la extensión del mal causado.

¹¹⁷ Se requiere sentencia ejecutoriada. No es posible rechazar la suspensión por entender incumplido el requisito cuando exista una sentencia definitiva condenatoria con recursos pendientes.

*c) Desarrollo de la Audiencia de
Suspensión Condicional del Procedimiento*

Esta audiencia debe ser realizada ante el juez de garantía correspondiente, y con la presencia del fiscal, del defensor y del querellante si lo hubiera.

Al igual que en la Audiencia de Procedimiento Abreviado —como se verá más adelante—, esta audiencia supone que el juez de garantía realice controles sobre la procedencia y cumplimiento de los presupuestos de la Suspensión Condicional del Procedimiento.

Interesa corroborar que el imputado ha consentido libre, expresa y voluntariamente a someterse a la Suspensión Condicional del Procedimiento, y que conozca las consecuencias que de ello se derivan.

También el juez de garantía debe comprobar que el imputado ha tenido conocimiento del derecho que la ley le confiere de llevar el caso a un juicio oral ante un tribunal colegiado.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos legales de procedencia de la Suspensión Condicional del Procedimiento, el juez permite al fiscal y al defensor argumentar sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por el C.P.P.

Habiéndose verificado lo anterior, y estando en conformidad a derecho, corresponde determinar las condiciones que tendrá que respetar el imputado durante un período de tiempo a definir en la audiencia.

Las condiciones que el imputado debe cumplir con ocasión de la Suspensión Condicional están sujetas a un ámbito de negociación previa entre el fiscal y el defensor. Es obvio que los términos de lo pactado han de contar con la anuencia del imputado, de lo contrario no tiene sentido seguir adelante con las conversaciones. Las condiciones acordadas y el plazo de observación de las mismas deben ser presentadas al juez de garantía a modo de recomendación, pues la autoridad judicial tiene la última palabra respecto de cuál o cuáles serán las condiciones a las que deberá someterse el imputado y el plazo de duración de las mismas, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres¹¹⁸.

¹¹⁸ Consideramos que el juez de garantía debe en principio respetar y mantener los términos del acuerdo entre los intervinientes. Sólo podrá apartarse de aquél cuando el acuerdo alcanzado no respete el principio de proporcionalidad entre el hecho investigado y la entidad de las condiciones pactadas o su plazo de observación. Igual facultad tendrá el juez cuando las condiciones pactadas objetivamente no sean posibles de ser cumplidas por el imputado. En igual sentido, HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. 1, p. 561.

Entre las condiciones que pueden ser acordadas se encuentran las siguientes:

1. Residir o no residir en un lugar determinado.
2. Abstenerse de frecuentar ciertos lugares o personas.
3. Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra especie.
4. Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación.
5. Pagar una determinada suma de dinero a favor de la víctima, a título de indemnización de perjuicios, o garantizar debidamente su pago. Se puede autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso puede exceder el período de la suspensión.
6. Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas.
7. Fijar domicilio e informar al Ministerio Público en caso de cambio de domicilio (art. 238 C.P.P.).

El juez de garantía puede decretar una o más de las condiciones enunciadas.

d) Efectos de la Suspensión Condicional del Procedimiento

1. Durante el período de duración de la suspensión no se reanuda el plazo de prescripción de la acción penal.

2. Se suspende durante dicho período el plazo para el cierre de la investigación.

3. La víctima o terceros pueden perseguir la responsabilidad civil derivada de los hechos. Los pagos que la víctima reciba por concepto de la suspensión han de imputarse a la indemnización de perjuicios que pudieren demandar y obtener en sede civil (art. 238, letra e, C.P.P.).

4. Durante el período de suspensión, y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren, el juez de garantía puede modificar una o más de las condiciones impuestas.

5. Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado, sin que la suspensión fuere revocada, se extingue la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 240 C.P.P.).

6. Se registra en la fiscalía del Ministerio Público el hecho de haberse acordado una Suspensión Condicional del Procedimiento. Tal registro

tiene por finalidad verificar que el imputado cumpla las condiciones impuestas, y/o que reúne los requisitos para acogerse a una nueva salida alternativa. Se trata de un registro reservado al cual puede acceder la víctima para conocer la información relativa al imputado (art. 246 C.P.P.).

e) Recursos

La resolución que se pronuncia acerca de la Suspensión Condicional del Procedimiento sólo es apelable por el imputado, el Ministerio Público y el querellante.

f) Revocación

La Suspensión es revocable, para lo cual se requiere que el juez de garantía lo decreta, a petición del fiscal o la víctima, cuando el imputado:

1. No cumple grave o reiteradamente las condiciones impuestas, sin justificación¹¹⁹.

2. Fuere objeto de una nueva formalización de investigación por hechos distintos (art. 239 C.P.P.). Cabe consignar que la exigencia legal se refiere a una nueva formalización, por lo que no se requiere que existan condenas¹²⁰.

De acoger la solicitud, el tribunal revoca la Suspensión Condicional del Procedimiento, poniendo término a sus efectos y siendo aplicables las reglas generales de todo proceso penal¹²¹.

20. AUDIENCIA DE ACUERDO REPARATORIO

El Acuerdo Reparatorio es un mecanismo alternativo de resolución de un conflicto penal que ha sido establecido en el C.P.P. con la finalidad

¹¹⁹ Lo cual supone la realización de una audiencia citada al efecto, puesto que la hipótesis a verificar –el incumplimiento grave o reiterado y sin justificación– supone conocer los antecedentes y una ponderación de los mismos por parte del juez, dado que el efecto de la revocación de la suspensión condicional se vincula con derechos de quien tiene el carácter de imputado.

¹²⁰ Dado que el art. 239 C.P.P. es claro y que el art. 5º C.P.P. impide cualquier interpretación analógica, no procede revocar una suspensión condicional por presentarse con posterioridad un requerimiento de simplificado en contra del imputado favorecido con la salida alternativa.

¹²¹ No olvidar que la resolución que revoca la Suspensión es apelable.

de descongestionar los tribunales en casos en que las partes involucradas puedan encontrar soluciones –de la más diversa especie– al problema que las aqueja, confiando el sistema en la reparación de los daños y en los intereses que les son propios a la víctima y al imputado¹²².

Se trata de un acuerdo alcanzado entre el imputado y víctima, en que el primero repara¹²³ de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal¹²⁴.

Los requisitos del Acuerdo Reparatorio son los siguientes (art. 241 C.P.P.):

a) Acuerdo libre e informado de imputado y víctima.

b) Que los hechos imputados sobre los que versará el acuerdo sean de aquellos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, sean constitutivos de lesiones menos graves, o se refieran a delitos culposos.

c) Que no concorra en la especie un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, como sería a modo ejemplar que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que dan origen al acuerdo.

La iniciativa de generar esta salida alternativa puede recaer en el imputado y su defensor, en la víctima, e incluso en el Ministerio Público¹²⁵. Una vez establecidas las bases del acuerdo, éstas deben ser informadas al juez de garantía en una audiencia, que por lo general es especialmente citada para tal efecto, toda vez que el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales para aprobar el Acuerdo. A esta audiencia serán citados todos los intervinientes que puedan resultar afectados por la decisión del Juez de Garantía¹²⁶.

¹²² Detrás de esta institución está la idea de extender en nuestro ordenamiento jurídico los casos de privatización de la persecución penal, por encontrarse comprometido en el caso en cuestión, por sobre el eventual interés público, fundamentalmente un interés personal de la víctima.

¹²³ La forma concreta en que se expresará la reparación queda entregada a la creatividad de imputado y víctima, podrá ser una reparación económica, una solicitud de perdón o disculpas, una actividad desarrollada por el imputado a favor de la víctima o cualquiera otra fórmula cuyo objeto sea lícito.

¹²⁴ HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. I, p. 568.

¹²⁵ Véase el art. 6º C.P.P.

¹²⁶ Esta audiencia, sin perjuicio de las consideraciones prácticas o de la responsabilidad que pudiese derivar institucionalmente para los operadores, podría efectuarse con la sola presencia del imputado y la víctima.

Al igual que en el caso anterior, la correcta y oportuna utilización de esta institución depende de las habilidades negociadoras de los litigantes que representan a víctima e imputado. Aunque no es necesaria la aquiescencia de la fiscalía, es evidente que cuando ésta no se opone aumentan las probabilidades de éxito en la negociación¹²⁷.

En todo caso, el C.P.P. indica expresamente que la fiscalía puede oponerse al acuerdo propuesto en la audiencia cuando considere que no se cumplen los requisitos legales para hacerlos procedentes o cuando estima que existe un “interés público prevalente”¹²⁸ en la continuación de la persecución penal (art. 241 C.P.P.).

En cuanto a la oportunidad, el Acuerdo puede solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se plantea la solicitud en la Audiencia de Formalización, el juez debe citar a una audiencia en la que pueden comparecer todos los intervinientes en el procedimiento. Una vez declarado el cierre de la investigación sólo puede ser decretado el Acuerdo durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral (art. 245 C.P.P.).

Es tarea del defensor, en el caso de encontrarse en una de las hipótesis legales de procedencia del Acuerdo Reparatorio, plantear esta alternativa de solución del conflicto penal a su defendido y llevar a efecto las negociaciones pertinentes con la víctima. Debe preocuparse además de la concurrencia de la víctima a la audiencia en que se discuta la aprobación del acuerdo, como también de informar adecuadamente los términos del mismo a su representado, pues éste debe manifestar su consentimiento en forma libre e informada, cuestión que será verificada por el juez de garantía en la audiencia respectiva.

La víctima debe concurrir a la audiencia en que se discuta la aprobación de un Acuerdo Reparatorio, sin necesidad de hacerlo con el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

El juez, de oficio o a petición del Ministerio Público, negará la aprobación del Acuerdo Reparatorio cuando:

¹²⁷ Debe recordarse que la fiscalía, en conformidad a la lógica del sistema y a la modificación introducida por la ley N° 19.789 al art. 6° C.P.P., puede asumir un rol protagónico en la promoción de Acuerdos Reparatorios entre víctima y victimario.

¹²⁸ Sobre este tema véase BLANCO, Rafael; HERNÁNDEZ, Héctor; ROJAS, Hugo: “Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas* N° 8, Universidad Alberto Hurtado, 2005.

a) Fueren convenidos en procedimientos que versan sobre hechos que afectan bienes jurídicos no disponibles.

b) No se logra acreditar el libre consentimiento del imputado.

c) Existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entiende que concurre dicho interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en el caso particular. Es posible comprender aquí otras formalizaciones y salidas alternativas pactadas con anterioridad.

Por otra parte, el control del juez de garantía está plenamente justificado dado que en caso de aceptar y aprobar el Acuerdo Reparatorio debe decretar el sobreseimiento definitivo de la causa¹²⁹.

Los efectos del Acuerdo Reparatorio pueden ser de carácter penal y civil. Respecto de los efectos penales:

a) El juez de garantía dicta sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa.

b) Se extingue, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado.

c) Si en la causa existe pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continúa respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo (art. 244 C.P.P.).

Desde el punto de vista civil:

a) Una vez ejecutoriada la resolución judicial que aprueba el Acuerdo Reparatorio, puede solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía (con arreglo a lo establecido en los arts. 233 y ss. C.P.C.).

Esta posibilidad permite argumentar que se trata de una medida alternativa más favorable para el imputado que la Suspensión Condicional, pues en caso de incumplimiento de lo acordado no se reanuda la persecución penal, sino que sólo se puede actuar mediante un procedimiento incidental, dentro del plazo de un año desde la dictación de la resolución, seguido ante el mismo juez de garantía o mediante la deducción de la correspondiente acción civil ante un tribunal civil ordinario (presentando la resolución aprobatoria del Acuerdo como título ejecutivo).

¹²⁹ Monitoreos efectuados por Rafael Blanco, Hugo Rojas y Héctor Hernández en las Regiones II y IX (2003) revelaron que algunos jueces, contra texto legal expreso, han aprobado los acuerdos reparatorios y decretado recién el sobreseimiento definitivo una vez que todos los puntos de acuerdo se hubieren verificado.

b) El acuerdo reparatorio no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

El Ministerio Público, al igual que en la Suspensión Condicional del Procedimiento, debe llevar un registro de estas medidas con el propósito de poder informar al tribunal sobre el interés público prevalente de continuar la persecución penal, en especial si se trata de un comportamiento reiterado.

Por último, la posibilidad de acordar o promover la adopción de una salida alternativa no sólo depende del cumplimiento de los requisitos que tal medida requiere, sino que también tiene que ver con una cuestión de carácter estratégico. Así, para un defensor y su imputado, ante la posibilidad de optar entre una u otra, se suelen inclinar más por el Acuerdo Reparatorio, pues este mecanismo hace salir el asunto del ámbito penal. Por el contrario, tratándose de la víctima, en general debiera inclinarse más por la Suspensión Condicional del Procedimiento, aun cuando la condición fijada por el juez sea el pago de una cantidad determinada de dinero, pues durante todo el tiempo en que el imputado deba pagar las cuotas queda sujeto a la posibilidad de que se reanude la persecución penal, lo que constituye un claro incentivo del sistema para que cumpla su pago íntegramente.

21. CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN

La fase de investigación representa una afectación a los derechos fundamentales del sujeto imputado que es objeto de la persecución penal liderada por el Ministerio Público, aun cuando se desarrolle en estricto cumplimiento de las normas legales que la rigen. Es por ello que la fase de investigación es siempre provisoria, no pudiendo estar abierta en forma indefinida. Si el tribunal decreta la aplicación de una medida cautelar personal, dicha medida tiene que ser temporal y prolongarse sólo por un tiempo razonable.

El fiscal tiene un plazo legal máximo de dos años para concluir la investigación, contado desde la formalización de la investigación en contra del imputado, a menos que dicho plazo se hubiere reducido judicialmente a solicitud del defensor o por determinarlo así el juez de garantía en la audiencia de formalización. El vencimiento de este plazo, que de conformidad al C.P.P. debería ser fatal e improrrogable, no

provoca por sí mismo o de pleno derecho el cierre de la investigación, sino que se requiere de la actividad de los intervinientes, sea el defensor o el querellante, para activar la cesación de la investigación. Esta ausencia de fatalidad del plazo puede generar importantes consecuencias prácticas; por ejemplo, los litigantes pueden discutir la validez de todas las actuaciones de investigación y la evidencia recopilada por la fiscalía durante el período transcurrido entre el vencimiento del plazo y el cierre efectivo de la investigación.

Si el fiscal no declara cerrada la investigación dentro del plazo legal o fijado por el juez de garantía, el abogado defensor, el imputado o la parte querellante pueden solicitar al juez de garantía que proceda a apercibir al fiscal del Ministerio Público para que decrete el cierre de la investigación. Frente a la solicitud planteada, el juez está obligado a citar a una audiencia especial en la que el fiscal debe concurrir a justificar su omisión. Si el fiscal no comparece a la audiencia, o si compareciendo se niega a declarar el cierre de la investigación, el juez de garantía puede dictar una resolución en virtud de la cual decreta el sobreseimiento definitivo de la causa (dicha resolución es susceptible de ser recurrida por intermedio del recurso de apelación).

Siendo que el tribunal de garantía no puede actuar de oficio para poner término a la investigación una vez que el plazo fijado se ha cumplido, puede suceder que una causa se mantenga abierta por un tiempo superior al máximo legal; incluso podría darse el caso que la expansión de tiempo sea provocada por un acuerdo de las partes intervinientes. Frente a esta inquietud se ha sostenido que el tribunal de garantía puede actuar de oficio, en conformidad al art. 10 C.P.P., y determinar el cierre de la investigación, pues debe velar por las garantías y derechos del imputado¹³⁰.

Si el fiscal se allana a la solicitud de cierre de la investigación, deberá declarar cerrada la investigación en la audiencia y tendrá el plazo de diez días para deducir su acusación.

Transcurrido el plazo sin que se hubiere deducido la acusación, el juez —de oficio o a petición de alguno de los intervinientes— debe citar a una audiencia y dictaminar el sobreseimiento definitivo de la causa (siendo apelable dicha resolución) (arts. 247 y 249 del C.P.P.).

¹³⁰ Cfr. arts. 10, 16, 234 y 247 C.P.P.

Una vez que el fiscal, voluntariamente o con participación de los intervinientes, hubiere decretado el cierre de la investigación, tiene el plazo fatal de diez días¹³¹ para adoptar alguna de las siguientes decisiones¹³²:

a) *Solicitar el sobreseimiento* (temporal o definitivo) de la causa.

b) *Formular acusación en contra del imputado*, cuando existen fundamentos serios para avalar que la investigación realizada es suficiente para llevar a juicio oral al imputado. En este evento el fiscal debe formular materialmente la acusación dentro del plazo de diez días contados desde el cierre de la investigación, provocando la realización de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral¹³³. No procede que el juez cite a una audiencia destinada a discutir la legalidad o procedencia de la proposición del fiscal. Tampoco corresponde que el imputado impugne dicha decisión deduciendo un recurso en su contra, pues no se trata de una resolución judicial. Lo que debe hacer el imputado que ha pasado a ser acusado es concentrarse en la defensa y contestación de dicha acusación, esto es, en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral ante el juez de garantía y en la Audiencia del Juicio Oral ante el tribunal colegiado.

c) *No perseverar en la persecución penal* y, por tanto, en el procedimiento. Esto puede suceder si el fiscal estima que no cuenta con los antecedentes suficientes para deducir acusación en contra del imputado. Desde un punto de vista estratégico, la fiscalía asume el fracaso de la pesquisa desarrollada durante la fase de investigación, optando por no acusar¹³⁴.

En conformidad a las instrucciones generales del Fiscal Nacional, los fiscales deben comunicar al juez de garantía sus planteamientos de no perseverar. Sólo a petición del querellante particular puede el juez de garantía 1) disponer que la acusación sea formulada por aquél, dando origen a la institución del “forzamiento de la acusación” (y que se verá más adelante); o 2) acoger el planteamiento del fiscal. Cualquiera sea su

¹³¹ Cfr. arts. 16 y 248 C.P.P.

¹³² Recuérdese que el plazo para investigar se suspende si se decreta la Suspensión Condicional del Procedimiento o el Sobreseimiento Temporal de la Causa. Véanse los arts. 247 y 252 C.P.P.

¹³³ La Audiencia de Preparación del Juicio Oral se verá más adelante. Véanse por de pronto los arts. 248, letra b, y 260 C.P.P.

¹³⁴ Cfr. LÓPEZ, Julián: “Formas alternativas de solución del conflicto penal”, en *Seminario Las Reformas del Proceso Penal*, Colegio de Abogados de Chile, 2001, p. 63.

decisión, el juez debe adoptarla al término de la audiencia que hubiere citado con el fin de discutir la propuesta del fiscal.

En el evento que el juez acoja el planteamiento de la fiscalía de no perseverar en el procedimiento, tal decisión acarrea legalmente varios efectos: en primer lugar, queda sin efecto la formalización de la investigación, de pleno derecho; segundo, el juez de garantía debe proceder a revocar las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra de la persona o bienes del imputado; y tercero, el cómputo de la prescripción de la acción penal continúa corriendo como si nunca se hubiere interrumpido (art. 248 C.P.P.)¹³⁵.

Cuando el fiscal decide solicitar el sobreseimiento o informa que no perseverará en la investigación penal debe explicitarlo expresamente, comunicando sus argumentos al juez de garantía, quien ha de citar a todos los intervinientes a una audiencia en la cual corresponderá discutir la solicitud del fiscal (art. 249 C.P.P.). No es necesario que comparezca la víctima o su abogado a la audiencia, pues su ausencia no está sancionada con la anulabilidad de la audiencia.

Las causales por las cuales se puede decretar el sobreseimiento definitivo –resolución que pone término al procedimiento y que produce efecto de cosa juzgada (art. 250 C.P.P.)–, son las siguientes:

- a) El hecho investigado no constituye delito.
- b) Aparece claramente establecida la inocencia del imputado.
- c) El imputado está exento de responsabilidad criminal, en conformidad al art. 10 C.P. o en virtud de otra disposición legal.
- d) La responsabilidad penal del imputado está extinguida, por alguno de los motivos establecidos en la ley.
- e) Sobreviene un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a dicha responsabilidad.
- f) El hecho de que se trata ha sido materia de un procedimiento penal en el que ha recaído sentencia firme respecto del imputado.

El juez no puede dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por

¹³⁵ A juicio de la Fiscalía Nacional se vuelve a la primera etapa de la investigación, en la que el fiscal puede adoptar cualquiera de las decisiones que le competen al recibir un caso nuevo, con la única particularidad de que el plazo de prescripción de la acción penal ha continuado corriendo, ya que ha quedado sin efecto la formalización. Hay voces que cuestionan tal interpretación, señalando que la garantía del plazo máximo de investigación no sería efectiva, pues pese a su vencimiento por la vía de la decisión de no perseverar se puede volver a formalizar al sujeto y, por ende, a tener un nuevo plazo legal de dos años de investigación.

Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados (art. 251 C.P.P.), salvo en los casos 1º y 2º del art. 93 C.P. (muerte del imputado y cumplimiento de la condena).

Por su parte, tener en cuenta que las causales de sobreseimiento temporal son las siguientes:

a) cuando para el juzgamiento criminal se requiere la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 171 C.P.P.;

b) cuando el imputado no comparece al procedimiento y es declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 99 y ss. C.P.P., y

c) cuando, después de cometido el delito, el imputado cae en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto (art. 252 C.P.P.).

Como se puede apreciar, el legislador restringió las causales según las cuales era posible decretar el sobreseimiento temporal en el antiguo sistema (C. de P.P.), en especial aquella referida a la falta de antecedentes (por su incompatibilidad con el nuevo sistema).

Al finalizar la audiencia citada para discutir la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez de garantía tiene que pronunciarse sobre el particular, pudiendo:

a) acoger la solicitud, para lo cual procede a dictar la resolución en la que decreta el sobreseimiento solicitado por la causal esgrimida por el fiscal.

b) acoger la solicitud de sobreseimiento, sea definitivo o temporal, modificando la causal por la que se concede.

c) decretar un sobreseimiento distinto del requerido. A este respecto puede darse una discusión sobre la procedencia de la apelación en contra de dicha resolución, pues se podría pensar que se ha generado un agravio al modificar el sentido de lo solicitado.

d) rechazar la solicitud, si estima que no concurren los supuestos legales que le permiten decretar el sobreseimiento. Si ello sucede, el fiscal puede optar por no perseverar en el procedimiento o acusar al imputado (arts. 256 y 248 C.P.P.). La fiscalía no está facultada para pretender sostener su primitiva solicitud de sobreseimiento, pues invadiría el ámbito de atribuciones de la judicatura.

Luego de escuchar a los intervinientes el juez debe adoptar una decisión –fundado en los antecedentes expuestos por las partes– y en especial por aquellos esgrimidos por la fiscalía fundando su solicitud.

Las resoluciones que adopte el juez de garantía pronunciándose sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal son susceptibles de ser apeladas ante la Corte de Apelaciones respectiva (art. 253 C.P.P.).

En el evento que el sobreseimiento decretado fuere temporal, el juez de garantía puede determinar que se reabra el procedimiento, a solicitud del fiscal u otro interviniente, cuando hubiere cesado la causal en virtud de la cual se decretó el sobreseimiento temporal (art. 254 C.P.P.). Luego, no procede que el juez de garantía “de oficio” proceda a la reapertura del procedimiento. Esta solicitud de alguno de los intervinientes da origen a que el juez de garantía cite a una audiencia a todas las partes a fin de discutir la solicitud de reapertura del procedimiento.

Esta audiencia no está expresamente contemplada por el legislador, pero pareciera ser que es la única solución viable, dado que todas las solicitudes planteadas por el fiscal al culminar la investigación dan origen a una audiencia ante el juez de garantía.

En caso que la formalización de la investigación comprenda varios delitos o varios imputados, el sobreseimiento solicitado por el fiscal y que en definitiva decreta el juez de garantía puede ser total o parcial. En este último evento continúa el procedimiento respecto de los delitos o imputados no comprendidos en el sobreseimiento (art. 255 inc. 2º C.P.P.).

No resuelve el legislador si basta con que el fiscal plantee el sobreseimiento parcial para que la investigación continúe adelante respecto de los delitos o personas no comprendidos en él, o que continúe la investigación sólo una vez que el juez de garantía lo apruebe en la audiencia citada para tales efectos.

Si bien los arts. 250 y 252 C.P.P. reglamentan los casos en que puede decretarse el sobreseimiento definitivo o temporal, el Código contiene otras hipótesis en que el juez de garantía puede proceder a decretar el sobreseimiento del procedimiento, total o parcial, y la resolución judicial que lo decreta es susceptible de ser recurrida por vía de apelación. En general se trata de casos en que no es necesario que la investigación se encuentre agotada y que no requieren de una manifestación de voluntad de la fiscalía solicitando el sobreseimiento. Sin perjuicio de ello, su aplicación es restringida pues significan una intromisión del juez de garantía en la investigación fiscal y en la facultad del Ministerio Público de decidir si se sostiene o no el ejercicio de la acción penal pública. Así podemos citar la posibilidad que tiene el juez

de garantía de sobreseer temporalmente en cualquier estado del procedimiento, si considera que el imputado no está en condiciones de ejercer en el procedimiento los derechos que la legislación le concede (art. 10 inc. 2º C.P.P.); o el caso en que el juez decreta el sobreseimiento definitivo ante la actitud del fiscal de no concurrir a la audiencia citada para que explique su negativa a cerrar la investigación en el plazo fijado por el juez o ante su negativa en la audiencia a decretar el referido cierre (art. 247 inc. 3º C.P.P.); entre otros casos¹³⁶.

En nuestra opinión, durante el desarrollo de la fase de investigación el imputado está facultado para recurrir al juez de garantía para solicitar el sobreseimiento del procedimiento, sin necesidad de esperar que el fiscal declare cerrada la investigación o adopte una decisión en tal sentido (v. gr., porque la responsabilidad penal se encuentra extinguida).

22. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN (ART. 257 C.P.P.)¹³⁷

El Código establece que los intervinientes que estén disconformes con la decisión del fiscal de solicitar que se decrete el sobreseimiento de la causa o de informar que no perseverará en el procedimiento, pueden plantear al juez de garantía la reiteración de diligencias precisas de investigación que hubieren formulado oportunamente durante la etapa de investigación y que el fiscal no hubiere concedido. La ocasión para solicitar por escrito lo anterior es antes de la realización de la audiencia decretada para discutir la petición fiscal, o verbalmente durante la realización de dicha audiencia¹³⁸.

Se trata de un verdadero control jurisdiccional del cumplimiento del principio de objetividad que debe darse en todas las actuaciones de la fiscalía durante la etapa de investigación, pues los intervinientes tienen derecho a manifestar su desavenencia con las decisiones adoptadas por

¹³⁶ Véanse los arts. 271, inc. 3º, 398, inc. 2º, 401, 402 y 465 C.P.P.

¹³⁷ También se producirá una reapertura de la investigación (o una reapertura del procedimiento) cuando de conformidad al art. 254 C.P.P. el juez decreta la reapertura del procedimiento, a solicitud de alguno de los intervinientes, por haber cesado la causal en virtud de la cual se decretó el sobreseimiento temporal.

¹³⁸ No se olvide que también es posible reclamar respecto de la actitud del fiscal ante las autoridades superiores del Ministerio Público (art. 183 inc. 2º C.P.P.).

la fiscalía en lo referente a la práctica de diligencias probatorias solicitadas. En virtud de ese control el juez de garantía puede:

a) *acoger la solicitud*, ordenando al fiscal que reabra la investigación y proceda al cumplimiento de las diligencias, fijándole un plazo para tales efectos (ampliable, previa petición del fiscal por una sola vez).

Una vez evacuadas las diligencias o vencido el plazo para su realización, el fiscal debe declarar cerrada la investigación, y comunicar al juez de garantía su decisión de sobreseer, acusar o de no perseverar en el procedimiento.

b) *no acoger la solicitud*, por tratarse de diligencias decretadas oportunamente y que no fueron cumplidas por negligencia o hecho imputable al solicitante; o por tratarse de diligencias manifiestamente impertinentes; o cuyo objeto es acreditar hechos públicos y notorios, o que se hubieren solicitado con fines puramente dilatorios (art. 257 C.P.P.).

A través de esta figura se controla el cumplimiento del principio de objetividad en el actuar del Ministerio Público. En efecto, el interviniente puede representar ante el juez de garantía que diligencias precisas o determinadas solicitudes no fueron tomadas en cuenta por el fiscal a cargo de la investigación.

Algunos autores discuten la constitucionalidad de la norma que permite solicitar al juez de garantía la reapertura de la investigación, toda vez que el art. 80 A de la propia C.P.R. y la Ley Orgánica del Ministerio Público entregan con carácter de exclusividad a la fiscalía las facultades y tareas de investigación de los hechos punibles. Agregan que, al pronunciarse el juez sobre la procedencia de determinadas diligencias de investigación se inmiscuye en cuestiones de fondo, que pueden afectar su imparcialidad si con posterioridad le correspondiere conocer de la causa, a través de un procedimiento abreviado solicitado en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral. Otras opiniones sostienen que lo que existe aquí es un control judicial del principio de objetividad en la investigación fiscal y que no existe el riesgo de que el juez se atribuya funciones propias del fiscal, pues su pronunciamiento sólo puede recaer sobre diligencias ya solicitadas al Ministerio Público y no se extiende a solicitudes de nuevas diligencias¹³⁹. A mayor abundamiento, el art. 8º,

¹³⁹ Sobre los debates que originó la norma, véase FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE: *Reforma Procesal Penal, Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 374-383.

letra f, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece como garantía judicial del imputado el derecho a llevar prueba propia.

23. FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN

La decisión del fiscal adjunto de requerir el sobreseimiento de la causa al juez de garantía puede ser controvertida y atacada por el querellante particular, manifestando su oposición ante el tribunal. En tal caso el juez debe ordenar que se remitan los antecedentes a la Fiscalía Regional, a fin de que ésta revise la decisión adoptada por el fiscal adjunto.

El fiscal regional tiene un plazo de tres días, contados desde la recepción de los antecedentes, para pronunciarse, pudiendo:

a) *No ratificar la posición del fiscal adjunto*, caso en el cual ordenará que se formule acusación, debiendo pronunciarse si el asunto continuará a cargo del mismo fiscal o si se designará a otro para que continúe la tramitación. La acusación debe ser formulada dentro del plazo de diez días de adoptada la decisión del fiscal regional.

b) *Ratificar la decisión del fiscal a cargo del caso*. En este caso el juez de garantía puede: 1) disponer que la acusación sea formulada por el querellante particular, quedando sometido a las obligaciones que la ley consigna para el accionar del Ministerio Público, o 2) decretar el sobreseimiento correspondiente.

Igual solicitud de deducir acusación puede plantear el querellante particular ante el juez de garantía, en el evento que la decisión del fiscal al cierre de la investigación sea la de no perseverar en el procedimiento.

La resolución que dicte el juez de garantía no dando lugar a la solicitud del querellante particular es inapelable, sin perjuicio de proceder en su contra aquellos medios de impugnación propios de las resoluciones que ponen término al procedimiento, v. gr., la resolución que decreta el sobreseimiento es siempre apelable (art. 258 C.P.P.).

Algunos actores cuestionan la posibilidad que ha sido entregada por el legislador al querellante particular para que deduzca acusación en reemplazo del Ministerio Público, pues con ello se estaría generando una especie de privatización de la acción penal pública.

La figura del forzamiento de la acusación puede generar algunos problemas a las políticas de persecución penal de la fiscalía, en particular

cuando los objetivos de la investigación desarrollada por la fiscalía no son coincidentes con los que persigue el querellante particular.

24. ACUSACIÓN

Son de tal relevancia las actuaciones que tienen lugar entre la acusación fiscal y la dictación del auto de apertura de juicio oral, que la doctrina ha estimado a estas actuaciones procesales como una etapa de carácter “intermedio” entre la etapa de investigación fiscal y la etapa de juicio oral.

Una vez cerrada la investigación del hecho punible, transcurrido que sea el plazo de dos años establecido por ley o el fijado por el juez de garantía si fuere menor, y habiendo analizado todos los antecedentes recopilados durante el curso de las actividades investigativas, el fiscal tiene un plazo de diez días para proceder a acusar al imputado (arts. 247 y 248 letra b C.P.P.). Si opta por acusar, el fiscal debe presentar su escrito de acusación —dentro de diez días— ante el juez de garantía¹⁴⁰.

Una vez recibida la acusación, el juez tiene veinticuatro horas para ordenar que se notifique la acusación a los demás intervinientes, citándolos a una audiencia que ha de tener lugar entre veinticinco y treinta y cinco días a contar de la fecha de la presentación de la acusación en el tribunal (art. 260 C.P.P.).

Con una anticipación no inferior a quince días de la fecha de realización de esta audiencia, el querellante puede hacer valer sus derechos por escrito, 1) adhiriendo a la acusación formulada por el fiscal, 2) presentando una acusación particular, por considerar que la calificación jurídica de los hechos, la pena o la atribución del grado de participación formulada por la fiscalía no es la que corresponde legalmente, 3) deducir acción civil¹⁴¹, o 4) señalar vicios formales en la acusación fiscal (art. 261 C.P.P.)¹⁴².

¹⁴⁰ Tal como se indicó en el acápite anterior, no se debe descartar que opere el forzamiento de la acusación por parte del querellante particular.

¹⁴¹ Las acciones civiles que se deduzcan sólo pueden tener por objeto la restitución de la cosa o perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, siempre y cuando se dirijan en contra del imputado.

¹⁴² El querellante no puede comprender en su acusación particular a otros sujetos distintos de aquellos comprendidos en la acusación.

El acusado –antes imputado– tiene que ser notificado de la acusación fiscal, adhesión o acusación particular, y demanda civil en su caso, con a lo menos diez días de antelación a la fecha fijada para la realización de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral (art. 262 C.P.P.).

Como se puede colegir, la *fase intermedia* se inicia con la Acusación y culmina con la dictación del Auto de Apertura del Juicio Oral al término de la Audiencia Preparatoria del Juicio Oral. A continuación se revisan estas materias en detalle.

La acusación es planteada por el fiscal a cargo de la investigación a través de un escrito presentando ante el juez de garantía. El escrito debe cumplir con los requisitos formales consignados en el art. 259 C.P.P.:

a) La individualización del acusado y su defensor.

b) La relación circunstanciada de los hechos atribuidos al acusado y su calificación jurídica.

c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Se trata de señalar no sólo los preceptos normativos en virtud de los cuales se establece la concurrencia o no de estas circunstancias, sino que también la descripción concreta de los hechos en que se expresan dichas circunstancias.

d) La participación que se atribuye al acusado.

e) La expresión de los preceptos legales aplicables.

f) La individualización de los medios de prueba de que piensa valerse el Ministerio Público en el juicio oral. Por ejemplo, si el fiscal pretende valerse de la prueba de testigos, debe presentar una lista con sus nombres completos, profesiones, domicilios o residencias –salvo que ello pudiere acarrear peligro para el testigo u otra persona– (art. 307 inc. 2º C.P.P.). En conformidad al contradictorio, se deben indicar los puntos sobre los que van a declarar tales testigos. Iguales exigencias de individualización se requieren respecto de los peritos cuya comparecencia se solicita en el juicio oral, agregando que deben acompañarse los comprobantes que acrediten sus títulos o calidades¹⁴³.

Se discute en la práctica cuál ha de ser el grado de especificación que debe tener el señalamiento de los puntos sobre los cuales ha de recaer la declaración del testigo. Estimamos que debe ser suficiente como para

¹⁴³ La misma exigencia debería hacerse cuando lo que se pretenda hacer valer sea un documento o instrumento, en el sentido que debería indicarse cuál es el propósito de su presentación como prueba en el juicio oral.

poder generar y fundar los debates respecto a la sobreabundancia o impertinencia de la prueba. Los puntos de prueba cumplen un doble propósito desde la perspectiva del tribunal: sirven al juez de garantía para resolver temas de impertinencia y sobreabundancia; y sirven al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal para evitar que se cambie la naturaleza de la declaración de un testigo o se desvíe su declaración a puntos distintos de aquellos respecto de los cuales fue presentado. De este modo, por ejemplo, no sería admisible en el juicio oral que un testigo presentado como de conducta, declare sobre los hechos como si los hubiera presenciado directamente.

Desde la perspectiva de las partes, la especificación de tales puntos es útil para los litigantes, pues les permiten preparar con un grado mayor de certeza sus exámenes y contraexámenes, y formular objeciones¹⁴⁴.

g) La pena solicitada.

h) En el evento que la fiscalía tenga interés en que la causa se tramite de conformidad al procedimiento abreviado, deberá manifestarlo así en la acusación.

i) En las causas vinculadas a la Ley de Drogas se debe expresar si la cooperación prestada por el acusado ha sido eficaz (art. 22 de la ley N° 20.000).

j) Un punto relevante es que el fiscal de la causa debe poner a disposición de todos los intervinientes, en el tribunal, los antecedentes que han sido acumulados durante la investigación (arts. 260 parte final, 181, 227 C.P.P.), siendo obligatorio que la fiscalía deje constancia de ello en el escrito de acusación¹⁴⁵. Como ha sostenido la doctrina, tal exigencia es una manifestación del derecho a defensa y del principio de la adversarialidad, pues supone el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de registrar las actuaciones de la instrucción (arts. 227 y 228 C.P.P.). En la medida que se cumplan

¹⁴⁴ Sin perjuicio que no parece fácil explicitar la fórmula en que se deben señalar los puntos de prueba, podemos adelantar que no resulta aceptable la utilización de fórmulas genéricas, tales como “declarará(n) sobre los hechos debatidos en esta causa, los hechos anteriores, coetáneos y posteriores a lo ocurrido el día”, “sobre lo que saben del hecho que motiva este juicio”, etc.

¹⁴⁵ Sobre la materia encontramos variados debates, entre ellos: a) de qué manera se entiende cumplida la obligación –para algunos supone la necesidad que los antecedentes que se dejen a disposición de los intervinientes por el fiscal sean los originales, debidamente foliados; para otros perfectamente se entiende cumplida la obligación con copias legibles de los originales, pero sí debidamente foliadas–; b) el incumplimiento de esta obligación puede reclamarse por la vía de los vicios formales o a través de un incidente de cautela de garantías (art. 10 C.P.P.).

cabalmente estas obligaciones se permite al acusado y a su defensa estructurar con eficiencia sus contraexámenes y demás pruebas de refutación¹⁴⁶.

Ya hemos informado que la acusación debe cumplir con el principio de congruencia, esto es, la adecuada concordancia entre los hechos en virtud de los cuales se procedió a formalizar la investigación contra determinada persona, aquéllos por los cuales se procedió a acusar, los hechos que serán objeto de debate entre los intervinientes durante el juicio oral, y los hechos en conformidad a los cuales se dictará la sentencia condenatoria. Esta exigencia se refiere tanto a los hechos como a la persona imputada, pero no a la calificación jurídica que el fiscal en su acusación o el tribunal oral en lo penal en su sentencia hagan de los hechos por los cuales se formalizó la investigación (arts. 229, 259 y 341 C.P.P.). Según Jorge Bofill, con ello se garantiza la vigencia del principio del derecho a defensa, evitando una posible condena por hechos que no hayan sido materia de la investigación y respecto de los cuales el imputado no ha podido defenderse adecuada y oportunamente¹⁴⁷.

25. AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Se trata de una audiencia que se desarrolla ante el juez de garantía para determinar la acusación que será objeto de debate en el juicio oral y la fijación de los medios de prueba de que se valdrán los litigantes. Además, en esta audiencia pueden surgir otros debates a instancia de los litigantes o del propio juez de garantía.

a) Características

1. *Control y corrección formal de la acusación.* La aplicación del principio acusatorio formal se traduce en que no es posible para el juez ejercer un control de fondo sobre los fundamentos de la acusación. Sólo corresponde al juez de garantía ejercer un control de carácter formal, depurando en particular las evidencias que pueden constituirse en prueba en el juicio oral.

¹⁴⁶ CERDA, Rodrigo: *Etapas Intermedias. Juicio Oral y Recursos*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2003, pp. 28 y 29.

¹⁴⁷ Ponencia de Jorge BOFILL ante el Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2000.

2. *Contradictoriedad*. Se admite un debate preliminar sobre lo investigado.

3. *Favorece la revisión horizontal de las actuaciones de la investigación*. Queremos decir con esto que los debates de la Audiencia de Preparación de Juicio Oral están entregados fundamentalmente a los intervinientes y no al juez. Son aquéllos los llamados a relevar ante el juez de garantía todos los aspectos de la investigación fiscal que a su juicio deban ser objeto de control por parte del juez.

4. *Se restringe la posibilidad de recurrir* de las actuaciones judiciales. Sólo se admite limitadamente el recurso de apelación, como veremos más adelante.

5. *La defensa es necesaria*. Se establece en el art. 269 C.P.P. que la presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia es un requisito de validez de la misma. La norma también regula qué ocurre cuando fiscal o defensor no comparecen a la audiencia.

b) Objetivos

1. Definir el objeto del juicio: Se determina la acusación (o las acusaciones) que debe(n) ser conocida(s) en el juicio oral.

2. Definir el tribunal competente para conocer del juicio oral.

3. Corregir vicios formales.

4. Determinar el contenido de las acciones civiles, cuando procedan.

5. Determinar los medios probatorios que pueden producirse en el juicio oral.

6. Determinar las personas que deben ser citadas a la audiencia del juicio oral.

c) Principios que rigen la Audiencia de Preparación de Juicio Oral

1. *Oralidad*. La audiencia se desarrolla oralmente y no se admiten presentaciones escritas de los litigantes (art. 266 C.P.P.).

2. *Inmediación*. La audiencia se realiza con la presencia ininterrumpida del juez de garantía, quien la dirige (art. 266 C.P.P.).

3. *Continuidad de la audiencia*. La Audiencia de Preparación de Juicio Oral se desarrolla de manera ininterrumpida hasta su culminación, sin perjuicio de los recesos que dentro de la audiencia puedan ser decretados por el juez de garantía. Hacen excepción a esta regla la falta

de comparecencia del defensor de oficio del imputado (art. 269 C.P.P.), la existencia de vicios formales insubsanables en la audiencia (art. 270 C.P.P.), o la suspensión de la audiencia para facilitar la presentación de prueba por el acusado (art. 278 C.P.P.).

4. *Presencia ininterrumpida de fiscal, defensor y juez de garantía* (arts. 266 y 269 C.P.P.). La presencia en la audiencia del fiscal del Ministerio Público y del defensor del imputado constituye un requisito de validez de la misma. La no comparecencia del fiscal ha de ser subsanada de inmediato por el tribunal, debiendo informar de esta situación al fiscal regional. De no concurrir el defensor, se produce el abandono de la defensa, debiendo el tribunal proceder de inmediato a designar un defensor de oficio, decretando la suspensión de la audiencia hasta por cinco días para permitir que el nuevo defensor conozca los antecedentes. La ausencia o abandono injustificado de la defensa por parte del defensor o del fiscal puede significar que sean sancionados con la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por dos meses (art. 287 C.P.P.).

5. *Defensa técnica necesaria y efectiva*. La audiencia no sólo exige la presencia de un defensor para que concurra al desarrollo de la audiencia sino que además la efectiva actividad del defensor en la misma, en cautela de los derechos de su representado (arts. 269 y 278 C.P.P.).

d) Desarrollo de la Audiencia

Llegado el día fijado para la realización de la audiencia, ésta se llevará a efecto ante el juez de garantía con la presencia ineludible del fiscal y el defensor. Todos los planteamientos han de formularse verbalmente, estando prohibida toda presentación escrita.

La audiencia comienza con la verificación de la presencia de los intervinientes, para luego continuar con un resumen realizado por el juez de garantía sobre las presentaciones que hubieren hecho los intervinientes (art. 267 C.P.P.).

Durante el curso de la audiencia los intervinientes o el juez de garantía pueden plantear las siguientes cuestiones para su debate:

1. Vicios formales de los escritos de acusación y/o demanda civil

La solicitud de corrección de los vicios de carácter formal puede ser mencionada verbalmente en la audiencia por el juez de garantía, de

oficio o a petición del acusado y su defensa, y antes de contestar la o las acusaciones. La excepción a esta regla está dada en el caso del querellante, quien puede solicitarlo en sus presentaciones escritas previas a la audiencia.

Una vez planteados estos vicios el juez ordena que sean subsanados en el acto por el fiscal o el querellante, sin suspender el desarrollo de la audiencia.

En el evento que esto no fuere posible, el juez de garantía debe decretar la suspensión de la audiencia por un lapso de tiempo que no puede ser superior a cinco días, bajo sanción que de no ser subsanados los defectos se tendrá por no presentada la acusación o demanda civil; salvo en el caso que el moroso sea el fiscal, quien puede pedir una prórroga de plazo hasta por cinco días, sin perjuicio de la comunicación de esta situación por el juez de garantía al fiscal regional. Si el fiscal adjunto persiste en la falta habiendo transcurrido la ampliación del plazo, el juez dicta sobreseimiento definitivo en la causa, a menos que exista en la causa querellante particular que hubiese deducido acusación o se hubiere adherido a la del fiscal, evento en el cual el procedimiento continuará con el querellante, privándose del derecho de intervenir en el mismo al fiscal (art. 270 C.P.P.)

En opinión de los autores, a propósito de la corrección de los vicios formales, el juez de garantía, de oficio o a petición de parte, puede controlar el respeto del principio de congruencia, toda vez que como no se señala en el C.P.P. la forma en que se deber hacer valer la falta de congruencia o sus efectos, parece la institución de la corrección de los vicios formales la herramienta más idónea para cumplir dicha finalidad¹⁴⁸.

2. Excepciones de previo y especial pronunciamiento

La defensa del imputado puede antes de contestar la acusación deducir verbalmente excepciones de previo y especial pronunciamiento, generando que el juez de garantía abra debate con los demás intervinientes, pudiendo éstos presentar los antecedentes que estimen relevantes para una adecuada decisión, si el juez lo estima pertinente (art. 271 C.P.P.).

¹⁴⁸ En el mismo sentido, CERDA, Rodrigo, op. cit., pp. 39 y 40.

Las excepciones que se pueden hacer valer son las siguientes: incompetencia del juez de garantía; litis pendencia; cosa juzgada; falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la C.P.R. o la ley así lo exigen; y extinción de la responsabilidad penal (art. 264 C.P.P.).

Una vez terminado el debate, el juez debe pronunciarse de inmediato sobre las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente, siendo apelable la resolución que dicte al respecto. Hacen excepción a esta regla las excepciones de cosa juzgada y extinción de responsabilidad penal, dado que el juez de garantía puede decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, siempre que los antecedentes de la investigación justifiquen el fundamento de la resolución del tribunal; de lo contrario, ha de reservarse su fallo para el juicio oral. Esta última decisión será inapelable.

3. Contestar la acusación fiscal, la adhesión o acusación particular y la demanda civil en su caso, y ofrecer medios de prueba (art.263, letra c, C.P.P.)

El abogado defensor del acusado puede contestar verbalmente en la audiencia la o las acusaciones y demandas civiles presentadas en su contra, para lo cual puede hacer valer todos los argumentos de defensa que considere procedentes y que le permitirán en el juicio oral acreditar su teoría del caso, debiendo señalar los medios de prueba que empleará para ese fin. En este sentido, vale la pena recalcar que en esta etapa procesal sólo corresponde mencionar las pruebas con las que ya se cuenta, no siendo posible en este estadio procesal ofrecer o prometer pruebas con las que no se cuenta materialmente. Hace excepción a esta regla el art. 278 C.P.P.

Para enfatizar lo señalado, debe entenderse que en esta etapa las pruebas deben cumplir los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, en el caso de la prueba pericial, el documento que da cuenta de la pericia y los comprobantes de idoneidad deben estar disponibles al momento de realizarse la Audiencia de Preparación del Juicio Oral.

Las materias recién planteadas (1, 2 y 3) tienen lugar verbalmente durante la audiencia en el evento en que el acusado no haya hecho uso de su facultad de señalar vicios formales, deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, y exponer argumentaciones de defensa y señalar medios de prueba por escrito, con anterioridad a la realización

de la audiencia de preparación de juicio oral. La práctica nos ha demostrado que son muy escasas las oportunidades en que la defensa expone sus argumentaciones por escrito de manera previa a la audiencia (art. 263 C.P.P.).

4. Proceder conforme al procedimiento abreviado

La fiscalía, con el acuerdo del acusado, puede plantear por escrito en su acusación o verbalmente en esta audiencia la posibilidad de tramitar la causa conforme a las normas del procedimiento abreviado, cuando se cumplan los supuestos legales que hacen aplicable tal procedimiento (arts. 406 y 407 C.P.P.).

Luego del debate que se genere entre los intervinientes, el juez de garantía puede aceptar que se proceda conforme a las reglas del procedimiento abreviado, concediendo la palabra al fiscal para que haga un resumen de sus actuaciones de investigación, y luego al querellante si lo hubiere, y finalmente al acusado (art. 411 C.P.P.), para culminar la audiencia dictando sentencia.

5. Incidentes relacionados con la cautela de garantías (art. 10 C.P.P.)¹⁴⁹

6. Deben resolverse todos los incidentes y excepciones deducidos con ocasión de la interposición o contestación de la demanda civil (art. 63 C.P.P.)

7. Obtener la conciliación de las acciones civiles cuando corresponda

Si se hubiere deducido acción civil, el juez de garantía debe llamar a conciliación al querellante y al imputado, pudiendo proponerles bases de arreglo para obtener dicho acuerdo. De no producirse la conciliación, el juez debe pronunciarse sobre las medidas cautelares reales solicitadas por el querellante en su demanda civil (art. 273 C.P.P.).

¹⁴⁹ Remitirse a lo sostenido en el título “16. AUDIENCIA DE CAUTELA DE GARANTÍAS” (p. 89).

8. La unión o separación de acusaciones

Se trata de una facultad que confiere el legislador al juez de garantía para que proceda en la audiencia a dictar un solo Auto de Apertura del Juicio Oral respecto de un individuo que fuere objeto de más de una acusación, cuando a juicio del juez fuere conveniente y se tratare de un mismo hecho, un mismo imputado, o porque se trata de las mismas pruebas. Esta figura procede siempre y cuando no se afecte con ello el derecho a defensa.

Por otra parte, se faculta también al juez de garantía para dictar más de un Auto de Apertura del Juicio Oral, cuando ante iguales hechos o imputados comprendidos en una misma acusación, de ser conocido el asunto en un juicio oral, pueda afectarse el derecho a defensa o generarse graves alteraciones o dificultades en la organización o desarrollo del juicio oral. Con todo, no procede la separación cuando existe el riesgo de provocar con ello la dictación de decisiones contradictorias (art. 274 C.P.P.).

9. Convenciones probatorias

Durante el curso de la audiencia, fiscal, querellante, imputado e incluso el propio juez de garantía, pueden sugerir que ciertos hechos respecto de los cuales no existe controversia entre los intervinientes se tengan por acreditados, no sólo en lo concerniente a su ocurrencia sino que además sobre las circunstancias que los rodean. En caso de ser acogida la propuesta de convención probatoria por el tribunal, los hechos convenidos se darán por acreditados y no podrán ser discutidos en el juicio oral.

Los acuerdos que se logran entre los intervinientes deben ser consignados por el juez de garantía al dictar el Auto de Apertura del Juicio Oral (art. 275 C.P.P.)¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Debemos recalcar que las convenciones probatorias recaen y deben expresarse en hechos, no sobre el soporte material que la sustentan. Por ejemplo, se puede convenir que el imputado no tiene anotaciones en su extracto de filiación, pero no que se da por probado el documento del extracto. Estas convenciones asimismo no pueden recaer sobre calificaciones jurídicas porque son resorte del tribunal oral en lo penal. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, no es posible convenir que el imputado posee irreproachable conducta anterior.

Esta institución, dado el carácter oral y de inmediación que tiene el juicio oral, es de suma relevancia estratégica pues permite a los intervinientes discutir y presentar como pruebas en la audiencia del juicio oral aquellos medios probatorios que son contradichos por la contraria y que constituyen el núcleo central de su teoría del caso, evitando con ello que el tribunal oral en lo penal conozca cuestiones no debatidas entre los intervinientes y que puedan significar distracción de sus integrantes en el conocimiento de lo sustancial en la causa.

Estas convenciones están referidas a un hecho concreto y las circunstancias que lo rodean o sobre todo al contenido de un determinado medio probatorio; por ejemplo, sobre todas las conclusiones de un informe pericial, parte de ellas o alguna afirmación contenida en el mismo.

Es importante que las partes tengan un rol activo frente a la posibilidad de acordar estas convenciones, pues en definitiva favorecen el desarrollo del Juicio Oral, logrando focalizar el debate en aquellos aspectos de fondo que resultan esenciales al caso. Pareciera que esta focalización trae aparejadas ventajas para todos los litigantes, pues evitan que el tribunal distraiga su atención en aspectos adjetivos y menores, concentrándose en las argumentaciones centrales de las partes. Esta consideración resulta independiente de quien posee la carga probatoria.

Las ventajas de las convenciones probatorias se han desdibujado parcialmente por el uso de objeciones durante el juicio, que tienden a evitar la reconstrucción de relatos cronológicos en los cuales se hace mención a hechos materia de convenciones; cuestión que en rigor debiera desecharse por parte del tribunal, pues el que exista una convención sobre un determinado hecho no impide que tal información sea luego proporcionada o mencionada por alguno de los otros medios probatorios que se presentan en el juicio¹⁵¹.

¹⁵¹ Un tema de debate entre los intervinientes en esta materia se refiere a si un hecho que ha sido objeto de una convención probatoria puede o no resultar desacreditado conforme al resto de la prueba rendida en el juicio. No olvidemos que el C.P.P. señala que los hechos convenidos probatoriamente no podrán ser discutidos en el juicio oral. A nuestro entender, la convención probatoria establece un hecho que en principio no debiera ser alterado durante el juicio oral y por tanto vinculante también para los jueces del mismo; sin perjuicio de ello, si el contexto y el conjunto de la prueba rendida en juicio contradice abiertamente el contenido material de la convención, a nuestro entender el marco de libertad probatoria permite al tribunal oral desentenderse de la señalada convención.

10. Rendición de prueba anticipada

Se contempla expresamente la posibilidad que los intervinientes soliciten durante la audiencia rendir prueba testimonial o pericial conforme a las reglas de la prueba anticipada, esto es, ante el juez de garantía. Como se ha dicho con anterioridad, la recepción de esta prueba debe hacerse conforme a las reglas del juicio oral (arts. 191, 192 y 280 C.P.P.)¹⁵².

11. Acompañar comprobantes de idoneidad de los peritos

Los intervinientes que así lo estimen pertinente pueden acompañar a la audiencia informes de peritos de su confianza sobre algún punto controvertido, pidiendo que el perito sea citado a la audiencia del juicio oral. Para ello deben acompañar en la Audiencia de Preparación los comprobantes o certificados que acreditan la idoneidad profesional de los peritos (art. 314 C.P.P.)¹⁵³.

12. Pruebas a rendir en el juicio oral y exclusiones de prueba

Se trata de una etapa crucial dentro del desarrollo de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, pues aquí los intervinientes proceden a discutir cuáles serán las pruebas que en definitiva cada uno de ellos llevará al juicio oral.

¹⁵² La aceptación de la prueba anticipada no excluye el análisis que luego debe realizar el tribunal oral respecto de la mantención de las circunstancias que habilitaron su rendición, ahora al momento del juicio oral.

¹⁵³ La justificación de acompañar a la Audiencia de Preparación del Juicio Oral el documento material en que consta la pericia y los comprobantes de idoneidad de quien la elaboró, es que de esa manera podemos enfrentar de manera adecuada los debates que en esta audiencia pueden originarse en torno a este medio probatorio; en efecto, en la audiencia se discutirán fundamentalmente dos cosas: en primer lugar, si la pericia es o no pertinente, esto es, si recae o no sobre una materia controvertida que para su adecuada apreciación se requieren conocimientos especiales en una determinada ciencia, arte u oficio, y para ello utilizaremos el texto del informe pericial; y, en segundo lugar, si el informe fue o no elaborado por un perito, para lo cual utilizaremos los referidos comprobantes. Sólo esto se debatirá en la audiencia. El determinar si el peritaje, como tal, es o no de calidad o si su autor tiene o no los conocimientos para evacuarlo en debida forma, son cuestiones objeto de debate en el juicio oral mediante el interrogatorio y contrainterrogatorio del perito.

El defensor puede cuestionar ante el juez de garantía los resultados obtenidos durante la investigación de la fiscalía, cuando considera que los antecedentes recopilados han sido obtenidos conforme a procedimientos no amparados por la ley.

Precisamente, los planteamientos de los intervinientes y la resolución final del juez de garantía sobre cuáles antecedentes probatorios de las partes deben llegar a ser conocidos por los miembros del tribunal oral, constituyen un filtro de los antecedentes probatorios que serán conocidos por el tribunal oral.

La regla general en esta materia es que toda prueba ofrecida por uno de los intervinientes debe ser aceptada por el juez de garantía, consignándola al dictar el Auto de Apertura del Juicio Oral.

De manera excepcional el juez de garantía puede excluir del juicio oral medios probatorios presentados por las partes (arts. 272 y 276 C.P.P.), previo debate de los intervinientes y apoyándose en alguno de los siguientes fundamentos:

a) La prueba es manifiestamente *impertinente*: se refiere a hechos o circunstancias que nada tienen que ver con aquellas que son objeto de controversia por los intervinientes y de interés para el tribunal encargado de resolver el conflicto penal¹⁵⁴.

b) La prueba tiene por objeto acreditar hechos *públicos y notorios*: se trata de una prueba que no tiene relevancia alguna para el tribunal pues los hechos a probar son de público conocimiento.

c) La prueba es *superabundante y/o dilatoria*: Se trata de medios probatorios ofrecidos por los intervinientes que, a juicio del tribunal, sólo tienen por finalidad alargar el curso del procedimiento, sin que su rendición constituya un aporte real a la formación de la convicción del tribunal. El legislador reglamenta específicamente el caso de la prueba testimonial y documental, facultando al tribunal para modificar la prueba ofrecida solicitando al interviniente la reducción del número de testigos ofrecidos o el número de documentos a presentar cuando por

¹⁵⁴ Aquí se encuentra un fundamento serio para sostener que la defensa de un imputado debe esbozar su teoría del caso al exponer sus argumentos de defensa en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral y no limitarse a hacer un discurso formal basado en la carga de la prueba que recae sobre el Ministerio Público o la presunción de inocencia que beneficia a su defendido. En efecto, el debate sobre la pertinencia de determinados medios probatorios, por ejemplo de un testigo en particular, puede requerir por parte del juez de garantía el conocimiento de cuál es la teoría del caso del litigante que lo presenta para resolver adecuadamente si admite o no su declaración ante el tribunal oral.

medio de ellos se desea acreditar el mismo hecho o sus circunstancias, sin guardar pertinencia sustancial con la materia que se someterá al conocimiento del tribunal oral¹⁵⁵.

d) Pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas *nulas*. A partir del art. 276 C.P.P. se entiende que se requiere de una resolución judicial previa que haya declarado nula la diligencia en la que se obtuvo la evidencia.

e) Pruebas que provengan de actuaciones o diligencias cuya obtención se haya realizado con inobservancia de las *garantías* fundamentales.

Este numeral se refiere al tema de la denominada “prueba ilícita”, que ha sido profusamente tratado en el derecho comparado. Es habitual encontrar argumentos que confirman que la prueba ilícita constituye una limitación a la forma en que puede desarrollarse la etapa de investigación penal y los antecedentes que dentro de ella se pueden recopilar por el organismo a cargo de la persecución penal. Esta limitación se encuentra íntimamente ligada en su desarrollo al reconocimiento paulatino y creciente en las legislaciones nacionales e internacionales de los derechos y garantías individuales, estableciendo por ello una íntima conexión entre el derecho procesal penal y el derecho constitucional, pues se entiende que el proceso penal es una expresión más del contenido material del Estado de derecho.

Este reconocimiento de los derechos y garantías individuales trae como consecuencia que sean concebidos como límite a la actuación del Estado y, en nuestro caso, a los órganos de persecución penal. Lo dicho no significa consagrar una absoluta inviolabilidad de tales derechos, pues de lo contrario se podría caer en la imposibilidad de actuar de los órganos de persecución penal; más bien implica reconocer que cualquier afectación de los derechos y garantías de las personas debe ser reglada, y la autoridad judicial debe estar facultada para dilucidar si las intromisiones que se hagan sean o no lícitas, en conformidad a los planteamientos concretos que le formulen los intervinientes.

Frente a esta consagración internacional de fijar límites a la actuación de los órganos de persecución han surgido voces críticas, las que

¹⁵⁵ Según Jorge BOFILL y Rodrigo CERDA, si la prueba testimonial o documental ofrecida guarda pertinencia sustancial con la materia del juicio, no puede el juez excluirlas, cualquiera sea su número.

señalan que ello no significa más que consagrar legalmente una fuente de impunidad, pues en algunos casos la eliminación de cierta evidencia por considerarse que se ha obtenido con violación de las garantías individuales conlleva como consecuencia que sea imposible acreditar el hecho investigado y sus responsables y, por lo mismo, se termina impidiendo la obtención de una sentencia condenatoria. En nuestro concepto, tal razonamiento no es sostenible pues significaría consagrar legalmente la posibilidad de desarrollar una investigación penal al margen de la ley y sin limitaciones, desconociendo todo el avance y desarrollo que ha tenido el reconocimiento de las garantías individuales en el ámbito procesal y constitucional.

Otro punto de gran desarrollo en la doctrina comparada es determinar cuál es la extensión que debe darse a la prohibición de admitir como medio probatorio en el juicio oral la evidencia que se hubiere declarado ilícita. Se discute si afecta o no a todas las demás evidencias obtenidas a partir de los antecedentes proporcionados u obtenidos con ocasión de la prueba ilícita. Nos referimos a la denominada “teoría de los frutos del árbol envenenado” o del “efecto reflejo” de la prueba ilícita, en virtud de la cual toda evidencia que se obtiene durante el proceso de investigación y que deriva de una declarada como ilícita debe también excluirse como medio probatorio, pues en su origen se encuentra afectada por los mismos vicios de aquélla en que se produjo materialmente la infracción de garantías¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

Algunos de los principales criterios jurisprudenciales adoptados por los jueces de garantía son los siguientes:

- a) Identificación del núcleo esencial de la garantía que se invoca.
- b) Encuentro casual.
- c) Imposibilidad de descubrimiento alternativo.
- d) Fruto del árbol envenenado.

¹⁵⁶ El tema de la prueba ilícita, por su extensión e importancia no es posible de abordar en estas líneas. Se sugiere revisar HERNÁNDEZ, Héctor: “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002; COLOMA, Rodrigo, et al.: *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. LexisNexis, Santiago, 2003; BOFILL, Jorge: “Preparación del Juicio Oral y Juicio Oral”, en *Las Reformas del Proceso Penal*. Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago 2000; CERDA, Rodrigo, op. cit., pp. 45-68; ZAPATA, María Francisca: *La Prueba Ilícita*. Editorial LexisNexis, 2004.

¹⁵⁷ Cabe precisar que respecto de la prueba pericial el art. 316 C.P.P. establece requisitos especiales de admisibilidad.

13. Problemas de admisibilidad en relación a la declaración policial

Nos parece relevante destacar un tema de especial interés en materia de exclusión de prueba, cual es la declaración del policía como prueba en el juicio. Rafael Blanco y Mauricio Decap entienden que no existe inconveniente en recibir como prueba la declaración del policía presentado como testigo de los dichos del imputado, en tanto se acredite que el modo en que obtuvo dicha información no haya sido producto de la afectación de garantías del mismo, particularmente su derecho a guardar silencio. Por lo demás, no constituye un requisito de admisibilidad para aceptar al policía como testigo el que éste haya declarado ante el Ministerio Público, bastando que su declaración conste de cualquier forma en la carpeta del fiscal antes del cierre de la investigación.

Leonardo Moreno y Hugo Rojas, en contrapunto, consideran que si el Ministerio Público desea presentar como testigos a funcionarios policiales, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 227 y 260, debe registrar sus declaraciones y entregarlas a la defensa, a fin de permitir que ésta pueda ejercer las facultades que el derecho a defensa le confiere, entre otras, ejercer una defensa informada, en especial al contraexaminar, pudiendo contrastar las declaraciones de los testigos con declaraciones previas de aquellas que autoriza efectuar el art. 332. Esta interpretación es respetuosa de lo establecido en el art. 334. No se debe olvidar que deben privilegiarse interpretaciones que favorezcan el control de la información por los litigantes, permitiendo finalmente al tribunal tener antecedentes de alta calidad al resolver.

14. La suspensión de la audiencia a fin de ofrecer prueba

La defensa puede plantear en la audiencia que no le es posible ofrecer en este momento la prueba que presentará en el juicio oral por causas que no le son imputables al acusado. Verificado este supuesto por el juez de garantía, puede decretar la suspensión de la audiencia y como consecuencia de ello aplazar la dictación del Auto de Apertura del Juicio Oral hasta por diez días, a fin que el acusado pueda presentar sus pruebas (art. 278 C.P.P.).

15. La declaración del imputado

Todo imputado tiene derecho a prestar declaración en cualquiera etapa del procedimiento, de modo que si estima conveniente hacerlo en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, aún en calidad de acusado, puede efectuarlo. Dicha declaración debe prestarse en la misma audiencia, sin previo juramento y en condiciones de oralidad, inmediación y contradictoriedad (arts. 98 y 236 C.P.P.). Claro que su abogado defensor debe explicarle previamente que tiene este derecho y si es conveniente o no que preste declaración en esta ocasión.

16. Medidas cautelares reales y/o personales

Por lo general no es este el momento para solicitar una medida cautelar personal; más bien lo que puede suceder es que la defensa incluya el tema para ser discutido en la audiencia, en especial en lo concerniente a la revisión, modificación o sustitución de las medidas cautelares si puede apoyar tal petición.

En el caso de las medidas cautelares reales, y una vez desechada la conciliación, el juez de garantía debe pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas por la víctima al deducir su acción civil.

En la práctica cuando ha sido decretada la medida cautelar de prisión preventiva, los jueces de garantía llaman a las partes a debatir sobre la mantención de las circunstancias en virtud de la cual fue decretada la medida, con la finalidad de que no sea necesario realizar un debate posterior sobre revisión de medidas cautelares que deba efectuarse ante el tribunal oral en lo penal, el que pasa a ser competente por el desasimiento del juez de garantía originado al dictarse el Auto de Apertura del Juicio Oral (lo que originaría un debate en sede del tribunal previo al juicio mismo y en el cual se debatiría sobre antecedentes de fondo del caso, contaminando con ello al tribunal)¹⁵⁸.

17. Devolución de la documentación acompañada por los intervinientes

Al culminar la audiencia, el juez de garantía debe ordenar que le sean devueltos a los intervinientes todos aquellos documentos que éstos

¹⁵⁸ Repásense los arts. 157, 273, inc. 2º, 144-146, 152, 155 inc. final C.P.P.

hubieren acompañado durante la etapa de investigación (art. 279 C.P.P.).

e) Auto de Apertura

Al concluir la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, salvo que ésta se hubiere suspendido para la presentación de pruebas por la defensa, el juez de garantía procederá a dictar la resolución denominada Auto de Apertura del Juicio Oral, que consiste en una sentencia interlocutoria que pone término a la etapa intermedia y que fija el asunto controvertido y los medios probatorios que serán conocidos por el tribunal oral en lo penal.

Desde el punto de vista de su contenido, el Auto de Apertura del Juicio Oral debe mencionar lo siguiente:

a) El tribunal oral en lo penal competente para conocer del juicio oral. Será precisamente a este tribunal al que deberá enviarse el Auto de Apertura dictado por el juez de garantía.

b) La acusación o las acusaciones que deben ser objeto del juicio. En el evento en que se hubieren formulado correcciones formales a la acusación o acusaciones, incluyendo las correcciones derivadas del control del principio de congruencia, deben mencionarse en el Auto de Apertura.

Para evitar inconvenientes posteriores, se recomienda al juez reproducir textualmente la parte expositiva de la acusación.

c) La demanda civil, cuando corresponda.

d) Los hechos respecto de los cuales los intervinientes hubieren celebrado convenciones probatorias.

e) La enumeración de las pruebas que se van a rendir en el juicio oral por cada uno de los intervinientes, y que no han sido excluidas en el curso de la audiencia.

En relación a los puntos de prueba debe señalarse que, si bien pudieran formar parte del Auto de Apertura, ello no resulta esencial puesto que si durante el desarrollo del juicio se plantea un debate sobre la pertinencia de una determinada declaración o naturaleza del testigo, siempre podrá recurrirse a los registros de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral o al texto de las presentaciones escritas de las partes para verificar si la declaración del testigo en juicio forma parte del ámbito temático de interrogación para el cual fue ofrecido.

Ahora bien, si de cautelar la imparcialidad del tribunal oral se trata, lo más aconsejable sería que los puntos de prueba no formen parte del

Auto de Apertura, a objeto de no proporcionar información sobre las declaraciones de los testigos.

f) La individualización de todas aquellas personas que deben ser citadas a la Audiencia del Juicio Oral. En el caso de los testigos debe indicarse cuando corresponda a cuáles de ellos deben pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y los montos respectivos.

g) La orden de devolución de los documentos presentados por los intervinientes en la audiencia (v. gr., informes periciales, comprobantes de idoneidad de peritos, antecedentes acompañados para el fallo de las excepciones, etcétera).

h) La reserva para el juicio oral respecto del pronunciamiento sobre las excepciones de cosa juzgada y extinción de responsabilidad penal (art. 271 inc. final C.P.P.).

i) Poner a disposición del tribunal oral en lo penal a los sujetos sometidos a medidas cautelares personales, y en particular en caso de prisión preventiva. Se debe indicar la fecha en que se decretó la medida, y en el caso de la prisión preventiva se debe agregar cuándo tuvo lugar el último debate oral sobre la misma.

El Auto de Apertura se entiende notificado a los intervinientes con su lectura al final de la audiencia, de lo que se dejará constancia en el estado diario.

La fiscalía puede interponer, a su respecto, recurso de apelación, el que se otorgará en ambos efectos, cuando el juez de garantía hubiere excluido antecedentes probatorios del Ministerio Público por haberse declarado la nulidad de las diligencias en que éstos hubieren sido obtenidos o cuando en los procedimientos utilizados para conseguirlos se hubieren inobservado garantías fundamentales. Lo anterior es sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales (art. 277 C.P.P.)¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Ha surgido un problema práctico de interpretación a propósito de los arts. 277, inc. 2º, y 281 C.P.P., pues en este último se señala que la remisión del Auto de Apertura al tribunal oral en lo penal debe ocurrir dentro de las cuarenta y ocho horas desde su notificación. Pero, ¿qué sucede cuando en contra de ese Auto de Apertura la fiscalía interpone recurso de apelación por exclusión de prueba? Pareciera que lo razonable en tal caso, y es así como lo entiende la mayoría de los jueces de garantía, es no remitir el Auto de Apertura dictado al tribunal oral en lo penal sino hasta que la referida resolución se encuentre firme, haciendo primar, en esta situación excepcional, el art. 277 C.P.P.

Con la dictación del Auto de Apertura del Juicio Oral se produce el desasimio del juez de garantía, debiendo el asunto –y todas sus materias accesorias– pasar a ser conocido por el tribunal oral¹⁶⁰.

26. AUDIENCIA DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO¹⁶¹

El Procedimiento Abreviado es un procedimiento especial y una forma alternativa de desarrollar el procedimiento penal, y en breve consiste en un juicio llevado a efecto ante el mismo juez de garantía (y no ante el tribunal oral en lo penal)¹⁶² conforme a los antecedentes de investigación recopilados por la fiscalía, y que requiere para su procedencia del cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el ordenamiento procesal penal¹⁶³.

a) Requisitos de procedencia del Procedimiento Abreviado

En el art. 406 C.P.P. se establecen los presupuestos legales del Procedimiento Abreviado:

1. *Consentimiento* libre e informado del imputado de someterse a las reglas del procedimiento abreviado¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Producto del desasimio del juez de garantía pasan a ser de competencia del tribunal oral en lo penal, entre otras, las materias relativas a las eventuales medidas cautelares personales que afectan al imputado y su revisión; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el art. 18 C.O.T. Para evitar una eventual contaminación del tribunal que ha de conocer del juicio se ha instaurado la práctica de proceder en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral a una revisión de las medidas cautelares personales que afectan al imputado, particularmente de la prisión preventiva. De no ocurrir lo señalado, y verificándose un debate sobre las cautelares personales ante la sala del tribunal oral que ha de conocer del juicio, habrá de plantearse la inhabilidad de sus integrantes antes del juicio. *De lege ferenda*, podemos sostener que la solución definitiva a este problema es mantener radicada la competencia en materia cautelar ante el propio juez de garantía, o en su defecto, habilitar a un juez del tribunal oral en lo penal para resolver las peticiones que se realicen sobre la libertad del acusado, juez que naturalmente quedaría inhabilitado para integrar el tribunal oral en lo penal.

¹⁶¹ Sobre su origen, fundamentos y críticas, véase HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. II, pp. 503-516.

¹⁶² Esto ya es cuestionable desde la perspectiva de la imparcialidad del tribunal. En efecto, el mismo juez que ha conocido de las incidencias del procedimiento, entre ellas eventuales debates sobre cautelares, conocerá y resolverá el caso.

¹⁶³ Se sugiere la revisión de CERDA, Rodrigo, *El Procedimiento Abreviado*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2003.

¹⁶⁴ La regla general será que el consentimiento del imputado se origine en una negociación que éste realice (asesorado por su defensa) con el fiscal, a fin de obtener una pena inferior a la que arriesgaría en un juicio oral; pero puede ocurrir que el fundamento del consentimiento del

2. Que la *pena* privativa de libertad solicitada en concreto por el fiscal no exceda de 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 (art. 406 del C.P.P.). Se trata de la pena requerida efectivamente por el fiscal, y no del marco legal teórico aplicable en abstracto al hecho imputado.

3. Que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y acepte ser juzgado por el juez de garantía conforme a los antecedentes de investigación que la fundan. En definitiva, se trata de renunciar a rendir prueba sobre los hechos imputados por parte de la defensa, limitándose a formular alegaciones fundamentalmente jurídicas en el curso del procedimiento. “La ley no exige el reconocimiento de su culpabilidad, porque en definitiva ése es problema jurídico-o más bien metafísico-cuya decisión corresponde al juez. Y en tal medida admite la posibilidad de un fallo absolutorio, especialmente cuando el tribunal no alcanza, con los antecedentes de la investigación disponibles, el estándar de convicción que requiere la ley para condenar al acusado”¹⁶⁵.

4. Que el querellante, si lo hubiere, no se oponga a la aplicación de tal procedimiento cuando, dados los términos de su acusación particular, la pena aplicable al acusado excede del límite legal que hace procedente el procedimiento abreviado¹⁶⁶. Es del todo recomendable, si fuere posible, incorporar a las negociaciones que se realicen entre el imputado y su defensor con el fiscal al querellante, si lo hubiere, a fin de evitar la oposición del mismo en la audiencia.

En el Procedimiento Abreviado encontramos una expresión de los espacios de negociación permitidos en el nuevo sistema procesal penal.

Continuación nota ¹⁶⁴

imputado lo encontremos en su falta de disposición a ser juzgado en un juicio oral, por la publicidad del mismo o en su evaluación estratégica de que al final del procedimiento abreviado puede resultar absuelto. Agreguemos a lo anterior que el consentimiento del imputado puede referirse sólo a uno o más delitos por los cuales ha sido acusado, respecto de aquellos en que no preste su consentimiento o en aquellos respecto de los cuales no era procedente el abreviado, deberán continuar conforme a las reglas del procedimiento ordinario. También puede ocurrir que la negociación fiscal comprenda uno o más de los imputados mencionados en la acusación.

¹⁶⁵ Cfr. HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. II, p. 524.

¹⁶⁶ El querellante puede sostener su pretensión en una calificación jurídica de los hechos imputados distinta a la formulada por el fiscal, en atribuirle al imputado un grado de participación diferente, o en sostener la concurrencia de diferentes circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

El imputado debe renunciar a ser juzgado en un juicio oral, con todas las garantías que ello conlleva, a cambio de conocer anticipadamente cuál es el máximo de pena que eventualmente se le podría imponer en el evento de dictarse una sentencia condenatoria en su contra¹⁶⁷.

Algunos sostienen que dado el tenor literal de los arts. 406 y 407 del Código, los que discurren sobre la idea que la investigación está concluida, sólo sería procedente plantear esta posibilidad, sea por escrito en la acusación o mediante solicitud verbal en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, estando vedado a los intervinientes plantearlo en otro momento, como sería en la Audiencia de Formalización de la Investigación¹⁶⁸. Si la solicitud fuere formulada verbalmente en la misma audiencia, la ley faculta al fiscal y al querellante, si lo hubiere, para proceder a modificar los términos de su acusación y la solicitud de pena, con el propósito de permitir la aplicación del procedimiento abreviado. Resulta recomendable que el fiscal formule su planteamiento de manera verbal en la audiencia, y como consecuencia de la aceptación del mismo, modifique su acusación; y no que lo haga en el escrito de acusación, conformando ésta a los términos del abreviado, pues en este último caso, si fracasa la negociación, el fiscal no podrá modificar los términos de su acusación.

Somos de la opinión que una lectura tan rígida del Código atenta contra la flexibilidad buscada por los autores del nuevo sistema, en especial en la fase de investigación, donde se ha autorizado que el sentido original de una audiencia pueda ser transformado en otros objetivos, según lo revelen los intereses de las partes. A través del elemento lógico-sistemático de interpretación judicial es perfectamente posible llegar a sugerir que las partes pueden solicitar en cualquier momento de la investigación que se proceda en conformidad a las reglas del Procedimiento Abreviado. Incluso si esta petición se plantea en la Audiencia de

¹⁶⁷ Un tema debatido es el ámbito de negociación que cabe a las partes y cuáles son sus límites. Pensemos en un fiscal que para llegar a la pena que hace posible el abreviado recurre al art. 68 bis C.P., o modifica el grado de participación del imputado. No sería posible el omitir antecedentes que constan en la carpeta de investigación fiscal, pues sería constitutivo del ilícito contemplado en el art. 269 ter C.P.

¹⁶⁸ Creemos en todo caso que el desincentivo para utilizar este procedimiento en la etapa de formalización no dice relación con la discusión señalada, sino con el hecho que si el fiscal opta por este procedimiento y luego fracasa, dado que el tribunal no acoge que los hechos se conozcan en virtud de ese procedimiento, el fiscal ya no puede reanudar su investigación y recopilar mayores antecedentes con vista a un futuro juicio oral, pues para plantear la posibilidad de ir a este procedimiento se debe decretar el cierre de la investigación.

Formalización de la Investigación, mediante la solicitud de Juicio Inmediato, ha de transformarse el objetivo de la audiencia en la consecuente preparación del juicio oral, debiendo el fiscal acusar verbalmente y solicitar la aplicación del Procedimiento Abreviado, si así lo ha acordado previamente con el imputado¹⁶⁹. No comparten esta opinión otros autores, para quienes debe primar el tenor literal del art. 407 y porque consideran que debe existir una investigación agotada que permita al tribunal pronunciarse sobre la solicitud¹⁷⁰.

A la defensa le cabe un rol relevante frente a esta institución, pues debe informar adecuadamente al imputado sobre el alcance y significado estratégico de este procedimiento. En concreto, el defensor debe asumir las siguientes responsabilidades:

1. Informar a su cliente que el Procedimiento Abreviado supone renunciar al derecho que tiene todo imputado a que su causa sea conocida y juzgada ante un tribunal oral en lo penal y conforme a las reglas del juicio oral. Deberá explicarle con toda claridad los posibles escenarios en un eventual juicio oral.

2. Informar a su cliente que para proceder en conformidad a las reglas del Procedimiento Abreviado debe tener en cuenta que está aceptando expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes provenientes de la investigación fiscal que la fundaren. Esta es, quizá, una de las cuestiones más controvertidas por la doctrina respecto de la institución que comentamos, pues se sostiene que en presencia de una investigación medianamente acuciosa de la fiscalía, el margen de movimiento de la defensa dentro del procedimiento abreviado es demasiado restringido. Tanto es así que algunos han llegado a sostener que en definitiva el consentimiento expreso del imputado viene a ser un reconocimiento de culpabilidad de su parte. De más está decir, entonces, la importancia de informar adecuadamente al imputado sobre sus consecuencias jurídicas.

¹⁶⁹ Obviamente estamos pensando en investigaciones agotadas; cuestión que en el caso de la audiencia de formalización será de escasa ocurrencia, salvo que se trate de detenciones por delitos flagrantes, como aquellas referidas a robos por sorpresa o intimidación. Si la investigación no se encuentra agotada, lo lógico es que el fiscal continúe con su investigación y promueva el procedimiento abreviado, sea por escrito en su acusación o verbalmente en la audiencia de preparación de juicio oral.

¹⁷⁰ En este sentido, modificando la postura sostenida en el primer tomo, HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. II, p. 520; CHAHUÁN, Sabas: *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, 2ª edición, Editorial ConoSur, Santiago, p. 220.

3. Informar a su cliente sobre la eventual condena que puede emanar del procedimiento abreviado y los límites de tal condena acordados con el fiscal.

A su turno, al fiscal le cabe analizar, a propósito del Procedimiento Abreviado, las siguientes materias:

1. Verificar si dispone de suficiente material de investigación y antecedentes para fundar una sentencia condenatoria.

2. Intentar amarrar al máximo la voluntad del defensor a objeto de abarcar en su consentimiento los hechos centrales y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

3. Persuadir al querellante, si lo hubiese, de las ventajas estratégicas de esta decisión.

4. Ir premunido de buenas argumentaciones jurídicas para persuadir al juez de garantía sobre la procedencia legal de este procedimiento.

b) Rol del juez de garantía

El juez de garantía debe verificar que se cumplan los presupuestos de este procedimiento especial.

De esta forma, el juez debe controlar los siguientes aspectos asociados al otorgamiento del consentimiento del acusado; i) consentimiento libre, expreso y voluntario del acusado de someterse a este procedimiento; ii) conocimiento por parte del acusado del derecho que tiene de llevar el caso a un juicio oral ante tribunal colegiado; iii) aceptación expresa del acusado de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que fundaren la acusación¹⁷¹; iv) conocimiento por parte del acusado de las consecuencias de someterse a un Procedimiento Abreviado.

Además deberá verificar que la pena solicitada por el fiscal y querellante, en su caso, se enmarque dentro de los límites legales; que este último no se haya opuesto al abreviado; y, finalmente, debe verificar la cuestión más compleja, cual es, si los antecedentes de la investigación

¹⁷¹ Los autores consideran que pueden considerarse antecedentes de la investigación que funden la acusación no sólo aquellos que forman parte integrante de la “carpeta” de investigación fiscal, sino también aquellos que los intervinientes acuerden como parte de dichos antecedentes (v. gr., certificado de antecedentes, informe presentencial, etc.). Lo razonable es que este acuerdo se materialice en forma clara con anterioridad a la resolución judicial que da por iniciada la audiencia de procedimiento abreviado.

fiscal fueren suficientes para proceder de conformidad al Procedimiento Abreviado.

En caso de oposición del querellante a que el caso sea resuelto a través de un Procedimiento Abreviado, el juez de garantía deberá resolver tal petición (art. 408 C.P.P.).

El juez debe abrir un debate que le permita corroborar que la pena privativa de libertad requerida por el fiscal no sea superior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, o bien, que se trate de otra pena de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas.

El examen que realiza el juez en cuanto al cumplimiento del requisito de la suficiencia de los antecedentes debe entenderse como un examen de plausibilidad, esto es, como un examen más bien formal y no de mérito, pues de lo que se trata es de presentar los hechos y sus calificaciones jurídicas de un modo que razonablemente pueda pensarse que los antecedentes reunidos en la investigación, o al menos uno de ellos, permiten sostener el hecho imputado, la participación y las circunstancias modificatorias esgrimidas por la fiscalía (cfr. arts. 412 y 413 C.P.P.)¹⁷².

Culminado este análisis preliminar que realiza el juez de garantía, podrá no dar lugar a la aplicación del Procedimiento Abreviado, evento en el cual la causa seguirá su tramitación ordinaria, debiendo el juez continuar con la Audiencia de Preparación de Juicio Oral y dictar al término de la misma el Auto de Apertura del Juicio Oral¹⁷³; o podrá determinar que se cumplen todos los supuestos de procedencia de este procedimiento, dando inicio a su tramitación¹⁷⁴.

¹⁷² Al resolver en su sentencia definitiva, el juez debe efectuar un examen de fondo de esos antecedentes, a fin de determinar si superan o no el estándar de convicción para condenar.

¹⁷³ En este caso, como lo señala el art. 410 C.P.P., se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por parte del acusado y las modificaciones efectuadas a la o las acusaciones. En definitiva, el juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de abreviado sean eliminados del registro. Lo anterior es complementado por lo dispuesto en el art. 335 C.P.P., que impide en el juicio oral invocar, dar lectura o incorporar como prueba dichos antecedentes.

¹⁷⁴ Una cuestión debatida entre los intervinientes es si la resolución que adopta el juez de garantía sobre la procedencia de tramitar la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado es o no susceptible de apelación. Nosotros sostenemos que no es posible, pues no estamos frente a una resolución judicial de aquellas que ponen término al procedimiento, hagan imposible su prosecución, suspendan el procedimiento por más de treinta días, o en una hipótesis legal de apelación (art. 370 C.P.P.). Ello es así incluso respecto de la resolución que rechaza el abreviado, pues con ella no se pone término al procedimiento. En este caso, y en virtud de tal

*c) Desarrollo de la Audiencia de
Procedimiento Abreviado (art. 411 C.P.P.)*

Una vez verificada la concurrencia de los requisitos legales, en la misma audiencia el juez de garantía debe proceder a abrir debate entre las partes:

1. El juez de garantía otorga la palabra al fiscal para que realice una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de investigación que la fundan.

2. Luego el juez otorga la palabra al querellante, si lo hubiere, y al defensor para que expongan sus alegaciones sobre el fondo del tema sometido al procedimiento.

3. Una vez concluidas estas exposiciones, el juez procede a dictar sentencia¹⁷⁵.

d) Sentencia en el Abreviado

Una vez concluidas las intervenciones de los litigantes, el juez debe proceder a dictar su sentencia, ciñéndose a las normas sobre valoración de la prueba y estándar de convicción, establecidas en el procedimiento ordinario, a falta de norma especial que regule dichas materias¹⁷⁶. El artículo 413 C.P.P. señala expresamente los requisitos de la sentencia.

La sentencia pronunciada por el juez podrá ser absolutoria o condenatoria según la valoración de fondo que haga el tribunal sobre las argumentaciones de las partes y los antecedentes fundantes de la acusación.

Si la sentencia es condenatoria, el legislador establece ciertas limitaciones al juez: a) no podrá imponer una pena superior o más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante en su caso¹⁷⁷; b) no podrá

Continuación nota ¹⁷⁴

resolución, el abreviado debe continuar el procedimiento en el que se originó la solicitud de abreviado, esto es, el procedimiento ordinario, debiéndose proceder a la dictación del auto de apertura del juicio oral (art. 410 C.P.P.).

¹⁷⁵ Los debates deberán versar exclusivamente sobre los hechos y antecedentes de la investigación aceptados por el acusado.

¹⁷⁶ Se discute entre los intervinientes si es o no procedente en el debate del procedimiento abreviado o al término del mismo, pero antes del pronunciamiento del tribunal, acompañar antecedentes referidos a la determinación de la pena o al cumplimiento de los requisitos para ser objeto de un beneficio de la ley N° 18.216, como sería v. gr. acompañar un informe presentencial.

¹⁷⁷ Es posible sostener, dado el tenor del art. 415 C.P.P., que serían aplicables entre otras normas al procedimiento abreviado los arts. 297, 340, 343-345 C.P.P.

emitirse el fallo condenatorio exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos formulada por el imputado; se exige entonces que exista una correlación entre esta aceptación y los antecedentes de la investigación recopilados por el fiscal; c) no es óbice la sentencia condenatoria a la concesión de alguna de las medidas alternativas contempladas en la ley, si fueren procedentes –lo que se quiere decir con la norma es que el juez puede pronunciarse sobre la procedencia o no de algún beneficio aun cuando no se lo hayan solicitado los intervinientes–; d) la sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta –dado que la demanda civil requiere para su resolución de un lato conocimiento, lo cual se opone a la naturaleza del Procedimiento Abreviado.

*e) Recursos contra la sentencia dictada
en el Procedimiento Abreviado (art. 414 C.P.P.)*

La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el Procedimiento Abreviado sólo será impugnable por la vía del recurso de apelación, que se deberá conceder en ambos efectos. El fundamento de la procedencia de la apelación respecto de la sentencia del Abreviado se encuentra en el hecho que estamos frente a un procedimiento de actas, con registro escrito, el cual puede ser fácilmente revisado por un tribunal superior.

La principal particularidad del recurso de apelación en este caso es que faculta a la Corte de Apelaciones respectiva para pronunciarse no sólo respecto del contenido de la sentencia recurrida, sino que además sobre la concurrencia de los supuestos del Procedimiento Abreviado; es decir, se permite a la Corte actuar de oficio para verificar nuevamente el cumplimiento de los presupuestos habilitantes para proceder conforme al procedimiento abreviado, disminuyendo con ello las posibilidades de un mal uso de esta institución.

27. AUDIENCIA DE PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

a) Alcances

1. El Procedimiento Simplificado, conforme lo señala expresamente el art. 388, constituye la manera en que por lo normal son tramitados, ante

el juez de garantía, los casos de faltas y simples delitos para los que el Ministerio Público requiere la imposición de una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo (no superior a 540 días).

Esto significa que estamos en presencia de un procedimiento especial, aplicable en todos los casos de faltas; aunque también se ha extendido su aplicación a los casos de simples delitos respecto de los cuales el fiscal requiere, esto es, solicita una pena en concreto que no excede de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

Por tanto, podemos decir que se entrega competencia al juez de garantía para conocer de este Procedimiento Simplificado en atención a la “cuantía” de la pena.

2. Cabe señalar que la propia disposición citada, en su parte final, se encarga de señalar una excepción, que consiste en que no se aplicará el Procedimiento Simplificado en aquellos casos en que el conocimiento y fallo se sometiere a las reglas del Procedimiento Abreviado.

Normalmente se ha sostenido que resultaría impracticable dicha regla, dado que el imputado resulta mucho más favorecido con las regulaciones establecidas en el Procedimiento Simplificado, tales como el reconocimiento de responsabilidad del art. 395 o incluso la suspensión de la pena del art. 398 C.P.P.

Sin embargo, debe indicarse que tal posibilidad quedó circunscrita para aquellos casos en que no siendo en principio procedente el Procedimiento Simplificado, por haber solicitado el fiscal del Ministerio Público una pena superior a los 540 días, durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral se produce una negociación con el imputado y su defensor, y logran llegar al acuerdo de ir a un Procedimiento Abreviado, aceptando el imputado los hechos contenidos en la acusación y los antecedentes en que se funda, a cambio de una rebaja del fiscal en la pena solicitada, que puede llegar al límite señalado del presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

En estos casos, y dada la dinámica propia de la litigación, que ha incorporado una negociación de penas, no resulta posible alterar el procedimiento especial dentro del cual se da dicha negociación —el Procedimiento Abreviado—, en función de que dentro de los acuerdos adoptados se ha rebajado la pena a una que conforme al criterio general del art. 388 C.P.P. hace aplicable el Procedimiento Simplificado.

3. Lo dicho en el número anterior sirve al efecto de adelantar de inmediato una opinión en torno a un debate que ha surgido en algunas

regiones, relativo a su imperatividad: la obligatoriedad o no del Procedimiento Simplificado.

Desde luego es un debate que carece de todo sustento legal, en la medida en que el art. 388 es completamente explícito al señalar que, tratándose de las faltas y de los simples delitos a que se refiere, “se sujetará” y “se aplicará” el Procedimiento Simplificado, sin admitir más que la excepción ya señalada del Procedimiento Abreviado. No obstante, ha habido casos en los que se han realizado juicios orales ante el tribunal oral en lo penal correspondiente, respecto de simples delitos en los cuales el fiscal pidió una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo y, por lo mismo, se requiere de alguna explicación.

El art. 14 C.O.T., a propósito de la competencia territorial de los juzgados y tribunales, establece que los únicos competentes para conocer de los casos indicados en el art. 388 son los jueces de garantía¹⁷⁸.

En aval de la tesis de la posibilidad que el fiscal elija el procedimiento a seguir, desde luego se suele recurrir a la constitucionalidad de la función del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación de todo delito y de ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista en el C.P.P. Se asume que el Ministerio Público es dueño de elegir el procedimiento a utilizar, pues se encuentra dentro del ejercicio de una potestad exclusiva, cual es el ejercicio de la acción penal pública.

Suelen asilarse en términos jurisprudenciales en un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 27 de agosto de 2002¹⁷⁹, mediante el cual se revocó la resolución dictada por la jueza subrogante de garantía de María Elena, quien había tenido a la Acusación como simple requerimiento y había citado a la Audiencia del Juicio Simplificado, en circunstancias que la fiscalía había acusado solicitando el Procedimiento Abreviado. La Corte entendió allí, erróneamente a nuestro juicio, que existe una potestad exclusiva del Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, de lo que colige que puede elegir el procedimiento a seguir. El error se encuentra en que dicha potestad en primer lugar no es exclusiva, y en segundo lugar, en que el ejercicio de la acción penal

¹⁷⁸ Según el art. 14 (letras d y e) C.O.T, corresponde a los jueces de garantía conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal, y conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I, del Libro Cuarto, del C.P.P., las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena asignada.

¹⁷⁹ *Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público*, noviembre de 2002, pp. 145 y ss.

pública quedó expresamente entregado a la ley. Dicho con otras palabras, es la ley la que regula la manera o forma en que ha de ejercerse la acción penal pública, y desde luego una de ellas es precisamente el Procedimiento Simplificado, que sólo admite como excepción, según se ha expuesto, el caso en que se sigan las reglas del Procedimiento Abreviado.

En descargo del fallo de la Corte, digamos que el fiscal había solicitado en la Acusación proceder de acuerdo a las reglas del Abreviado, en el contexto de un Procedimiento Ordinario. El error estriba en los argumentos utilizados para dejar sin efecto una resolución que se anticipa en demasía respecto de la oportunidad procesal para resolver el conflicto. En nuestra opinión, la posibilidad del fiscal de elegir el procedimiento a utilizar no existe, puesto que están involucradas en dichas cuestiones temas de competencia relativa de los jueces para conocer de un caso determinado, según la cuantía de la pena fijada por el C.P.P., en directa concordancia con la norma constitucional que le entrega precisamente a la ley el determinar la “forma” en que ha de ejercerse la acción penal pública por el Ministerio Público.

El problema acerca de la obligatoriedad del Procedimiento Simplificado, con la excepción anotada del Abreviado, en realidad no existe. Dicho procedimiento resulta obligatorio tanto en el tenor literal de la norma como en el espíritu, puesto que los legisladores fueron explícitos al manifestar el sentido de la norma.

El único punto que merece ser dilucidado todavía es el relativo a la oportunidad procesal para resolver el conflicto que pudiere producirse a propósito de una acusación con solicitud de pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

Ya hemos adelantado que no nos parece que la solución dada por la jueza de María Elena sea la correcta y ello en atención a que todavía no hay claramente establecido algún tipo de conflicto jurídico que requiera ser solucionado por el juez, sólo hay una petición completamente apegada al Código adjetivo, que tiene expresamente señalada una tramitación: notificar dicha acusación y citar a la Audiencia de Preparación del Juicio Oral correspondiente, a fin de que se discuta acerca de la posibilidad de ir a un Procedimiento Abreviado, en el contexto de la admisibilidad correspondiente.

Si no existiere acuerdo para proceder de conformidad a las reglas del Procedimiento Abreviado, entonces lo que corresponde no es dictar Auto de Apertura del Juicio Oral, sino que citar a la Audiencia del

Procedimiento Simplificado, entendiendo a la Acusación como el requerimiento pertinente.

Esta es la solución que nos parece correcta y que elimina cualquier problema interpretativo que no resulte consistente con las diversas instituciones en juego y, por cierto, con los principios inspiradores de la reforma procesal penal. Esta, por lo demás, es la solución que acoge de un modo expreso el proyecto de ley en actual trámite legislativo (en segundo trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, a marzo de 2005), que modifica el C.P.P. y el C.P. (conocido como proyecto de ajustes a la reforma procesal penal).

4. Otra cuestión que ha originado alguna confusión ha sido la extensión del ámbito de aplicación del Procedimiento Simplificado producido como consecuencia de alguna legislación adecuatoria a la reforma y/o especial, tales como las contenidas en las leyes N°s. 19.708, 19.804 y 19.925, a propósito de los delitos y contravenciones administrativas en materia de alcoholes y de delitos cometidos por menores de dieciocho y mayores de dieciséis años.

Dentro de los delitos y contravenciones administrativas en materia de alcoholes, ha existido una interesante y clarificadora evolución legislativa, desde la omisión de la ley N° 19.665, hasta las normas interpretativas contenidas en el art. 8° de la ley N° 19.925. La ley N° 19.665, que reforma el C.O.T. para crear los nuevos tribunales necesarios para la implementación de la reforma procesal penal, nada dice sobre la materia, manteniendo subsistente la norma del art. 45 N° 2, letra f, que le entregaba la competencia para conocer de las infracciones a la Ley de Alcoholes a los juzgados de letras. La ley N° 19.708 deroga dicha letra, e incorpora al art. 14 del mismo cuerpo, una letra e), de acuerdo a la cual correspondía conocer y fallar de las “faltas e infracciones” de la Ley de Alcoholes a los jueces de garantía, cualquiera que fuera la pena que dicha ley les asignara. Sin perjuicio de la complicación que llevaba implícita dicha norma respecto de delitos con penas superiores a la de presidio y reclusión menores en su grado mínimo, a las que hacía aplicable el Procedimiento Simplificado, lo cierto es que del debate legislativo resulta claro que se entendía que la referida Ley de Alcoholes contemplaba sanciones para conductas que no encajaban dentro de la noción clásica de delito y que, sin embargo, se dejaba dentro del sistema de enjuiciamiento criminal.

Esta situación se viene a resolver de manera definitiva en la ley N° 19.925, que entra a efectuar una clara delimitación entre lo que para el legislador son delitos en la Ley de Alcoholes y lo que son simples contravenciones administrativas, las que deja entregadas a los Juzgados de Policía Local. Con ello se avanzó en la clarificación de un tema que, siendo debatido intensamente en la doctrina, se estimó correspondía finalmente a una cuestión de política criminal el delimitar, optándose por efectuar dicha separación y siguiendo el criterio normativo. Al margen de consideraciones de fondo respecto de si la conducta pudiere ser estimada doctrinariamente o no como constitutiva de delito, es el legislador el que zanja la cuestión y determina cuáles de las conductas que allí se tipifican son constitutivas de delito y cuáles son constitutivas de una simple contravención administrativa y, de acuerdo a dicho criterio normativo, sólo deja encasillada dentro de la expresión delito a dos conductas reguladas en los arts. 42 inc. 3° y 46. Las demás son contravenciones administrativas.

De esta manera se resuelve dicho problema interpretativo y, de paso, se soluciona la cuestión relativa al procedimiento aplicable, que vuelve a depender de la cuantía de la pena solicitada por el fiscal, al señalar en el art. 54 de la citada ley N° 19.925 que “se aplicarán los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal”. A ello contribuye que las hipótesis que resultaban problemáticas eran precisamente aquellas relativas al delito de conducción en estado de ebriedad, que pasa a quedar regulada dentro de la Ley de Tránsito, desapareciendo de la Ley de Alcoholes, sin que por tanto tenga influencia en su resolución el antes señalado art. 14, letra e, del C.O.T., y que como hemos dicho sólo se refería a los simples delitos de la Ley de Alcoholes.

b) Etapas del Procedimiento Simplificado

1. *Requerimiento del fiscal.* Recibida por el fiscal una denuncia de un hecho constitutivo de falta o simple delito de los señalados en el art. 388 y existiendo antecedentes suficientes para adoptar una decisión persecutoria, solicitará (requerimiento) del juez de garantía la citación inmediata a la audiencia del procedimiento simplificado.

Excepcionalmente el fiscal podría proceder de una manera distinta si: a) los antecedentes aportados son insuficientes para ir de inmediato a juicio (investiga o archiva provisionalmente); b) se encuentra extingui-

da la responsabilidad penal del imputado (ejerce facultad de no iniciar investigación), y c) se trata de un delito de bagatela, de modo que puede ser objeto de la decisión discrecional de ejercer el principio de oportunidad.

En cuanto al contenido del requerimiento, éste debe contener: a) la individualización del imputado; b) una relación breve del hecho que se le atribuye; c) la cita de las disposiciones legales infringidas; d) la exposición de los antecedentes o elementos que fundan la imputación (no se acompañan); e) la pena requerida; f) la individualización y firma del fiscal requirente.

Dentro de las menciones que efectúa el art. 391 no se incluye expresamente la pena requerida, pero es indudable que resulta necesaria, pues permite identificar el procedimiento aplicable.

Los antecedentes que obren en la investigación del fiscal no deben ser acompañados junto con el requerimiento, dado que eventualmente el mismo juez de garantía debe conocer y fallar la causa respectiva, por lo que si se acompañaran los antecedentes se entraría a vulnerar claramente el principio de oralidad que rige plenamente en este procedimiento.

2. Preparación del juicio. Recibido el requerimiento por el juzgado de garantía, se ordena su notificación al imputado y se cita a todos los intervinientes al juicio, el que no puede tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días contados desde la fecha de la resolución.

3. Audiencia del Procedimiento Simplificado. La audiencia del juicio simplificado se efectúa de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) El juez efectúa al inicio de la audiencia una breve relación del requerimiento y de la querella si existiere.

b) Si se encuentra presente la víctima, el juez instruye tanto a la víctima como al imputado sobre la posibilidad de llegar a un Acuerdo Reparatorio. Asimismo, puede promover entre el fiscal y el imputado la Suspensión Condicional del Procedimiento.

A propósito de la posibilidad de decretarse una Suspensión Condicional del Procedimiento dentro de un Procedimiento Simplificado, se ha producido también algún debate, dada la omisión del art. 394. El C.P.P. nada dice respecto de esta posibilidad, efectuando sólo una referencia directa a los Acuerdos Reparatorios.

Teniendo presente dicha omisión, y considerando además que en este tipo de procedimiento se ha contemplado una institución específica, denominada Suspensión Condicional de la Pena, se ha estimado

por parte de algunos autores que dentro del Procedimiento Simplificado no tendría lugar la Suspensión Condicional del Procedimiento, y que sólo resultaría aplicable en el Procedimiento Ordinario.

Tal interpretación no parece tener presente las finalidades que persigue la Suspensión Condicional del Procedimiento, cual es evitar las dilaciones y costos que conlleva llevar un caso hasta la realización del juicio, cuando respecto de un primerizo la pena probable no excede de presidio o reclusión menor en su grado medio y, en consecuencia, será objeto de una medida alternativa a la pena privativa de libertad.

Asimismo, se olvida lo dispuesto por el art. 389, que establece precisamente la supletoriedad de las normas relativas al Procedimiento Ordinario, en la medida que se adecuen a la brevedad y simpleza que constituyen las características fundamentales de este procedimiento especial.

La pregunta que cabe formularse es saber si existe algún inconveniente de principios como para que no resulte aplicable la Suspensión Condicional del Procedimiento dentro de un Simplificado. En nuestro concepto no hay ningún inconveniente, siendo perfectamente posible que se den los presupuestos de la misma y, por tanto, se acuerde por fiscal y defensor, resolviendo finalmente su aplicación por parte del juez de garantía. Así, por lo demás, ha sido resuelto en forma casi unánime por los jueces que han sido llamados a pronunciarse.

Apelando a lo práctico, muchos intervinientes han salvado este debate, obviándolo a través del expediente de iniciar el procedimiento a través de la formalización de la investigación –vía aplicación supletoria–, de manera que en la misma audiencia de formalización se produzca el acuerdo y se dicte la resolución por el juez de garantía según la cual se suspende condicionalmente el procedimiento.

Finalmente, debe señalarse que este mismo criterio ha seguido el legislador con posterioridad a la aprobación del C.P.P., cuando ha establecido que resulta plenamente aplicable dicha Suspensión Condicional del Procedimiento en los casos de faltas de la Ley de Drogas y en los delitos de las leyes de Alcoholes y de Tránsito, dejando expresa constancia de su inaplicabilidad como modo general. Debe agregarse que se estimó necesaria dicha norma por la circunstancia que atendidas las características especiales de esos delitos, resultaba conveniente regular condiciones particulares que resultaran coherentes con las finalidades de esta institución, esto es, fueren consistentes con el

objetivo de contribuir a la solución del conflicto jurídico penal sometido al conocimiento del juez.

Así, en el caso de la falta de consumo de drogas tipificada en los arts. 50 y 51 de la Ley de Drogas, N° 20.000, se establece esta posibilidad en el art. 54 inc. 7°, señalándose como condición especial “la asistencia obligatoria a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación, en su caso, por el tiempo que sea necesario, de acuerdo al informe a que se refiere el inciso cuarto de este artículo, en instituciones consideradas idóneas por el Servicio de Salud competente”, esto es, regulándose una condición especial que puede quedar sujeta a un plazo inferior al establecido en el art. 237 inc. 5° C.P.P.¹⁸⁰.

Por su parte, en la Ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, se contempla la modificación a la Ley de Tránsito, en virtud de la cual los delitos de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas, así como la conducción en estado de ebriedad, pueden ser objeto de la Suspensión Condicional del Procedimiento en el contexto de un Simplificado, pudiendo imponerse además de las condiciones establecidas en el art. 238 C.P.P., la de “suspensión de licencia de conducir por un plazo no menor de seis meses ni superior a un año”.

Así viene planteado en el proyecto de modificaciones al C.P.P., reconociéndose la posibilidad que el fiscal, con el acuerdo del imputado, lo solicite al juez de garantía y éste decrete la Suspensión Condicional del Procedimiento en el contexto de un Procedimiento Simplificado.

Normalmente estas audiencias son muy simples, pues existe una negociación previa entre fiscal y defensor, de modo que nadie se ve sorprendido. De esta manera, si las partes han llegado a algún acuerdo respecto de una salida alternativa, de inmediato le plantearán al juez lo convenido.

De no producirse una salida alternativa, en los términos de lo que se viene sosteniendo en el punto anterior, el juez debe continuar adelante con la audiencia, para cuyo efecto ha de consultar al imputado si admite su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento,

¹⁸⁰ Debe recordarse que la ley N° 19.804, sobre normas adecuatorias a la reforma procesal penal, había establecido en el antiguo art. 42 de la Ley de Drogas, que podía imponerse la condición de “asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o de tratamiento o rehabilitación, según sea el caso, por un período no inferior a ciento ochenta días...”.

advirtiéndole si fuere procedente acerca de la posibilidad de imponerle una pena de prisión o de multa en su caso (art. 395 C.P.P.).

Esto nos plantea uno de los problemas más intensos en la aplicación de la reforma procesal penal, al punto que muchos han criticado esta institución como una seria deficiencia del C.P.P., y que estaría contribuyendo a la sensación de impunidad respecto de los delitos menores.

El Mensaje del Ejecutivo –con el que se inició la tramitación del nuevo C.P.P.– contemplaba solamente un procedimiento especial para las faltas, dentro del cual resultaba plenamente coherente la posibilidad del reconocimiento de responsabilidad del art. 395. Pero en el Senado se estimó conveniente ampliar este procedimiento a los simples delitos respecto de los cuales el fiscal requiriere una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Esa extensión del procedimiento por faltas al Procedimiento Simplificado, en los términos anotados, ha significado en la práctica la posibilidad de aplicación de penas de multas a imputados que venían acusados de simples delitos con penas solicitadas de hasta 540 días de presidio o reclusión menores en su grado mínimo y que, por la sola circunstancia de admitir su responsabilidad en el hecho, se han visto beneficiados con esta rebaja significativa en la pena que finalmente se les impone, con las consiguientes consecuencias mediáticas que exacerban dicho beneficio, al ver un sentimiento de desazón en las víctimas de los mismos delitos.

Debemos señalar que tal problema interpretativo intentó ser salvado mediante el expediente de indicar que la expresión “prisión” contenida en el inc. 2º de la mencionada disposición hacía referencia no a su sentido técnico, de pena privativa de libertad que va de uno a sesenta días de prisión, sino que fuera utilizada en un sentido amplio, como pena privativa de libertad.

A poco andar los defensores han ido encontrando eco a sus pretensiones, en el sentido de considerar que el art. 395 inc. 2º es una regla de determinación de la pena, que prevalece sobre las previstas en el delito específico. Así, la Corte Suprema, en jurisprudencia casi uniforme, ha declarado que “el artículo 395 aludido constituye un precepto normativo penal que importa el establecimiento de una penalidad más benigna para el imputado, en tanto se den los presupuestos de hecho que tal norma contempla, y que hace variar la penalidad original de la figura típica de que se trate, sin que se altere por ello la tipicidad del injusto...”.

Con estos mismos argumentos se ha legislado en las normas adecuatorias (ley N° 19.804) y en la nueva Ley de Alcoholes, pues si el juez fuere a aplicar el art. 395, el juez debe informar al imputado de todas las penas copulativas y accesorias que de acuerdo a la ley pudieren imponérseles, cualquiera sea su naturaleza.

Esta norma, contenida actualmente en el art. 196 F de la Ley de Tránsito, pero aplicable también a la Ley de Alcoholes en virtud del art. 54 de esta última, pretende establecer una excepción al sentido en el que se viene entendiendo el art. 395, al señalar que no solamente debe advertirse acerca de la posibilidad de imponer una pena de prisión –para el caso de reconocimiento de responsabilidad–, sino también debe advertirse que pueden aplicarse las demás penas, copulativas y accesorias, que de acuerdo a la ley sustantiva correspondiere aplicar, dejándole al juez un margen bastante más amplio para fijar la pena para el caso concreto, existiendo antecedentes que así lo justifiquen.

Así quedó claro en el debate legislativo, sin perjuicio de admitirse que la redacción de la norma pudiera sugerir una interpretación distinta, como la sostenida por María Inés Horvitz y Julián López y por algunas sentencias de jueces de garantía¹⁸¹.

Si, por el contrario, el imputado solicita la realización del Juicio Simplificado, éste se llevará a cabo con las siguientes características: a) se da lectura al requerimiento y a la querella si la hubiere; b) se oye a los comparecientes; c) se recibe la prueba; d) se pregunta al imputado si tiene algo que agregar; d) se dicta resolución de absolución o condena; y e) se fija audiencia para dentro de los cinco próximos días, para dar a conocer el texto escrito de la sentencia.

Teniendo presente las características de la Audiencia del Juicio Simplificado, se han planteado los siguientes temas que resulta necesario tener presente para los efectos de una adecuada litigación:

1º *La realización de una preparación previa del Juicio Simplificado.* De la regulación establecida en el C.P.P. se desprende que la Audiencia del Procedimiento Simplificado es una sola, y frente a la hipótesis de la realización del Juicio Simplificado los intervinientes siempre deben concurrir con todos sus medios de prueba, incluidos testigos y peritos.

¹⁸¹ HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, op. cit., T. II, p. 488. El profesor Moreno comparte esta opinión.

Lo anterior representa una enorme dificultad, que en la práctica se ha ido solucionando por la vía de utilizar la herramienta normativa que otorga el art. 396 inc. 3º: “si no hubiere comparecido algún testigo o perito cuya citación judicial hubiere sido solicitada de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3º del art. 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”.

Los intervinientes solicitan que sus testigos y peritos sean citados judicialmente y, en la práctica, posibilitan que esta audiencia se transforme en una Audiencia de Preparación del Juicio Simplificado, produciéndose las convenciones probatorias y demás discusiones relativas a la prueba. Una interpretación de este tipo se ve reforzada a la luz de la aplicación supletoria de las reglas del Procedimiento Ordinario (art. 389 C.P.P.).

2º *La cuestión relativa a las etapas del juicio simplificado y su correspondencia con el juicio ordinario.* El art. 396 razona sobre la base que el juicio se desarrolla según las características ya mencionadas, esto es, se debe dar la palabra a los intervinientes, en una suerte de discurso o alegato de apertura, luego se verifica la producción de la prueba, con los exámenes y contraexámenes de testigos y peritos y la introducción de las demás pruebas aportadas por las partes.

Se debe señalar que perfectamente se puede producir un debate relativo a exclusión de pruebas, conforme a las reglas establecidas en el art. 276 C.P.P., aplicable en forma supletoria. De modo que si no se ha dado un debate previo sobre las mismas, por no haber existido el momento procesal oportuno, debiéramos entender que ya sea al inicio de la Audiencia del Juicio Simplificado o durante la producción de la prueba respectiva, perfectamente sería posible debatir acerca de su admisibilidad.

Por cierto, nada impide que también resulten aplicables todas las reglas relativas a las objeciones, introducción de pruebas en virtud del art. 331, refrescamiento de la memoria o evidencia de contradicciones en conformidad al art. 332, e introducción de prueba sobre prueba.

Pareciera que la prueba nueva estuviera fuera de lugar en estos casos, en atención a que las partes llegan a la audiencia con la prueba de que dispongan. Tan sólo podría plantearse un problema de vulneración del

derecho de defensa que pudiera producirse a propósito que el Ministerio Público aparezca con una prueba respecto de la que no exista constancia en su investigación, como ha sido ya planteado por algunas defensas, con cierto eco en la jurisprudencia.

Luego de rendida la prueba, los intervinientes plantearán al juez sus conclusiones, a través de sus alegatos o discursos de clausura.

Cerrado el debate, se ofrece la palabra al imputado y luego se dicta resolución de absolución o condena, siguiéndose en lo demás las reglas generales aplicables en el juicio ordinario relativas a la redacción de la sentencia y al recurso de nulidad subsecuente.

c) Suspensión de la pena

Si el imputado tiene antecedentes favorables que no hacen aconsejable la imposición de la pena, el juez puede disponer en la sentencia la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses.

Se entiende que es de cargo de la defensa el aportar tales antecedentes favorables, los que entregará en la audiencia del juicio o en una audiencia posterior, pudiendo hacerlo por la vía meramente argumentativa; aun cuando resulta del todo conveniente apoyar dicha petición con antecedentes concretos que le sean exhibidos al fiscal e incorporados al juicio, para los efectos de su valoración por el juez en la sentencia.

d) Procedimiento Monitorio

El Procedimiento Monitorio constituye una modalidad bastante más simple que puede adoptar el Simplificado, tratándose de la hipótesis planteada en el art. 392 C.P.P.:

a) cualquier falta respecto de la cual el fiscal solicite la pena de multa, y

b) todas las faltas sancionadas en la Ley de Alcoholes (art. 196 F inc. 2º de la ley Nº 19.925).

Tramitación: En primer lugar, el fiscal debe presentar ante el juez competente el requerimiento señalado para el Procedimiento Simplificado, indicando además la proposición del monto de la multa que debe imponerse al imputado.

En segundo lugar, si el juez estima fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, los acogerá y dictará una resolución que

así lo señale, la que además debe contener las siguientes indicaciones: a) 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; b) la instrucción acerca de la posibilidad del imputado de aceptar el requerimiento y la multa impuesta; y c) el señalamiento del monto de la multa y de la forma en que la misma debe enterarse en arcas fiscales, con expresa indicación del monto rebajado en un 25 % que corresponderá pagar si se efectúa dentro de los quince días siguientes a la notificación.

Tercero, si el imputado paga la multa o transcorre el plazo de quince días sin que se impugne la procedencia o monto de la multa, se entenderá que acepta su imposición.

Cuarto, si dentro del mismo plazo de quince días contado desde su notificación al imputado, éste manifiesta de cualquier modo fehaciente su falta de conformidad con la imposición de la multa o su monto, se proseguirá con el procedimiento simplificado ordinario antes comentado.

e) Procedimiento Simplificado conforme al art. 393 bis C.P.P.

La ley N° 19.789, que modificó el Código Procesal Penal rebajando los umbrales para permitir la detención en los simples delitos que tengan asignada en la ley una pena privativa de libertad y para algunas faltas, abrió la posibilidad que una persona fuera detenida en hipótesis de procedimiento simplificado.

Para regular expresamente dicha situación surgió el art. 393 bis, conforme al cual si una persona fuere detenida por la comisión flagrante de un simple delito con pena privativa de libertad no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo o de alguna de las faltas expresamente señaladas en el art. 134 inc. 4° (art. 494 N°s. 4 –amenaza con arma blanca o de fuego–, 5 –lesiones leves– y 19 –ejecución de los delitos contenidos en los artículos 446, 448, 467, 470 y 477, cuando no excedan de 1 UTM; art. 495 N° 21 –daños en bienes públicos o de propiedad particular que no excedan de 1 UTM; y art. 496 N°s. 5 –ocultación de identidad– y 26 –lanzamiento de objetos arrojados en pasajes públicos–, todos del Código Penal), el fiscal podrá, en la audiencia de control de la detención respectiva, formular su requerimiento verbalmente y seguir adelante el procedimiento de acuerdo a las reglas del simplificado.

De la regulación contenida en el art. 393 bis C.P.C. pueden surgir distintas situaciones fácticas que resulta necesario abordar por separado, para poder distinguirlas adecuadamente en la práctica.

*1. Detención por falta flagrante
y ejercicio del principio de oportunidad*

Puede suceder que el detenido en flagrancia por una de las faltas que autoriza su detención, según lo ya expresado, sea llevado por orden del fiscal a la presencia del juez de garantía para controlar su detención, procediéndose en todo de acuerdo a lo indicado a propósito de esa audiencia en el procedimiento ordinario, luego de lo cual el fiscal puede comunicar al juez de garantía su decisión de ejercer el principio de oportunidad.

En dicho caso se producirá una situación no querida por el legislador, esto es, que el detenido sea mantenido en esa calidad hasta el momento en que se realiza la audiencia de control de la detención (con el plazo máximo de 24 horas), en circunstancias que el órgano de persecución penal ha tomado la decisión de no continuar adelante con el procedimiento, tornándose absolutamente innecesaria dicha privación de libertad.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que no hay inconvenientes normativos para que el fiscal del caso actúe de dicha manera, en lugar de ordenar la libertad inmediata del detenido conforme a sus potestades otorgadas por el art. 131 del C.P.P., como sería lo recomendable si es que va a ejercer el principio de oportunidad.

*2. Detención por falta flagrante, audiencia de control
de detención y requerimiento verbal del fiscal*

En esta hipótesis todavía podemos hacer una subdistinción, según si la falta admita la posibilidad de procedimiento monitorio o no.

Si admitiere requerimiento monitorio, la audiencia se estructuraría de la manera siguiente:

a) Se da inicio a la audiencia con el control de la detención del detenido, según la estructura comentada en su oportunidad;

b) Luego, el fiscal efectuará su requerimiento verbal junto con la propuesta de multa, ciñéndose estrictamente a lo dispuesto en los arts. 391 y 392 C.P.P., según fuera ya analizado.

c) A continuación, el juez analizará la suficiencia del requerimiento efectuado y de la propuesta de multa señalada por el fiscal, y si las acoge dictará la resolución a que se refiere el art. 392, con las menciones expresadas en las tres letras de dicho artículo: el derecho del imputado de reclamar en contra del requerimiento y de la imposición de la multa, dentro de los 15 días siguientes a su notificación; la posibilidad de que dispone en orden a aceptar el requerimiento y la multa impuesta, así como los efectos de su aceptación; y el señalamiento del monto de la multa y de la forma en que debe enterarse en arcas fiscales, así como del hecho que si la multa es pagada dentro de los 15 días siguientes, será rebajada en 25%, expresándose el monto a enterar en dicho caso.

d) Si el imputado acepta el requerimiento y la multa impuesta, la resolución del juez de garantía adquiere el valor de una sentencia firme, con lo que el caso quedará resuelto dentro del plazo de 24 horas que ha durado la detención.

e) Si no acepta el requerimiento o la imposición de la multa, lo normal es que deba citarse a la audiencia del juicio simplificado.

f) Sin embargo, puede suceder que no sea aceptado el requerimiento o la imposición de la multa y los intervinientes decidan renunciar a los plazos para la fijación de la audiencia del juicio simplificado, con la finalidad de llegar a una salida alternativa. Desde luego, sólo si se encontrare presente la víctima, sería posible llegar a un acuerdo reparatorio. Si no estuviere, existiría todavía la alternativa de arribar a una suspensión condicional del procedimiento, pese a la poca viabilidad de la misma para el imputado, por resultar normalmente más desfavorable que el pagar la multa o ir a juicio.

3. Detención por simple delito flagrante, audiencia de control de la detención y citación a audiencia de juicio simplificado

Puede suceder también que el delito flagrante por el cual se ha detenido a una persona sea de aquellos que admiten el procedimiento simplificado, en cuyo caso la estructura de la audiencia será la siguiente:

a) Se da inicio a la audiencia con el control de la detención del detenido, según la estructura comentada en su oportunidad.

b) Luego el fiscal efectuará su requerimiento verbal conforme al art. 391.

c) A continuación la audiencia puede seguir dos caminos: 1) se cita a la audiencia del juicio simplificado y se pone término a la audiencia; 2) se cita y los intervinientes renuncian a los plazos, para los efectos de acordar una salida alternativa, valiendo los comentarios ya efectuados en el punto anterior a propósito de la presencia de la víctima y la conveniencia o no para el imputado de la suspensión condicional del procedimiento. Una hipótesis recurrente que puede adoptar esta solución es el caso de los delitos de manejo en estado de ebriedad con suspensión condicional del procedimiento sujeto a la suspensión de la licencia de conducir.

d) Finalmente, podría todavía suceder que se citara al juicio y se renunciara a los plazos para los efectos de arribar a un reconocimiento de responsabilidad del art. 395, por cierto con todas las posibilidades que ello conlleva.

4. Detención por falta flagrante o simple delito del procedimiento simplificado de un menor de 18 y mayor de 16 años de edad

Aquí se presenta un problema planteado por la Ley de Menores vigente (recordemos que existe en actual tramitación parlamentaria un proyecto de responsabilidad penal de adolescentes que altera todo el procedimiento aplicable). En efecto, de acuerdo al art. 16 de dicha ley, el menor debe ser puesto inmediata y directamente a presencia del juez de garantía, presentándose la siguiente estructura de la audiencia:

a) Se da inicio a la audiencia con el control de la detención del menor detenido, según la estructura comentada en su oportunidad;

b) Luego el fiscal efectúa su requerimiento verbal;

c) A continuación el juez debe citar a una audiencia para resolver acerca del discernimiento del menor, según se comentó en su oportunidad.

Esto significa, en la práctica, que tratándose de un menor de edad, en principio no existiría la posibilidad de poner término al procedimiento a través de algunas de las alternativas planteadas.

Y decimos en principio, pues se ha planteado la posibilidad de renunciar a la práctica de tal audiencia de discernimiento, con la finalidad precisa de obtener una salida del caso en esta misma oportunidad, cuestionándose si el imputado menor de edad y su defensor estarían facultados para tal renuncia.

La solución práctica podría encontrarse en que se produjera una nueva renuncia a los plazos, el juez de garantía resolviera en el acto, luego del debate correspondiente, acerca del discernimiento, y vía nueva renuncia a los plazos para la audiencia del simplificado, se produjera la salida respectiva. Se trata, en cualquier caso, de una alternativa engorrosa, que la práctica pareciera desprestigiar, fundamentalmente por el ámbito de mayor protección a los derechos del adolescente reconocido en la Convención de los Derechos del Niño.

CAPÍTULO III

TÉCNICAS Y DESTREZAS DE LITIGACIÓN ORAL ANTE LOS TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

En este último capítulo se ofrece al lector una serie de recomendaciones prácticas y estrategias a ser consideradas al momento de intervenir en un juicio ante un tribunal oral en lo penal, aunque también podrían ser acogidas para otros fines. La primera sección está dedicada al discurso de apertura. A continuación se analiza con detención el examen directo de testigos y peritos, las reglas de objeciones y las técnicas probadamente exitosas al contraexaminar a testigos y peritos. Además, se ha dejado una sección especial para la prueba material y otros asuntos que pueden suceder en la audiencia, como la utilización de declaraciones anteriores al juicio. Termina el capítulo con las reglas básicas de todo discurso de clausura.

28. DISCURSO DE APERTURA

a) Concepto e Importancia del Discurso de Apertura

La litigación en el juicio oral está focalizada fundamentalmente en un debate sobre hechos, esto es, en una competencia de relatos o historias que los litigantes presentan a terceros imparciales que no poseen antecedentes previos sobre el caso, a excepción de los hechos que vienen sucintamente presentados en el auto de apertura del juicio oral.

Dicho de otro modo, el juicio oral puede concebirse como la sede en la que los litigantes presentan su teoría del caso, su versión estratégica e intencionada de los hechos, de modo de persuadir al tribunal oral de su posición, contando para ello con evidencias que sean capaces de apoyar cada una de sus proposiciones fácticas y en definitiva su relato de lo ocurrido.

Una de las herramientas con la que los litigantes cuentan en el juicio es precisamente el discurso de apertura, que da inicio a la actividad de los litigantes en la tarea de convencer a los jueces de la coherencia y verosimilitud de su postura frente a los hechos.

El discurso de apertura es el primer relato de las partes ante el tribunal oral en lo penal, cuyo objetivo principal es dar a conocer la teoría del caso y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos. También puede conceptualizarse como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objeto de ofrecer al tribunal una óptica, lente, o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso.

De lo que se trata es de intentar persuadir al tribunal oral con una teoría del caso definida, que logre formar en el tribunal una imagen de lo ocurrido y a partir de la cual pueda seguir la presentación de las evidencias del caso¹⁸².

Bien podría decirse que el discurso de apertura equivale de algún modo al guión resumido de una obra de teatro que le es entregada al espectador para que pueda de modo más sencillo, entender las distintas escenas que componen la obra, pudiendo de esta forma darle coherencia a los distintos momentos del desarrollo de la misma.

Desde el punto de vista de la importancia estratégica del discurso de apertura, vale tener presente que se trata de la primera (y quizá única) oportunidad que tienen las partes para transmitir al tribunal el sentido y las características de la teoría del caso propia. En general, lo que hace el litigante, y obligatoriamente el fiscal, es mostrar las piezas centrales que constituyen el caso de una manera ordenada y comprensible. Al tratarse del primer momento en el cual el litigante se dirige al tribunal, el discurso de apertura puede ser aprovechado asimismo para mostrar un rostro humano del conflicto, y en especial mostrar seriedad y credibilidad.

Desde la perspectiva estratégica de una defensa, también es recomendable que ésta esboce en su alegato de apertura cuál es su versión

¹⁸² Según el profesor François Martineau, la narración jurídica consiste en presentar favorablemente los hechos de la causa con el fin de obtener éxito. Para hacerlo de manera convincente, el litigante debe conformarse con enunciar las principales proposiciones fácticas que demostrará con las evidencias, solicitándole al tribunal que preste atención a los aspectos centrales que serán objeto de controversia. Así, MARTINEAU, François: *Técnicas de Argumentación del Abogado*. Editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2000, p. 23.

particular de los hechos a debatir en el juicio, renunciando a estructurar su apertura en torno a simples referencias sobre la carga de la prueba o a la presunción de inocencia que ampara a su defendido. En efecto, el señalar cuál es la versión de los hechos o al menos el señalamiento de debilidades centrales de la tesis fiscal si la defensa fuere pasiva, tienen entre otras las siguientes virtudes: a) señalar al tribunal que la versión del fiscal no es la única que escucharán durante el juicio; b) que la versión del fiscal, aun cuando en principio pueda parecer en extremo convincente, tiene el defecto que la defensa ya le ha anticipado y que acreditará a través de sus contraexámenes o por la prueba que rendirá durante el curso de la audiencia, y c) también es conveniente esta estrategia para favorecer la tarea del tribunal al resolver objeciones sobre la pertinencia o no de determinadas preguntas.

b) Organización y Estructura del Discurso de Apertura

La estructura más común utilizada por los litigantes consiste en articular el discurso de apertura en tres partes: introducción, descripción de personas, hechos, contextos, y cierre o conclusión.

Resulta importante aprovechar el inicio de todo discurso de apertura para captar rápidamente el interés de los jueces, empleando para ello frases o ideas que los conecten con la relevancia del tema a tratar o lo distintivo que ese caso particular presenta¹⁸³. Debe evitarse el empleo de lugares comunes o frases jurídicas formales irrelevantes.

Algunas ideas para dar inicio a un discurso de apertura pueden ser las siguientes:

1. Inicie su alegato refiriéndose al “lema” del caso, esto es, a aquella frase que resume la cuestión que será conocida por el tribunal. Vuelva a utilizarlo durante el desarrollo de su argumentación y termine su alegato con dicha frase¹⁸⁴.

¹⁸³ MAUET, *Trial...*, op. cit., pp. 4-5 (respecto de las investigaciones que revelan que, al menos en Estados Unidos, existe una alta correlación entre la primera impresión que se forman los miembros del jurado con su veredicto).

¹⁸⁴ No olvidar las reglas básicas de todo proceso de comunicación. Si somos capaces de identificar en pocas palabras el contenido central de lo debatido en el juicio y repetimos ese mensaje en diversos momentos del juicio, no sólo habremos captado la atención del tribunal sino que habremos avanzado de manera eficaz en fijar esa idea o concepto en la mente del juzgador.

2. Conectar las primeras ideas con el nombre de la víctima o del acusado, según el rol del litigante, para generar un relato en torno a su posición en la teoría del caso.

3. Utilizar el “tema” determinado al formular nuestra teoría del caso. Nos referimos al bien jurídico y/o valor en debate en el juicio, como primera idea para graficar la relevancia de lo que se juzga. Esta idea resulta particularmente atractiva cuando se trata de delitos violentos o contra la libertad o indemnidad sexual.

4. Mostrar una persona u objeto que genere impresión en el tribunal, por ejemplo, en caso de ser fiscal o querellante, el arma de fuego empleada en el delito o una foto de la víctima o indicarla al tribunal presentándosela al mismo.

En caso de ser defensor, indicar al acusado para presentarlo al tribunal utilizando alguna idea asociada a su vida personal que haya cambiado luego de su imputación y acusación.

5. Utilizar alguna referencia a un tema metajurídico para vincular el caso con ideas complementarias. La idea de utilizar como elementos iniciales del discurso de apertura –o en algún momento posterior del mismo– temáticas sociológicas, psicológicas, antropológicas u otras, se justifica por la necesidad de ganar la atención del juzgador, contribuir a dotar de sostén científico o técnico complementario a la petición que se realiza y dotar de mayor verosimilitud al hecho que se describe.

En efecto, buscar en otras disciplinas apoyos para justificar o explicar alguna acción, reacción o secuencia de hechos, permite acercar la mente del juzgador a conocimientos científicamente afianzados y contribuir incluso a consolidar las máximas de la experiencia que puedan relacionarse con tal conocimiento. Algunas ideas o datos que pueden ser utilizados para ejemplificar lo señalado son los siguientes:

a) Señalar estadísticas sobre el delito que se presentará. En caso de estar frente a un delito de violación, puede buscarse el número de violaciones que se cometen en el país cada día. De esta forma, si se estima que el juicio durará una semana, y el promedio indica una violación al día (este es un número arbitrario que no necesariamente corresponde a la realidad), puede señalarse a modo de inicio:

“Señores miembros del Tribunal Oral, este juicio durará aproximadamente una semana, en el transcurso de la cual otras cinco personas serán violadas en el país. Esa es la estadística oficial”.

A este dato inicial puede agregarse aun la cifra negra de denuncias (la cifra que se emplea resulta ser arbitraria y no responde a la realidad). De este modo, se puede decir:

“Señores miembros del Tribunal Oral, este juicio durará aproximadamente una semana, en el transcurso de la cual cinco personas serán violadas. Esa es la estadística oficial. De esas cinco personas sólo una se atreverá a denunciar a su victimario”.

A ese dato estadístico puede añadirse un elemento de humanización de la víctima con lo que las ideas iniciales podríán quedar estructuradas de la siguiente forma:

“Señores miembros del Tribunal Oral, este juicio durará aproximadamente una semana, en el transcurso de la cual cinco personas serán violadas. Esa es la estadística oficial. De esas cinco personas sólo una se atreverá a denunciar a su victimario para llevarlo a juicio. Ese es precisamente el caso de... , sentada hoy en este tribunal”.

b) Utilizar estadísticas relacionadas con lugares, horas o modus operandi más frecuentes empleados en el delito que trata el juicio. Este tipo de información estadística será empleada preferentemente por el fiscal, aunque no resulta del todo descartable para el caso del defensor, pues se podrán presentar casos en que el delito por el que se acusa a alguien se salga precisamente de todos los patrones estadísticos, lo que unido a otros múltiples elementos, puede eventualmente contribuir a generar una duda razonable sobre la participación del acusado en dicho ilícito.

c) Incorporar datos sobre perfiles psicológicos más característicos de quienes cometen determinados delitos (datos que pueden resultar útiles para el discurso de apertura de la fiscalía) o en personas que pudieran mentir, engañar o distorsionar la realidad (en el caso de la defensa que desea presentar a la víctima como despechada, prejuiciosa o sesgada).

Luego de las palabras iniciales y la eventual utilización de un “tema” y/o un “lema” relacionado con el caso, corresponde describir en palabras claras, elocuentes y directas la teoría del caso que se desea presentar al tribunal.

Debe aprovecharse la apertura para entregar al tribunal la versión estratégica de lo ocurrido, la versión intencionada que logre generar en

los jueces la capacidad de comprender el conjunto de acciones y hechos que luego formarán parte del relato y de los detalles del mismo.

Por ejemplo, si se trata de la apertura de la defensa y el caso se vincula con el delito de violación, en el que se cree que el acusado está siendo víctima de un desprecio de quien aparece como víctima, una posible aproximación a la teoría del caso a exponer sería la siguiente:

“Señores miembros del tribunal, este caso trata sobre el desprecio de una mujer que, herida por la decisión de su pareja de terminar con ella, decide amenazarlo y luego denunciarlo por violación como parte de su represalia y rabia que no logró controlar”.

Aparece con claridad en este ejemplo que el discurso de apertura es precisamente el momento para exponer la teoría del caso en forma clara y precisa, hecho que permite desarrollar a continuación y en el mismo discurso de apertura otros elementos claros y persuasivos que entreguen más detalles sobre la versión estratégica expuesta.

Otra idea asociada a la presentación de la teoría del caso dice relación con la utilización de ideas que permitan, en la mente de los juzgadores, realizar asociaciones y vinculaciones que lo predispongan favorablemente con la posición del litigante.

Por ejemplo, si el rol desempeñado es el de fiscal en un caso de estupro, resultará relevante que la víctima sea (si es el caso) presentada como niña recién egresada del colegio, antes que decir que se trata de una joven que estudia en primer año de Universidad.

Luego de exponer la teoría del caso puede el litigante ahondar en otros elementos de la apertura, que vayan dotando de verosimilitud y autosuficiencia a la teoría expuesta. De esta forma el litigante puede optar por presentar algunas características de las personas involucradas en el hecho, lo cual posee como ventajas el acercar y humanizar a víctima o victimario según sea el caso al tribunal.

Si el discurso de apertura es el del fiscal o querellante del caso, se buscará generar en los jueces una predisposición favorable para con la víctima, presentando aspectos de su vida personal o profesional o detalles sobre la forma en la que vivió el delito que permitan acrecentar su nivel de credibilidad y coherencia.

Si el discurso de apertura lo realiza el acusado, entonces se buscarán antecedentes laborales, familiares u otros que permitan generar una idea o imagen positiva del acusado en los juzgadores. Por ejemplo, explicitar

que a pesar de las dificultades económicas que ha debido soportar el acusado, y dadas las condiciones del medio en el que ha vivido, tiene un fuerte compromiso social que se manifiesta a través de los diversos voluntariados que ha efectuado. Con ello se logra instalar una idea que contribuya a mejorar la imagen del defendido y predisponer positivamente al tribunal.

Otro elemento a considerar para estructurar el discurso de apertura dice relación con la referencia a las evidencias a utilizar. No existe consenso en la doctrina sobre la importancia y utilidad que puede prestar la mención de la evidencia en el discurso de apertura; después de todo la apertura no tiene como característica el ser un momento procesal para aportar las evidencias. En esta línea se sostiene que lo relevante es utilizar el tiempo disponible en describir en forma persuasiva y clara la teoría del caso, para poder entregar al tribunal una plantilla o guión sencillo que facilite la comprensión del desarrollo del juicio desde la óptica que propone el litigante respectivo. Otra parte de la doctrina sostiene que resulta siempre útil agregar a la teoría del caso las referencias a la prueba que sostiene cada una de las partes del relato, aunque de un modo genérico, con el objeto que los jueces puedan relacionar posteriormente y durante el juicio, lo que pueden esperar de los testigos o peritos.

No se trata de una discusión central, aunque ciertamente compartimos que la idea básica y más relevante de toda apertura es focalizar la energía del litigante en la presentación de su versión de los hechos del caso, en su transmisión clara y categórica al tribunal y en rodear a tal teoría del caso de un relato fáctico, breve y persuasivo que entregue elementos para justificarla y comprenderla.

A lo señalado resulta conveniente agregar que en el evento en que un litigante optare por hacer referencia durante su alegación de apertura a la evidencia que sustenta su relato, deberá tener especial cuidado en no exagerar en el curso de sus argumentaciones la calidad o bondades de la evidencia que aportará al juicio, pues ello puede traer aparejado los siguientes problemas:

a) Presentar la declaración de un testigo como sujeto clave del caso, arriesga el hecho que el testigo no entregue, por temor o nerviosismo, toda la versión, o en la forma convincente que se esperaba de él.

b) Exagerar la prueba, empleando palabras o frases determinadas que eventualmente el testigo transmitirá al tribunal, genera el riesgo que luego el testigo utilice las mismas frases o palabras, provocando la idea

que el testigo ha sido preparado incluso en la terminología a emplear, resultando poco convincente.

c) Otro aspecto que puede ser asociado en forma negativa a la exageración sobre la calidad de la prueba es que se genera una promesa y por tanto una expectativa ante el tribunal que podemos incumplir.

Por otra parte, es recomendable seleccionar en los discursos de apertura ideas que puedan ser rápidamente reconducibles a las máximas de la experiencia de la gente.

Para desarrollar esta tarea resulta importante indagar sobre la composición del Tribunal Oral, conocer la edad de los jueces, el sexo de los integrantes, u otros detalles que contribuyan a definir lo que para tales jueces podría resultar aceptable como máxima de la experiencia.

Debe dejarse deliberadamente para el final de la apertura, además de las peticiones y conclusiones clásicas, algunas ideas que refuercen lo central del caso desde la perspectiva del litigante. Para conseguir tal objetivo puede recurrirse a las siguientes ideas:

a) Terminar refiriéndose nuevamente a lo que hemos denominado el “lema” del caso.

b) Colocar una idea nueva vinculada a una máxima de la experiencia a la que se puede asociar el caso.

c) Mencionar algún aspecto particular sobre la víctima o acusado, según el caso, que predisponga favorablemente al tribunal.

c) Recomendaciones prácticas

A continuación se ofrecen al lector las principales recomendaciones formales que se han podido detectar a partir de los ejercicios de simulación y análisis de casos reales, las que podrán o no ser consideradas dependiendo del estilo particular del litigante y de las características del caso:

1. *Sea breve.* En efecto, la capacidad que poseen las personas para recordar hechos y detalles de los mismos es muy limitada, razón por la cual el discurso de apertura no debe ahondar en detalles (que sólo contribuirían en generar confusión en los jueces)¹⁸⁵. De lo que se trata

¹⁸⁵ Actualizando un clásico ejemplo de Quintiliano (*Instituciones Oratorias*, IV, 2) en vez de decir “llegó al puerto, observó un barco, consultó el precio del pasaje, adquirió un pasaje, subió al barco, el capitán ordenó levantar anclas, luego navegaron”, basta consignar ante el tribunal que tal persona “se embarcó” tal día y en tal lugar. Además véase el manual *Corax* (466 a.C.), el tercer

más bien es de seleccionar lo más relevante de la historia que se intentará acreditar, a fin de generar una plantilla fácil de manipular y utilizable frente a cada evidencia que se presente en el juicio, de modo de conectar cada prueba con el contexto de la historia general, dándole coherencia y comprensión a cada una de las miles de partes que componen cada juicio.

2. *Utilice un lenguaje comprensible para todo espectador.* Resulta aconsejable que al narrar la historia el litigante utilice un lenguaje que pueda ser entendido por cualquier ciudadano, evitando el empleo de terminología técnica o científica, que lo único que hace es generar dudas en el tribunal.

3. *Emplear palabras que logren ser asociadas a sentimientos, sensaciones o ideas de carácter general y colectivo.* Por ejemplo, no es lo mismo decir que el acusado conducía un vehículo a 100 kms. por hora, que decir que el acusado conducía un Porsche rojo deportivo a 100 kms. por hora, pues lo normal es que se asocie al conductor con una personalidad arriesgada, temeraria. Al estar insertos en una cultura de la cual hemos aprendido códigos culturales y asociaciones de imágenes y estereotipos, nuestras reacciones suelen estar condicionadas a la formación recibida. La relevancia de lo señalado se relaciona básicamente con la necesidad de encontrar y seleccionar para el discurso de apertura no sólo un relato, sino palabras que logren provocar en el destinatario aquellas ideas, imágenes o sensaciones que deseamos configurar, para luego predisponer al tribunal hacia una orientación particular de la historia.

4. *Observar el comportamiento del tribunal.* El litigante se dará cuenta si su relato ha resultado ser consistente y creíble a partir de los gestos que los propios tribunales expresen¹⁸⁶. Por ejemplo, el hecho que un juez esté tomando nota sobre ciertos puntos formulados durante el alegato

Continuación nota ¹⁸⁵

libro de la *Retórica* de ARISTÓTELES, los dos primeros libros de la *Retórica a Herenio* de CICERÓN, y el libro tercero de las *Instituciones Oratorias* de QUINTILIANO. Si en Roma los alegatos de apertura podían durar varias horas, la verdad es que el tiempo usual en los alegatos de apertura es de diez minutos.

¹⁸⁶ F. Lee Bailey destaca que para aprender a escuchar y comprender con el máximo de eficiencia al interlocutor, es necesario mantener contacto visual permanentemente con él, porque los gestos y ademanes revelan más que las palabras. BAILEY, F. Lee: *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. Editorial Limusa, México, 2000, pp. 53 y ss. (las personas que están siempre ocupadas tomando notas mientras alguien habla, no logran captar los mensajes transmitidos a través del lenguaje corporal).

de apertura refleja que ha prestado atención, y por lo cual es conveniente hacer una pausa o volver a repetir la misma idea con otras palabras.

De la misma forma debe tenerse en consideración que si los jueces no están anotando los puntos que consideramos de especial significancia en el caso, puede deducirse que hay problemas o inconsistencias en la estructura de nuestro discurso o en los énfasis de la estrategia que hemos adoptado. Debe recordarse que si bien existe un registro de audio del juicio, que logra grabar todo lo que en él se diga por parte de los litigantes, jueces, testigos y peritos, pudiendo ser consultado en cualquier momento por el tribunal, no es menos cierto que tal registro sólo es consultado de modo excepcional, pues cada juez escribe aquellos puntos que considera relevantes, siendo esa la base sobre la que posteriormente se construye el fallo del tribunal.

5. *Claridad*. El discurso de apertura puede ser ordenado cronológica o temáticamente, pero siempre de una manera lógica, razonable, repetible y efectiva¹⁸⁷.

6. *Anticipar debilidades*. Si el litigante conoce algún aspecto que la contraparte va a utilizar durante su relato, en el examen directo, o incluso en el discurso de clausura, bien vale la pena evaluar si es conveniente o no explicar tales debilidades en la apertura del juicio¹⁸⁸.

7. *Dejar las conclusiones para el discurso de clausura*. No es este el momento en que uno le explica al tribunal las conclusiones a las cuales debe llegar una vez conocidos los hechos, a lo más se puede reiterar la petición concreta que se formula¹⁸⁹.

8. Sólo si es necesario, utilice materiales que puedan servir de *apoyo visual*. Por ejemplo, si se trata de un delito económico en el cual han participado diversas personas, pertenecientes a numerosas instituciones, es probable que el tribunal no logre captar los traspasos monetarios y las figuras comerciales entre unos y otros, y un diagrama de flujos bien podría ser útil para aclarar la teoría del caso y la visión panorámica de los hechos.

¹⁸⁷ El hecho que un caso sea más complejo no implica que el alegato de apertura requiera aumentar en sofisticación. La clave sigue siendo la misma: sencillez y brevedad. Tal como lo indica SPENCE, Gerry: "How to make a complex case alive for a jury", en *ABA Journal*, American Bar Association Journal, núm. 72, 1986, pp. 62-66 (respecto de la necesaria eliminación de la "basura" y exceso de información proporcionada en la apertura).

¹⁸⁸ MAUET, *Trial...*, p. 70.

¹⁸⁹ MAUET, *Trial...*, p. 68.

9. Y a modo de comentario final, sea profesional y demuestre que ha trabajado seriamente en el caso. Por favor no lea, no aburra, no confunda, no utilice muletillas, no sea prepotente, vanidoso, frenético, nervioso, desordenado, soberbio, irónico... y si lo es, disimúlelo¹⁹⁰.

29. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

El imputado tiene derecho, durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, a prestar declaración judicial como un medio de defenderse de la imputación que se le dirija por el Ministerio Público. Esta declaración puede efectuarse desde la Audiencia de Control de la Detención, hasta la Audiencia del Juicio Oral, según tendremos oportunidad de verificar.

En efecto, el C.P.P. regula esta materia en el art. 98, estableciendo que la declaración judicial del imputado se prestará en una audiencia a la cual podrán asistir todos los intervinientes, quienes deberán ser citados.

Se ratifica lo dispuesto en el art. 19 N° 7, letra f, de la Constitución, estableciéndose en el C.P.P. que la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento, limitándose el juez a exhortarlo a decir verdad y a que responda con claridad las preguntas que se le formulen. Finalmente, dicha declaración se sujeta a las reglas contenidas en el art. 326 C.P.P., en lo que resulten aplicables.

Desde el punto de vista práctico, es conveniente despejar problemas y atenderlos por separado.

1. Citación de la víctima

Se ha planteado un primer problema a propósito de la posibilidad que el imputado preste declaración en la primera audiencia judicial, debido a que en esa audiencia no ha sido citada judicialmente la víctima. Desde luego, si la víctima asiste a dicha audiencia, no habría inconvenientes para que se prestara la declaración. Sin embargo, si ésta no asiste, nos encontraremos con una colisión normativa frente al derecho del imputado de prestar declaración en cualquier etapa del procedimiento.

¹⁹⁰ Véanse los materiales de clases de los profesores J. Patrick Hazle (Escuela de Derecho de la Universidad de Texas) y James P. Carey (Escuela de Derecho de la Universidad de Loyola - Chicago).

La cuestión se ha resuelto en la práctica de la siguiente manera: el juez de garantía le consulta al fiscal si la víctima fue informada de la realización de la audiencia y acerca de la posibilidad de la víctima de asistir a la misma, zanjándose por esa vía la exigencia relativa a su citación¹⁹¹.

2. Estructura de la audiencia en sede de juzgado de garantía en la que el imputado presta su declaración judicial

La audiencia se efectúa de la manera siguiente:

a) El juez de garantía, luego de resolver la petición de la defensa para que se reciba la declaración, le permite al imputado manifestar libremente lo que cree conveniente respecto de los cargos efectuados;

b) Conforme a la remisión que el art. 98 efectúa al art. 326, el imputado puede ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y su defensor;

c) Algunos jueces de garantía, atendiendo a la regulación del art. 329, en relación al art. 326 y al sentido común, han optado por permitir que el imputado sea interrogado en primer lugar por el defensor, lo que pareciera ser una solución práctica, pero sin sustento normativo. En efecto, el art. 326 es perentorio en el orden en que han de practicarse los interrogatorios: primero el fiscal, luego el querellante, y por último el defensor.

d) Otra cuestión que se ha debatido dice relación con el empleo de la expresión “directamente”, utilizado a propósito del interrogatorio que efectúa el fiscal y el querellante. Ello en atención a que normalmente la doctrina emplea la expresión interrogatorio o examen directo para referirse a los testigos propios y, en cambio, se utiliza la nomenclatura de contraexamen o contrainterrogatorio para referirse al efectuado sobre un testigo de la parte contraria. Debe señalarse que la cuestión no es simplemente semántica, sino que tiene un efecto sobre las preguntas que resultan admisibles según se trate de uno u otro tipo de interroga-

¹⁹¹ Leonardo Moreno no comparte dicha interpretación, pues sostiene que cuando se trata de la Audiencia de Control de la Detención, en la cual quiere prestar declaración el imputado, no se aplican las reglas formales del art. 98, que supone una audiencia citada para los efectos de la declaración, lo que permite citar a la víctima. En el caso de la Audiencia de Control de la Detención no estamos frente a una audiencia en que se cite a los intervinientes, sino que se origina por el hecho de haberse practicado una detención, sea por orden judicial o por configurarse una hipótesis de flagrancia. Prima en este caso el derecho a declarar del imputado, por sobre lo establecido en el art. 98 C.P.P.

torio. Nos parece errónea la solución que han dado algunos jueces a esta cuestión, cuando han resuelto que al decir el art. 326 que el imputado será interrogado directamente por el fiscal, está haciendo aplicable la prohibición de realizarle preguntas sugestivas, conforme lo dispone el art. 330. Y resulta errónea porque la prohibición contenida en esta última disposición expresamente está planteada respecto de los testigos propios y nadie podrá sostener fundadamente que el imputado pueda ser asimilado a un testigo propio de la fiscalía. De allí que nos parece más respetuosa con las reglas de la litigación la solución dada por la gran mayoría de jueces, en orden a admitir las preguntas sugestivas por parte de fiscal y querellante;

e) Pero queda todavía pendiente saber si el defensor puede realizar preguntas sugestivas al imputado. En nuestra opinión, siguiendo la teoría de la litigación, debiéramos entender que es un testigo propio, resultándole aplicable la regla contenida en el art. 330, que prohíbe respecto de ellos las preguntas sugestivas.

3. La declaración del imputado en la audiencia del juicio oral

Al respecto se han planteado los siguientes problemas:

a) Declaración conforme al art. 326: el imputado declara al inicio del juicio, luego de los alegatos de apertura de los intervinientes. En este caso resultan plenamente aplicables las reflexiones efectuadas en los números anteriores, en cuanto al orden en que es interrogado y respecto de quiénes tienen prohibición de efectuar preguntas sugestivas.

b) Declaración del imputado en la etapa de rendición de la prueba por la defensa. En esta hipótesis, la cuestión debatida ha sido si se debe seguir el orden del interrogatorio dado por el art. 326 o si, en cambio, se debe seguir el orden del interrogatorio de los testigos propios establecido en el art. 329. En nuestra opinión, claramente el art. 326 establece una excepción en relación a cómo declaran los testigos propios y, por ende, cuando estamos en la fase de la presentación de la prueba de la defensa, debiéramos volver a la regla general establecida en el art. 329, comenzando con el interrogatorio por parte del defensor, resultándole aplicables todas las reglas establecidas para el examen de un testigo. Luego será contrainterrogado por el fiscal y después por el querellante, si lo hubiere, conforme a las reglas aplicables a los contraexámenes.

c) Finalmente, antes de que el tribunal declare cerrado el debate, le otorgará la palabra al acusado para que manifieste lo que estime conveniente. Esta última declaración corresponde únicamente a la histórica petición de clemencia, por lo que resulta inadmisibles entender esta declaración como antecedente probatorio a ser valorado por el tribunal.

30. EXAMEN DIRECTO DE TESTIGOS

a) Concepto de examen directo de testigos

Todo juicio posee una etapa en la que las partes presentan sus pruebas con el objeto de sostener sus pretensiones procesales y dar cuenta de las promesas realizadas durante el discurso de apertura. Las etapas previas al desarrollo del juicio han tenido como objetivo central desarrollar una teoría del caso que contribuya a orientar estratégicamente las acciones de acusación o defensa y recabar los antecedentes probatorios que darán vida en el juicio a las pruebas propiamente tales, sosteniendo las versiones que recrean la posición del respectivo litigante.

Una de las pruebas centrales del nuevo sistema la constituyen precisamente los testigos propios, esto es, los que apoyan alguna parte de la teoría del caso o versión estratégica que la parte desarrollará durante el juicio correspondiente. Son precisamente estos testigos la base sobre la que se construirá y desarrollará, en el juicio oral, la teoría del caso de cada parte, por lo que toda la etapa de investigación y de preparación del juicio oral tendrá, entre otros aspectos, la misión de definir aquellos testigos que realmente constituyen un soporte para la señalada teoría.

De allí la importancia que posee para los objetivos del juicio, la técnica de examinación directa, pues a través de ella es que puede extraerse del testigo y entregarse a los jueces, la información que permitirá acreditar las versiones de cada parte.

El “examen directo” puede ser conceptualizado como *la revisión de los testigos propios durante el desarrollo del juicio oral, a través de las preguntas formuladas por el litigante que los presenta*. La denominación “testigo propio” alude al hecho que tales testigos han sido seleccionados para aportar información a la parte que los presenta por resultar útil y coherente con la versión que de ese caso posee esa parte en particular. En otras palabras, el testigo propio resulta funcional a la teoría del caso que la parte desarrollará durante el juicio.

Lo señalado no obsta a que un determinado testigo pueda ser considerado como útil y relevante para ambas partes en el juicio. En este caso, cada una de ellas intentará extraer del testigo una determinada y precisa porción de información que resulta consistente con su estrategia.

b) Preparación del examen directo

El examen directo de testigos posee distintas fases de aproximación sucesiva. Desde este punto de vista examinaremos cada una de ellas, realizando un breve análisis sobre las ideas y estrategias que debieran tenerse en cuenta.

1. Fase de selección de los testigos

Esta primera fase se enfrenta una vez que se tiene claridad sobre la teoría del caso, esto es, una vez que poseemos una posición desde la cual somos capaces de integrar y explicar los hechos que ocurrieron, insertando cada elemento en un relato intencionado de nuestra versión¹⁹².

Sólo teniendo esta teoría podemos definir si el testigo que tenemos al frente resulta útil para acreditar nuestra versión y es, por lo tanto, necesario de llevar al juicio¹⁹³.

En cuanto a la evaluación del testigo, para decidir si puede aportar información útil y veraz sobre los hechos y asimismo para decidir presentarlo al juicio, deben tenerse en cuenta las siguientes recomendaciones:

a) El testigo debe ser evaluado, en términos generales, y aceptado conforme a la declaración realizada en la fase de investigación, esto es, con sus fortalezas y debilidades. Lo señalado apunta a enfatizar que los testigos que aparecen nerviosos, confusos, faltos de claridad, lentos, no mejorarán con el tiempo, siendo lo más probable que el factor temporal contribuya a deteriorar aún más la memoria, confusión o falta de claridad. La decisión estratégica de seleccionar un testigo como idóneo para ser considerado como prueba en el juicio debe ser realizada

¹⁹² Respecto de la preparación del testigo propio, véase NAPLEY, Sir David: *The Technique of Persuasion*. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 1991, pp. 45-48.

¹⁹³ Cfr. MAUET, *Trial...*, op. cit., pp. 515-516 (sobre las tres definiciones básicas que se deben efectuar al seleccionar a los testigos: ¿quién declarará?, ¿sobre qué asuntos? y ¿cómo se organizará su examinación?).

teniendo en cuenta que toda la prueba de un juicio tiende a deteriorarse con el paso del tiempo y, por lo tanto, no debe abrigarse la esperanza que el testigo mejore con el paso del tiempo.

Como manifestación de lo recién señalado puede expresarse lo siguiente: los testigos tienden a olvidar detalles con el tiempo; los testigos pueden sufrir falta de motivación para continuar el proceso y estar dispuestos a llegar al juicio; los testigos afectados directamente –v. gr., el caso de la víctima es el más claro¹⁹⁴– pueden experimentar la necesidad de olvidar el hecho como mecanismo de defensa; los testigos que viven en la misma comunidad del acusado pueden verse expuestos a presiones directas o indirectas de parte de familiares o vecinos del acusado.

Este conjunto de consideraciones obliga a tomar en cuenta por parte de todo litigante que su rol como tal no descansa únicamente en las destrezas de litigación que debe poseer o la inteligencia y preparación para diseñar una buena teoría del caso, sino también en preparar y motivar permanentemente hasta el juicio a quienes tendrán el rol de testigos durante el mismo¹⁹⁵.

b) El testigo debe ser analizado asimismo en términos de la coherencia que posee su versión con las versiones de otros testigos que consideramos útiles para el juicio. De esta forma resulta probable que aunque el testigo resulta de calidad, buscaremos preferentemente aquellos testigos que tornen más coherente y autosuficiente nuestra teoría del caso y que resulten consistentes entre sí.

c) El testigo debe resultar creíble. En efecto, una vez evaluado el conocimiento y coherencia de la declaración del testigo con otros

¹⁹⁴ La víctima no recibe en el C.P.P. la denominación de testigo, e incluso la Corte Suprema ha señalado expresamente que la víctima no tiene ese carácter y que no puede ser considerada testigo ni aun para los efectos del art. 33 C.P.P., en cuanto a ser traída de forma compulsiva al juicio oral si no se presenta a la realización del mismo. Otro debate que aún no está resuelto por nuestra ley o jurisprudencia, ni tampoco por la doctrina, es si la víctima puede merecer el mismo trato del acusado durante el juicio, en términos de poder permanecer presente durante todo el desarrollo de la audiencia aun cuando vaya a declarar y presentar su versión para ser considerada por el tribunal oral como prueba del caso. Los profesores Blanco, Decap y Moreno estiman que la víctima, en caso de decidir prestar declaración en juicio, no puede estar presente en la sala de audiencia sino desde el momento en que preste su declaración. Pudiendo, desde ese momento, presenciar la rendición del resto de la prueba. Apoyan su opinión en el hecho que el conjunto de las garantías procesales están referidas entre otros aspectos a la posibilidad por parte del acusado de conocer las imputaciones de cargo y orientar a su abogado defensor para confrontarlas. Independiente de estas consideraciones, la víctima puede ser considerada como testigo para resolver respecto de ella los problemas de litigación que estamos planteando en el presente texto.

¹⁹⁵ MAUET, *Trial...*, op. cit., p. 516.

testigos, debe analizarse si el testigo resulta creíble ante terceros imparciales. La credibilidad puede estar asociada a múltiples factores que dicen relación con sus antecedentes personales, la forma de mirar o de vestirse, la forma de hablar, entre otros. De lo que se trata es de prescindir de aquellos testigos cuya declaración puede verse seriamente afectada por problemas vinculados a la falta de veracidad del declarante. Un ejemplo de ello lo constituiría un testigo que es presentado con el objeto de acreditar el carácter o buena conducta pretérita del acusado, siendo el testigo presentado un sujeto que ha recibido cinco condenas por prestar falso testimonio en juicio.

En todo caso, el litigante que decide presentar un testigo debe ser muy responsable en averiguar lo que podríamos denominar *debilidades de credibilidad* de un testigo; debiendo indagar al menos los antecedentes penales del mismo, sus antecedentes personales y familiares, el conocimiento que del testigo poseen la contraparte y otros declarantes en el juicio, etc.

2. Metodología para aproximarse a la selección de un testigo

Teniendo en consideración los elementos que se han reseñado, resta aún definir, aunque de forma ciertamente muy general, algunos aspectos relacionados con la forma en la que el litigante debe aproximarse al testigo para extraer información valiosa en una entrevista.

De esta forma conviene tener presente los siguientes datos:

a) La entrevista a un testigo debe realizarse en un lugar que resulte razonablemente cómodo y amigable para el testigo.

b) La entrevista debe considerar como primer aspecto la presentación del entrevistador y la explicación del rol que el entrevistador posee en el caso.

c) El entrevistador debe tomar el tiempo necesario para explicar al testigo la forma en que funciona el sistema penal y la etapa procesal en la que se encuentran en el caso concreto, así como sus derechos y obligaciones.

d) El entrevistador debe realizar preguntas directas y sencillas para escuchar del testigo la información que posee, sin forzar conclusiones o terminar frases, de modo de determinar de manera fidedigna lo que el testigo verdaderamente sabe y la forma en la que lo expresa.

e) El entrevistador debe evitar colocar ideas o frases armadas en boca del testigo, pues dicha forma de entrevista no sólo resulta reprochable éticamente, sino que tiende a deslegitimar en la mente del entrevistado la función e intereses del litigante.

Considérese el siguiente ejemplo: si la idea es preparar al testigo para hacer frente a la eventual pregunta de la contraparte sobre las razones que tiene para declarar en juicio, no debe recurrirse a la fórmula:

“Señor..., si la contraparte le pregunta por qué ha venido a declarar, diga que lo hace por el alto sentido de justicia que tiene y por amor a la verdad”.

Debe rechazarse esta aproximación y más bien preguntar directamente al testigo:

“¿Qué contestaría usted si la contraparte le pregunta por qué se presenta a declarar?”.

Si la respuesta del testigo es satisfactoria, entonces dígame que le parece una muy buena respuesta y que le va a preguntar lo mismo en el juicio, y que usted espera la misma respuesta. Si la respuesta no es satisfactoria, explore nuevas razones con el testigo hasta que obtenga una que le parezca reproducible en el juicio.

f) El interrogador puede comenzar la entrevista preguntando al testigo aspectos que se refieran a su vida personal y profesional, de modo de obtener información que luego contribuya a legitimar al testigo frente al tribunal. Esto permite, asimismo, establecer conexiones lógicas entre los hechos y la particular posición del testigo en el caso.

En esta lógica debe el entrevistador tener el cuidado de advertir al testigo que relate también aquellos aspectos que por la probabilidad de ser difundidos puedan afectar su credibilidad y que deben por tanto ser necesariamente conocidos por el litigante que lo presentará, de forma de manejarlos como debilidades que eventualmente deban anticiparse al contrainterrogatorio del litigante contrario en el juicio.

Esta fase comprende desde luego las relaciones que el testigo posee con la víctima, con el acusado, con otros testigos y, en general, con todos los intervinientes del caso.

g) Luego de la fase de conocimiento personal del testigo, debe comenzar la entrevista sobre los hechos propiamente tales, con énfasis en el conocimiento y relación que posee de los mismos.

En esta fase de la entrevista es donde corresponde hacer todas las preguntas destinadas a recabar la mayor cantidad de información sobre lo que el testigo sabe del caso y el nivel de certeza sobre tal información (sea porque lo vio directamente, lo sintió, se lo contaron, etc.).

Resulta aconsejable reunirse con cada testigo a lo menos dos veces por separado: una primera entrevista para escuchar el conocimiento que tiene de los hechos y definir si resulta un testigo útil, y una segunda para refrescar los contenidos de la primera entrevista, que debe realizarse pocos días antes del juicio. Sin perjuicio de lo anterior, puede resultar necesario aclarar determinados aspectos y reunirse con los testigos para tales efectos, así como para confrontar versiones entre testigos que aparecen inicialmente como testigos propios. En todo caso, es útil continuar informando a los testigos sobre los avances del proceso, manteniendo de esta forma el interés y la tensión que todo testigo requiere para entender que el caso sigue su curso y que su testimonio sigue siendo relevante, esto es asimismo una forma de legitimar las acciones de los litigantes.

3. Tipos de preguntas a utilizar en el examen directo

Una vez definidos y seleccionados los testigos que serán llevados al juicio oral, se requiere elaborar la plantilla que contendrá la teoría del caso y analizar los aspectos relacionados con la declaración del testigo propio.

Dicho de otra forma, cada caso debe poseer una plantilla que indique cuál es la teoría del caso, cuál es la teoría jurídica, cuáles son las proposiciones fácticas que se requieren para acreditar cada uno de los elementos del tipo y cuáles son las evidencias con que contamos para acreditar tales proposiciones fácticas. Finalmente debe agregarse la naturaleza de la evidencia que se presentará, distinguiendo a lo menos entre evidencia directa e indirecta.

Después de elaborada la plantilla deberá colocarse respecto de cada testigo las afirmaciones que éste está en condiciones de realizar y que permiten satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Respecto de tales afirmaciones, la tarea del litigante que presentará al testigo consiste en elaborar preguntas que permitan, en el juicio, extraer la información apropiada del testigo.

De esta forma lo que se tendrá como materiales para el juicio respecto de cada testigo serán los siguientes:

a) Declaración prestada por el testigo en la fase de investigación (las importantes para los efectos del artículo 332 son las declaraciones prestadas ante el fiscal o ante el juez de garantía). En el caso del defensor, deberá tener asimismo las declaraciones que su testigo realizó ante él en la fase de investigación del caso, y que sólo son conocidas por el defensor, salvo que lo haya hecho declarar ante el fiscal.

b) Enumeración de las proposiciones fácticas que el testigo propio puede corroborar, y ordenar tales proposiciones en ejes temáticos.

c) Otros elementos o documentos que permitan acreditar la veracidad del testigo, y que habiendo sido solicitados en la fase de preparación del juicio como pruebas, pueden ser incorporados como tales durante la declaración del respectivo testigo.

Otro aspecto que resulta recomendable tener en consideración antes de presentar al testigo al estrado para declarar dice relación con la naturaleza del testigo, es decir, si el testigo resulta ser menor de edad, si resulta ser la misma víctima del delito, la naturaleza del delito de que se trata, etc.

Estos elementos deben ser evaluados para definir si el interrogatorio puede realizarse en forma pública o, por el contrario, si se requiere solicitar al tribunal que el público haga abandono de la sala, o bien si se requiere que el testigo declare a través de videoconferencia (para evitar que el testigo sufra algún tipo de intimidación por parte de algún interviniente)¹⁹⁶. El sistema de videoconferencia puede utilizarse para hacer declarar a un testigo desde una sala contigua al tribunal o bien para hacer declarar a un testigo desde una localidad distinta a la sede del tribunal. Este sistema ha sido utilizado en la práctica y refrendado, con ciertos requisitos, por la Corte Suprema como un mecanismo extraordinario que no entorpece el principio de inmediación, ni la contraexamen de la respectiva evidencia¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Este tipo de casos resulta ser más frecuente y fundado en los delitos que afectan la indemnidad sexual o la libertad sexual, siendo por tanto utilizados cuando quien va a declarar es un niño o una mujer que han sido violados o abusados en alguna de las formas que contempla la legislación penal.

¹⁹⁷ La sala penal de la Corte Suprema, en fallo de 11 de agosto de 2003, pronunciándose sobre un recurso de nulidad interpuesto por la defensoría penal pública, señaló en su considerando tercero, respecto de la declaración de un perito, que debían darse las siguientes condiciones para que su declaración por videoconferencia fuera válida: a) que el deponente declare desde la sede del tribunal oral en lo penal más próximo al lugar en que se encuentra; b) que los jueces del referido tribunal comprueben su identidad y le tomen juramento; c) que preste su testimonio

Otra alternativa que puede ser empleada con un testigo que pudiere verse intimidado con algún interviniente presente en el juicio, como de hecho ha ocurrido, es hacer declarar al testigo tras un biombo u otro instrumento que impida el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público en la sala. En esta última hipótesis podría solicitarse el abandono de todo el público o de determinadas personas presentes, a excepción del acusado, quien debe permanecer siempre en el lugar, salvo que se encuentre en algunas de las hipótesis que habilitan al tribunal para hacerlo salir compulsivamente de la sala¹⁹⁸.

Las claves y requisitos que deben ser tenidas en consideración al momento de debatir la utilización de alguno de estos mecanismos dicen relación con lo siguiente:

a) Cualquiera sea el mecanismo a emplear, siempre debe poder contarse con la identidad del testigo a examinar¹⁹⁹.

b) Siempre debe resguardarse el derecho de la contraparte a interrogar al testigo de que se trate a través del sistema de la contraexaminación.

4. Análisis de la estructura y preguntas a realizar durante el examen directo de testigos

c) Tipos de examen directo

Todo examen directo debe ser analizado y preparado de modo de facilitar la declaración al testigo y la comprensión al tribunal²⁰⁰. Interesa que quien aporte la información del caso pueda hacerlo cómodamente y exento de presiones y que, a su vez, el tribunal logre entenderlo y apreciarlo como un testigo veraz.

Visto lo anterior, debe definirse la fórmula a través de la cual se realizarán las preguntas para hacer el relato lo más sencillo posible y entendible para terceros.

Continuación nota ¹⁹⁷

ante los ministros de fe y de un representante de la contraparte, en día y hora previamente determinados, y d) que se trate de una situación especial y extraordinaria, previamente justificada ante el tribunal competente.

¹⁹⁸ Véase el art. 285 C.P.P. sobre la presencia del acusado en el Juicio Oral, y el art. 289 C.P.P. sobre publicidad de la Audiencia del Juicio Oral.

¹⁹⁹ Salvo las excepciones que la propia legislación procesal penal contempla y que figura en leyes especiales como la ley N° 19.366.

²⁰⁰ MAUET, *Trial...*, pp. 96-97, sobre la sencillez y el orden lógico de las preguntas.

1. Examen cronológico

Una primera fórmula aconsejable es solicitar al testigo que narre los hechos de manera cronológica. En efecto, existen secuencias de hechos que resultan más fáciles de transmitir en la medida que son realizados respetando el orden temporal de los hechos, esto es, reproduciéndolos en una secuencia que se ajuste a los tiempos en los que los sucesos se desarrollaron, sin alterar el orden temporal de tales acontecimientos.

Lo anterior puede resultar más sencillo para estructurar el relato del testigo y para que el tribunal logre entender detalles que de otro modo resultarían poco claros o ilógicos.

2. Examen temático

Una segunda fórmula a tener en consideración es la de tipo temática, la cual descarta una aproximación temporal, para privilegiar los grandes temas o hechos que se desea que el testigo narre, consultándole sobre los mismos en un orden dado por la relevancia del tema a tratar.

d) Estructura de las preguntas

El esquema utilizado de forma más habitual y que resulta ordenador y clarificador para el tribunal es el siguiente: 1) preguntas introductorias; 2) preguntas de legitimación; 3) preguntas directas sobre el conocimiento de los hechos que posee el testigo; 4) preguntas finales.

Esta estructura puede variar según el caso y el testigo, pudiendo en ocasiones intercalarse preguntas de legitimación con preguntas sobre el conocimiento de los hechos. También pudieran dejarse aspectos relacionados con la legitimación del testigo para la fase final del interrogatorio, con el objeto de aumentar la credibilidad del testigo ante el tribunal en la fase final del examen.

Debe recordarse que el sentido de todo juicio es aportar información para acreditar la versión del caso que presenta el litigante. Tal información proviene de la evidencia que cada parte presenta y que resulta de los testimonios aportados por los testigos y peritos y por los documentos y otros medios de prueba que posee. La información aportada por las evidencias de cada parte, y especialmente en el caso de testigos, debe ser realizada de tal forma que se asegure que la información la aportará el

testigo y no el litigante. Dicho de otra forma, el litigante, para estos efectos examinador del testigo, debe extraer del testigo los antecedentes que éste posee de un modo que sea este último el que señale lo que sabe, sin que le sea sugerido por el examinador.

Esta exigencia resulta de toda lógica si lo que se pretende es convencer al juez que la información que se anhela presentar para fundar la resolución del tribunal oral es evidencia de buena calidad, confiable y aportada por la parte que señala conocerla.

Esto último se ve refrendado por las normas sobre métodos prohibidos de examinación del art. 330 C.P.P., que prohíbe realizar preguntas sugestivas durante el examen directo, sea de testigos o de peritos. Esta regla resulta ser la más importante a tener en consideración para no deslegitimar frente al tribunal a un testigo durante su interrogatorio, y será asimismo la regla más relevante a considerar por el litigante contrario, para evitar que al testigo de la contraparte le sea aportada indebidamente la información que se desea escuchar de él.

De la misma manera está prohibido en el examen directo realizar preguntas capciosas, confusas, vagas, compuestas, repetitivas, coactivas, etc.

Sin embargo este tipo de reglas posee un nivel de relevancia menor, pues resulta obvio estimar que el examinador directo intentará evitar preguntas que puedan confundir o intimidar a su propio testigo, razón por la que resultará igualmente absurdo que el litigante contrario objete una pregunta del examinador directo por estimar que confunde al testigo.

*e) Tipos de Preguntas del Examen Directo*²⁰¹

Hemos dicho con anterioridad que durante el examen directo deben formularse cuatro tipos de preguntas, las que a continuación se revisan con más detalle:

1. Preguntas destinadas a generar confianza en el testigo o preguntas introductorias

La declaración de cualquier ciudadano está sujeta a un conjunto de dificultades que dicen relación con el miedo a recibir represalias por el hecho de aportar información, por nerviosismo, por temor a equivocarse,

²⁰¹ Esta sección corresponde a una adaptación de las sugerencias de Paul BERGMAN, op. cit.

por temor al ridículo, por pánico a presentarse en público, o por la natural presión que ejerce respecto de cualquier persona el tener que someterse a un interrogatorio en sede penal ante tres jueces, fiscales y defensores, y seguramente ante personas que no conoce y que asisten a la audiencia.

Cualquiera sea la razón, debe ser tenida en consideración por el litigante que presentará al respectivo testigo, con el objeto de poder manejar eventuales situaciones complejas, intentando hacer sentir al testigo lo más confortable posible, antes y durante su declaración.

Es aconsejable que las primeras preguntas de un examen directo estén dirigidas a temáticas que el testigo maneja con facilidad, introducidas de forma incluso coloquial y que no estén referidas directamente al fondo del asunto. De esta forma el litigante puede comenzar con preguntas tales como: “¿Es este su primer juicio?”, o explicaciones tales como: “Señor..., voy a formularle algunas preguntas y usted puede tomarse el tiempo necesario para contestarlas”. Otra fórmula utilizable consiste en solicitar al testigo que repita su nombre y su profesión.

Otra recomendación que resulta útil para favorecer el posterior interrogatorio de un testigo es llevarlo a la sala del tribunal en los días previos al juicio para que conozca el lugar donde realizará su declaración.

2. Preguntas de legitimación o llamadas a validar personalmente al testigo

Una vez que hemos logrado que el testigo hable y se sienta cómodo, resulta necesario legitimarlo, con el objeto que el contenido de su versión resulte aceptable y creíble para el tribunal.

Con este objetivo en mente debemos dirigir preguntas que permitan alcanzar un conocimiento general del testigo, lo cual nos lleva a temáticas tales como: profesión u oficio, número de años en el mismo trabajo, otros trabajos desempeñados, cargos de responsabilidad, labores de caridad o beneficencia, su familia, sus actividades familiares y sociales.

Luego deben explorarse otras temáticas de legitimación relacionadas con la mayor o menor cercanía con alguno de los intervinientes en el juicio, especialmente con la víctima o el acusado. Deben tomarse especialmente en consideración vínculos de parentesco, amistad, o laborales. Este tipo de relaciones puede acrecentar la confiabilidad del testigo o debilitarla, según el caso. En este último evento, el hecho de

preguntar sobre el punto persigue anticipar una debilidad, especialmente cuando el dato a revelar posee, por su nivel de publicidad, altas posibilidades de ser conocido y utilizado por la contraparte.

En tercer lugar, debe tenerse presente que la legitimación intenta aportar datos que permitan al tribunal estimar que un determinado testigo –y en relación a ese caso concreto– es digno de confianza, siendo necesario, fuera de las aproximaciones generales descritas precedentemente, aportar información que demuestre una especial disposición, conocimiento o aproximación del testigo interrogado con el caso de que se trata. Pueden ser aprovechados para legitimar un testigo los siguientes temas: conocimientos especiales del testigo en relación a la materia que será objeto de la examinación²⁰²; premios obtenidos durante su desempeño laboral u otros reconocimientos; cargos de representación ciudadana que ha ejercido, tales como presidente de una junta de vecinos u otro similar; relevamiento acerca de la carencia de antecedentes penales pretéritos; lugar donde vive o trabaja y cercanía con el lugar donde observó el hecho delictivo, para poder explicar las razones por las que en un determinado momento se encontraba precisamente en el lugar donde ocurrieron los hechos, etc.

Una secuencia de preguntas que puede graficar lo señalado en un caso de delito sexual ocurrido dentro del hogar de la víctima, es la siguiente:

Fiscal: “Señor policía, ¿cuál es su grado en la institución?”, “¿desde cuándo trabaja en la Policía?”, “¿qué cursos de formación y entrenamiento en delitos sexuales ha recibido?”, “¿cuántos procedimientos por delitos sexuales le ha correspondido atender en sus años como policía?”, “¿puede describir conforme a su experiencia dónde ocurren con más frecuencia atentados sexuales?”, “conforme a su conocimiento práctico y teórico, ¿qué relaciones previas unen a víctimas y victimarios en esos atentados sexuales?”, “¿podría describir el comportamiento que han tenido las víctimas por usted atendidas?”, “¿podría describir el comportamiento de los victimarios por usted atendidos?”, “¿cuál de esos comportamientos observó usted en este caso?”.

Este procedimiento de interrogatorio o examen directo, si bien debe responder en principio a las mismas exigencias generales de todo

²⁰² Este aspecto resulta especialmente claro cuando el testigo es un policía que posee conocimientos sobre el sector donde efectúa rondas, el modus operandi utilizado para determinados delitos, o el conocimiento que posee sobre las víctimas en otros casos similares.

examen directo, esto es, que no pueden utilizarse fórmulas sugestivas, en la práctica y dado que la legitimación es una parte en la que el testigo simplemente relata lo que sabe producto de su calificación personal, se ha estimado en ocasiones que no resulta recomendable o incluso aceptable realizar o acoger una objeción por sugestividad en esta fase inicial de la examinación directa de testigos.

Cuestión distinta a la anterior es que el examinador formule conclusiones a partir de tal conocimiento del testigo o intente validar de forma sugestiva determinadas conclusiones técnicas sobre la base del conocimiento que el testigo dice poseer.

La acreditación cumple otro objetivo desde una perspectiva estratégica: nos permite incorporar una razón más al tribunal para privilegiar el testimonio de nuestros testigos por sobre los de la contraparte, en el evento que ambos testimonios sean equivalentes en contenido.

3. Preguntas abiertas o narrativas y cerradas, destinadas a permitir al testigo aportar la información que posee de los hechos del caso

Una vez que el testigo ha quedado legitimado, corresponde formular preguntas destinadas a extraer del testigo la información que posee en relación al caso concreto.

Para estos efectos resulta conveniente que el testigo pueda declarar lo más libremente posible, razón por la cual es recomendable utilizar preguntas abiertas que permitan al testigo expplayarse sobre lo que desea aportar. Ejemplos de lo anterior son las siguientes fórmulas:

“Señor..., ¿podría contarle al tribunal lo que pudo observar el día de los hechos?”.

“Señor..., ¿podría contarle al tribunal lo que sabe sobre los hechos que motivan este juicio?”.

Este tipo de preguntas, que tienden a invitar al testigo a realizar un relato extendido sobre la información que posee, resultan posibles y útiles en la medida que el testigo que tenemos al frente sea capaz de hilar un relato comprensible y lógico, razón por la cual el litigante debe conocer el tipo de testigo que tiene para definir la estructura y tipo de preguntas del interrogatorio que realizará.

De esta forma aparecen las siguientes consideraciones a tener en cuenta:

1. Existen testigos que por el nerviosismo o por incapacidad o desorden mental, no pueden realizar un relato extendido en forma autónoma. En estos casos es aconsejable guiar de forma más precisa el interrogatorio, realizando preguntas cerradas que busquen extraer porciones muy precisas de información del testigo y continuar con esta fórmula hasta el final del examen. Por ejemplo:

Fiscal: “Cuéntenos si conoce al acusado?”, “¿Por qué lo conoce?”, “¿Qué más sabe de él?”, “¿Qué observó el día...?”, “¿Quién estaba presente ese día?”, “Ud. ha dicho que el acusado estaba presente, ¿qué hizo en ese momento el acusado?”.

2. Es preciso anotar asimismo que aunque el testigo que tengamos al frente sea capaz de hilar un relato coherente y claro, el litigante debe en todo momento estar atento a lo que declarará, con el objeto de especificar detalles que resulten importantes para la teoría del caso y que puedan aparecer diluidos en medio del total de la declaración.

En efecto, el conductor del interrogatorio y el profesional encargado de relevar los aspectos que lograrán acreditar la teoría del caso es el examinador y no el testigo, razón por la cual se sugieren las siguientes recomendaciones:

a) Interrumpir delicadamente el relato del testigo para solicitar una aclaración o relevar un aspecto central del mismo, para lo cual utilizaremos preguntas cerradas que focalicen su declaración. Una vez que hemos interrumpido y luego obtenido la respuesta deseada, es tarea del examinador recordar al testigo cuál fue la última idea, frase o hechos que nos relataba para que pueda retomar ordenadamente su relato. Por ejemplo:

1. “Usted nos señaló, antes de que yo lo interrumpiera, que el día de los hechos había visto al acusado en la casa de su vecina. ¿Pudo observar lo que hacía el acusado?”.

2. “Ud. nos señaló, antes de que yo lo interrumpiera, que el día... observó al acusado en la casa de la víctima. ¿Qué más recuerda?”.

b) Otra fórmula posible es dejar que el testigo termine de responder, y luego formular la solicitud de aclaración de aquellas partes que nos parecen insuficientemente abordadas en su relato.

3. En resumen, es posible identificar las siguientes fórmulas: a) pregunta abierta seguida de preguntas cerradas intercaladas; b) pregunta abierta seguida de varias preguntas cerradas; c) pregunta cerrada de inicio, seguida de varias preguntas cerradas.

4. Un último aspecto a tomar en consideración al momento de examinar un testigo tiene que ver con el carácter del mismo. No únicamente referido a su mayor o menor nivel de nerviosismo, sino a la forma en la que los testigos logran estructurar su relato. En efecto, los examinadores se encontrarán con testigos que se aproximan a la narración de un hecho de modo general y resumido, habiendo otros cuyas aproximaciones a un relato responden a secuencialidad y detalle.

De esta forma, se cometería un error si se intentan preguntas destinadas a la generalidad y al resumen frente a un testigo secuencialista, pues tenderemos a incomodar y hasta confundir a un testigo, forzando su modo de ser y de relatar un hecho.

Lo mismo se puede decir respecto de personas que privilegian el razonamiento concreto y práctico en vez de los razonamientos abstractos. Es el examinador quien debe acomodar sus preguntas al estilo y particularidades del examinado.

4. Preguntas finales para redondear el interrogatorio y terminar con una impresión positiva por parte del tribunal

Un buen examen directo concluye con un set de preguntas cuyas respuestas sean relevantes para la teoría del caso. Esto permite dejar una buena impresión y dejar al testigo confiado para enfrentar al contraexaminador.

Vale insistir diciendo que la relevancia y el tipo de preguntas finales dependerá de cada caso y testigo, y sobre todo de la estructura del examen de testigo que se haya seguido.

Bajo las ideas de primacía y relevancia, siempre debemos iniciar y terminar nuestros interrogatorios centrándonos en las proposiciones fácticas centrales del caso, más que en consideraciones u opiniones personales del testigo. Considérese que en los bloques de información que se presenten en el medio de la declaración del testigo, trataremos estas opiniones u apreciaciones si fueren pertinentes y aquellas proposiciones fácticas que no sean centrales o no dependan de manera fundamental del testimonio del declarante.

f) Recomendaciones estratégicas finales

1. *Usar fórmulas de transición*²⁰³. Resulta aconsejable utilizar fórmulas denominadas “de transición” durante la realización de exámenes directos de testigos, con el objeto de evitar la provocación de confusiones. Las fórmulas de transición lo que persiguen es permitir al examinador indicar al testigo que se desea continuar con otros temas distintos a los tratados hasta ese momento. De esta forma se logra realizar una pausa y ordenar la declaración del testigo, evitando confusiones. Por ejemplo:

“Señor..., Ud. nos ha explicado los estudios que posee, ahora quisiera que nos explicara dónde se encontraba Ud. el día...”.

2. *Recordar que el testigo es el protagonista*, y el abogado un buen conductor que debe pasar lo más desapercibido posible. El examen directo es una ocasión en la que el tribunal recibe la información que una persona posee y que es útil para los efectos de la elaboración de la sentencia del tribunal. Desde este punto de vista, la tarea del litigante es permitir al tribunal conocer esa información a través de las preguntas que dirigirá al testigo.

Lo señalado impone al litigante que dirige el examen directo, lograr que el testigo llame la atención del tribunal, y que resulte creíble y persuasivo.

3. Debe buscarse en todo momento que el testigo esté *cómodo*, sin perder la calma, y estar dispuesto a ayudarlo cuando no esté proporcionando toda la información requerida. El testigo es el actor principal del examen directo, por lo que debe desplegarse una actividad centrada en que el testigo logre comunicar al tribunal el conocimiento que posee de los hechos, buscando para ello los métodos de examinación que le hagan sentirse cómodo, teniendo especial cuidado en el uso de un lenguaje claro y preciso, según las características personales del testigo, y empleando un tono, ritmo o velocidad de examinación que no incomode al examinado.

4. Cuando por alguna razón el testigo no entrega la respuesta esperada, cuestión que la práctica muestra como problema frecuente, deben utilizarse mecanismos que eviten que el testigo aumente su nerviosismo producto del olvido. Para ello resulta recomendable evitar

²⁰³ MAUET, *Trial...*, p. 97.

repeticiones de la misma pregunta. En estas ocasiones se sugiere lo siguiente:

a) Modificar la pregunta, buscando derivar la atención del testigo y del tribunal en otra temática de relevancia, evitando de esta forma que el tribunal se forme una mala impresión o que el testigo se ponga nervioso.

b) Iniciar una búsqueda de información complementaria que permita al testigo refrescar su memoria asociando las temáticas con el asunto olvidado. Por ejemplo:

Fiscal: "¿Recuerda el color del auto?"

Testigo: "No lo recuerdo".

Fiscal: "¿Dónde estaba usted el día que vio los hechos?"

Testigo: "En la calle..."

Fiscal: "¿En qué lugar específico de dicha calle?"

Testigo: "En el estacionamiento del supermercado..."

Fiscal: "¿Qué lograba ver desde el lugar en el que se encontraba Ud.?"

Testigo: "Lograba ver personas y autos".

Fiscal: "¿Cuántos autos?"

Testigo: "Muchos autos".

Fiscal: "¿Le llamó alguno la atención?"

Testigo: "Sí, ahora recuerdo que había un Toyota blanco".

En esta secuencia hipotética el fiscal ha evitado repetir la pregunta al testigo, y lo ha conducido de tal manera que ha permitido al testigo transportarse mentalmente al lugar donde él había visto el auto del acusado, logrando de esta forma su objetivo. Debe en todo caso señalarse que aunque el testigo no hubiera recordado el color del auto, podría producir en la mente de los jueces la idea que era capaz de recordar otros hechos relevantes que daban cuenta que efectivamente estaba en el lugar donde declaró ocurrieron los hechos.

Como último recurso, si el testigo no recuerda información relevante, aprovechar la técnica de refrescamiento de la memoria, autorizado en el art. 332 C.P.P., esto es, haciendo leer al testigo parte de sus declaraciones previas prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, donde consta lo que ha olvidado, para luego preguntárselo nuevamente.

No debe descartarse que, habiendo temas que por su dificultad o tiempo transcurrido puedan ser olvidados por el testigo, éste simplemente diga que no recuerda, cuestión que en ciertas ocasiones puede incluso contribuir a acrecentar la credibilidad del mismo. Esto último debe ser calibrado por el examinador en el momento, dependiendo del

tema y de su relevancia. Por ejemplo, no resulta grave que un testigo señale que olvidó el nombre de las diez personas que lo acompañaban ese día en tal lugar. Lo que sí resulta grave es que olvide el nombre de tales personas si resulta que según su declaración las personas que estaban en la fiesta son quienes componen su núcleo familiar.

Lo que debe evitarse a toda costa es cambiar la inflexión de la voz, sugiriéndole al testigo cierta molestia por el olvido en el que ha incurrido.

5. *Anticipar debilidades*. Otro aspecto que debe ser considerado especialmente en las examinaciones de testigos propios es la técnica denominada “anticipación de debilidades”. Como es lógico, los testigos que son seleccionados para ser llevados a un juicio pueden presentar lo que podría llamarse “debilidades”, que colaborarían con la contraparte al permitir afectar la verosimilitud o credibilidad de su declaración o de su persona²⁰⁴.

De hecho, los objetivos de todo contraexamen descansan precisamente en afectar la credibilidad del testigo y/o de su declaración.

La decisión que debe tomar el examinador es la de determinar si anticipará la debilidad que ese testigo presenta durante el examen directo. Esta decisión estará en todo caso mediada por el nivel de conocimiento que la contraparte tenga de la misma, el nivel de probabilidad de conocimiento público, su relevancia, entre otros aspectos.

Si se opta por evidenciar la debilidad, lo que se hará es sacar a colación esos elementos, preguntando al testigo sobre el punto en particular, para evitar que el tribunal se forme la idea de ocultamiento, en caso de no haber incursionado sobre la materia durante el examen directo, en virtud de las preguntas formuladas por el contraexaminador. Cuando un testigo es legitimado por el examinador, pero luego el contraexaminador logra sacar a luz aspectos de la declaración o de los antecedentes personales del testigo que afectan su credibilidad, se produce un efecto deslegitimador que se ve acrecentado por la idea del ocultamiento de esos hechos por parte del examinador.

Al contrario, si la debilidad es presentada por el propio litigante que llevó el testigo al juicio se logran dos aspectos positivos:

a) Se logra conseguir que el testigo se haga cargo de la debilidad, entregando razones o fundamentos que la explican. Por ejemplo, si un

²⁰⁴ MAUET, *Trial...*, pp. 111 y s.

testigo posee antecedentes penales por giro doloso de cheques por falta de fondos, puede ese mismo testigo explicar que pasó por un momento muy difícil en el que intentó, sin conseguirlo, privilegiar el pago de los trabajadores de su empresa para no ocasionar daños a sus familias.

Si los fundamentos de la debilidad no los entrega el testigo durante la examinación directa, no podrán ser proporcionados durante el contraexamen, pues el litigante contrario, en antecedentes de esa debilidad, realizará una pregunta sugestiva y cerrada que únicamente consultará por los antecedentes penales del testigo: “¿Ud. tiene antecedentes penales por giro doloso de cheques?”.

b) Otro logro es de carácter más bien psicológico y responde a la idea ya antes insinuada de evitar que las debilidades aparezcan rodeadas de un intento de ocultamiento por parte del litigante y del propio testigo.

6. *Técnica del eco*. Una destreza que debe ser tenida en consideración dentro de las artes de litigación es el aprovechamiento de una técnica que permite destacar algún punto específico que ha mencionado el testigo. La técnica del eco puede presentar diversas manifestaciones, siendo las más frecuentes las siguientes: a) preguntar nuevamente lo mismo en forma incrédula; b) preguntar nuevamente lo mismo insinuando no haber escuchado la primera declaración; c) preguntar utilizando como encabezado la información recién aportada por el testigo; d) lisa y llanamente, repetir lo expresado por el testigo.

7. Solicitar a una persona de confianza que realice una *simulación de contraexamen* con el testigo, durante la fase de preparación. El testigo debe estar preparado para enfrentar las preguntas del contraexamen.

8. Aprovechar la prerrogativa establecida en el art. 329 inc. 5º C.P.P., que permite al litigante solicitar autorización al tribunal para efectuar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia. Esta prerrogativa debería aplicarse en forma flexible, pudiendo efectuarse el nuevo interrogatorio inmediatamente terminado el examen y contraexamen del testigo, o luego de prestada la declaración de otros testigos o peritos de la parte que lo presenta.

31. EXAMEN DIRECTO DE PERITOS

Una de las pruebas que más complejidad presenta dice relación con la prueba de peritos, pues supone por parte del litigante que presentará

la pericia el dominio de las técnicas de examinación directa y además el conocimiento –a lo menos general– de la ciencia, arte u oficio que el perito domina y sobre la base de la cual se arribará a determinadas conclusiones científicas o técnicas que deben ser consultadas en el examen directo, todo lo cual habrá de hacerse permitiendo que los jueces logren comprender la relevancia de la opinión experta.

De lo señalado se desprende que el litigante debe recibir un asesoramiento básico sobre el significado de la pericia, sobre la confiabilidad del método empleado por el perito, sobre los resultados del mismo, sobre las conexiones que dichos resultados tienen con la teoría del caso que el litigante va a presentar y con la forma de preguntar para obtener una respuesta útil a los efectos de la estrategia del juicio²⁰⁵.

a) Concepto de examen directo de peritos

El examen directo de peritos puede conceptualizarse como la revisión de aquellos expertos en determinada ciencia, arte u oficio, que han sido presentados con las debidas acreditaciones en la audiencia de preparación del juicio oral, para que puedan explayarse en el juicio sobre sus conocimientos expertos y los resultados de las pericias por ellos practicados a determinadas personas, objetos o lugares.

b) Preparación del examen directo de peritos

De lo señalado en los apartados anteriores aparece con claridad el hecho que las pericias pueden tener gran importancia al momento de diseñar y desplegar la teoría del caso en el juicio oral.

Sin embargo, para que tales aportaciones puedan efectivamente producirse deben darse los siguientes pasos:

1. Evaluación sobre la necesidad del peritaje a solicitar

El primer aspecto que debe ser tenido en consideración es si en el caso concreto que se está estudiando es necesaria la realización de una pericia, pues de lo contrario se estará perdiendo tiempo y recursos, y eventualmente afectando la teoría del caso.

²⁰⁵ Al respecto, NAPLEY, Sir David: *The Technique of Persuasion*. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 1991, pp. 23-32, en especial la sección sobre “medicina, ciencia y derecho”, pp. 27-29.

La necesidad de una pericia surge cuando se requiere de un conocimiento experto que no puede ser suplido por los conocimientos generales de toda persona, máximas de la experiencia, o meras reglas de la lógica.

Para obtener certeza sobre una determinada conclusión a la que se desea arribar y asimismo exhibirla a los jueces, se requiere que una persona experta pueda transmitir tal conclusión, acreditando previamente su conocimiento experto. De esta forma, si se desea acreditar que unas manchas de sangre encontradas en las vestimentas de la víctima corresponden al acusado, debe recurrirse a un perito químico, tecnólogo médico o médico forense, a objeto que él mismo, habiendo acreditado un manejo de la *lex artis*, pueda explicar, conforme al procedimiento empleado y explicitada su confiabilidad, los resultados obtenidos y las conclusiones de la pericia.

En otro caso, si se requiere acreditar el calibre de una determinada arma de fuego, la distancia a la que fue disparada, los residuos de deflagración de la pólvora en una persona específica, u otro aspecto técnico análogo, se requerirá solicitar una pericia balística que deberá ser desarrollada por un perito artificiero armero, un ingeniero experto en armas, o por quien acredite suficientemente poseer conocimientos de armamento (v. gr., un ex uniformado que haya recibido entrenamiento y calificación técnica en armamento).

Por último, y todavía a modo ejemplar, si se requiere definir si una persona resulta imputable de las acciones que se le atribuyen, debe recurrirse a un siquiatra o sicólogo para determinar si el acusado presenta algún cuadro sicótico que lo torna inimputable o bien presenta algunos de los componentes de una determinada sicosis que podría configurar una eximente incompleta, o si en cambio sólo se está en presencia de un cuadro sicopático que no afecta la imputabilidad del acusado, o si derechamente no presenta cuadros sicóticos ni sicopáticos. El común denominador de todos estos casos citados es que se requiere de la asistencia de un perito que pueda arribar a las conclusiones que las partes desean presentar al tribunal para acreditar su teoría del caso.

2. Evaluación del perito que realizará el examen

El nuevo sistema de enjuiciamiento criminal eliminó la existencia de los peritos judiciales, permitiendo a las partes poder presentar a los

peritos que estimen de su confianza²⁰⁶, siempre que se acredite que el perito resulta ser efectivamente un experto en determinada ciencia, arte u oficio.

Esta acreditación, de carácter formal mas no de mérito, debe ser realizada ante el juez de garantía, sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes de dirigir preguntas al perito de la parte contraria durante el desarrollo del juicio oral, con el objeto de desacreditar el conocimiento experto o especial que el perito dice poseer.

La selección de un perito estará fundamentalmente orientada por razones estratégicas y económicas. El Ministerio Público puede recabar peritajes del Servicio Médico Legal, de las policías, e incluso encargar peritajes privados. La Defensoría Penal Pública, por su parte, puede solicitar la realización de peritajes al propio Ministerio Público o bien contratar a peritos seleccionados de su confianza²⁰⁷. Las solicitudes de peritajes de la Defensoría Penal Pública al Ministerio Público pueden ser aceptadas o negadas por el fiscal del caso respectivo, según se colige del art. 183 C.P.P. Sin embargo, el defensor que solicitó la diligencia puede reclamar de la denegatoria ante las autoridades superiores del Ministerio Público (Fiscal Adjunto Jefe o Fiscal Regional).

Conforme al art. 257 C.P.P., el defensor u otro interviniente que oportunamente hubiere solicitado una diligencia negada por el fiscal, podrá renovarla en la audiencia de cierre de la investigación a que alude el art. 249 C.P.P. Si el juez de garantía acoge la solicitud, puede ordenar al fiscal que realice la diligencia denegada²⁰⁸. De la misma forma que el Defensor Penal puede solicitar diligencias al Fiscal del Ministerio Público, cualquier otro interviniente –léase querellante–, puede solicitar diligencias conforme lo señala el art. 183 C.P.P., y renovarlas en caso de denegatoria (art. 257 C.P.P.).

²⁰⁶ El art. 314 C.P.P. señala que “El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”.

²⁰⁷ Recuérdese que el art. 320 C.P.P. permite a los intervinientes recurrir al juez de garantía para que sus peritos puedan acceder al examen de los objetos, documentos o lugares, materia de la pericia.

²⁰⁸ Ello sólo será posible si consideramos que la posibilidad de solicitar la reapertura de la investigación también es procedente cuando el fiscal decide acusar, evento en que tal solicitud deberá formularse por la defensa dentro del plazo de diez días contados desde el cierre de la investigación y la presentación material del escrito de acusación.

3. Evaluación sobre el peritaje realizado

Una vez realizado el peritaje lo que corresponde es analizarlo conjuntamente con el perito que lo efectuó, solicitando a tal efecto precisiones en las siguientes áreas:

- a) Metodología empleada y nivel de confiabilidad de la metodología seleccionada, y razones para descartar otras alternativas.
- b) Contenido de las diversas áreas del informe.
- c) Explicación de la terminología científica y forma de traducir las expresiones y conclusiones en lenguaje común o más general.
- d) Solicitar ayuda en la formulación de preguntas que pudieran colaborar para extraer adecuadamente el contenido e información de la pericia.
- e) Practicar con el perito un simulacro de contraexamen para prepararlo a responder las preguntas de la contraparte.

c) Método de examinación del perito propio

Conforme a las reglas del Código Procesal Penal y especialmente a lo señalado en el art. 329, el perito presentado al juicio, a diferencia del testigo, debe partir exponiendo las conclusiones de su informe, para luego ser examinado por el litigante que lo presenta.

Los antecedentes aportados a través de las conclusiones deben considerarse como información ingresada al juicio, y puede por tanto ser utilizada como preámbulo en las siguientes preguntas o utilizarse como referencia para indagar nuevos elementos del peritaje.

En relación al tipo de preguntas a emplear durante el examen directo del perito, se presentan las mismas restricciones que en el caso de los testigos. Está prohibido formular preguntas sugestivas, capciosas, que tergiversen la prueba, ambiguas o vagas, compuestas, coactivas, etc.

Desde el punto de vista de la estructura del examen directo de peritos, deben considerarse los siguientes pasos:

a) El perito presentará las conclusiones a petición del Juez Presidente del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

b) Luego de las conclusiones el litigante que presenta al perito debe proceder a efectuar su legitimación, preguntando por sus estudios y calificaciones, así como cualquier dato que se relacione con el nivel de confianza que el perito posee y que debe ser transmitido al tribunal. En este punto deben tenerse en consideración los siguiente subtemas: años de experiencia como experto en el tema; lugar donde desarrolla sus

actividades; publicaciones; cátedras impartidas sobre la especialidad; número de pericias realizadas durante su carrera; casos en los que ha participado y relevancia de los mismos. Esta batería de preguntas es útil para formular preguntas en las fases posteriores, pues la legitimación permitirá defenderse frente a las objeciones y preguntas en el contraexamen que tengan por finalidad generar dudas sobre el nivel de conocimiento y preparación que el perito posee. De igual manera, las preguntas sobre el número de pericias realizadas permite posteriormente establecer comparaciones entre tales pericias y el caso concreto que se examina en juicio. Considérese el siguiente ejemplo:

Fiscal: "Sr. ..., ¿cuántas pericias ha realizado en casos de delitos sexuales?"

Perito: "Más de quinientas".

Fiscal: "¿Le ha correspondido atender a mujeres?"

Perito: "Sí".

Fiscal: "¿Le ha correspondido atender a mujeres víctimas de violación?"

Perito: "Sí, más de cuatrocientas veces".

Fiscal: "¿Cuáles han sido los estados de ánimo más comunes en los casos de mujeres que han sido víctimas de violación?"

Perito: "Suelen estar muy nerviosas. La mayoría de las veces lloran y guardan silencio".

Fiscal: "¿Ud. atendió a la Sra...?"

Perito: "Sí".

Fiscal: "¿Cuál era el estado de ánimo de la Sra. ... cuando Ud. la atendió?"

Perito: Los mismos que he mencionado.

Fiscal: "¿Cuáles son las manifestaciones físicas más visibles en las mujeres que Ud. ha atendido en casos de denuncias de violación?"

Perito: "Depende, en muchas ocasiones hay moretones en la cara y piernas, mordidas y otras contusiones".

Fiscal: "¿Cuáles de esas manifestaciones físicas encontró Ud. en la Sra...?"

Perito: "Todas ellas".

No debemos olvidar en este ámbito que la acreditación de los peritos debe ser específica y no genérica. Nos referimos al hecho que muchas veces debemos ahondar en las especificidades y especialidades del conocimiento de un perito, no siendo suficiente el acreditar ante el tribunal que, por ejemplo, estamos ante un profesional experto en una determinada área del conocimiento. Lo anterior ocurrirá normalmente con la medicina, pues no basta con ser médico general para opinar en condición de experto respecto de determinadas cuestiones vinculadas a subdisciplinas de la ciencia médica.

c) Luego de la legitimación personal del perito debe procederse a consultar sobre la metodología empleada, de modo que el tribunal pueda entender que el peritaje se construyó sobre bases sólidas y aceptables científicamente. Para ello pueden revisarse los siguientes subtemas: metodología empleada; nivel de confiabilidad; frecuencia en el uso de dicha metodología; metodologías descartadas y razones para ello; lugares donde se emplea dicha metodología; conclusiones a las que se puede arribar utilizando dicha metodología; nivel de capacitación del perito para emplear dicha metodología.

d) Luego de la fase de legitimación profesional del perito y de la metodología empleada, corresponde analizar el informe presentado y los aspectos centrales del mismo que están conectados con la teoría del caso. Con este propósito el litigante debe intentar seguir un orden lógico al consultar al perito, pudiendo utilizar como guía el mismo informe y las partes en las que el mismo se divide.

Puede resultar útil emplear, para los efectos señalados en este punto, las siguientes pautas: 1) comenzar focalizando la atención del perito en las conclusiones más relevantes según la estrategia del caso y su relación con las proposiciones fácticas que se intentan acreditar con el perito, para luego consultar las razones por las que estima que esas son las conclusiones correctas; 2) utilizar el orden del mismo informe, facilitando al perito recordar los pasos realizados durante la elaboración del informe; 3) debe tenerse en consideración que las expresiones confusas, técnicas o incomprensibles deben ser aclaradas por el perito, buscando siempre una traducción a lenguaje general, v. gr., utilizando sinónimos, explicaciones o alcances de una palabra técnica, ejemplos, demostraciones o analogías con fenómenos conocidos por un lego.

32. OBJECIONES

a) Dinámica adversarial y tratamiento normativo

El nuevo sistema de enjuiciamiento criminal chileno introduce un juicio oral de corte adversarial, público, concentrado, contradictorio y oral. Es precisamente el juicio oral la máxima promesa que realiza al justiciable el nuevo proceso penal, y en torno al cual se construye la mecánica y normas que conforman el modelo. A partir de la estructura, organización, normas, lógicas, complejidades y dinámica del juicio oral

es que los litigantes definen las mejores estrategias para el caso en particular. Es precisamente desde la óptica del juicio que resulta posible identificar la mejor alternativa posible, asumiendo los riesgos y oportunidades que el juicio ofrece para el caso; y con ello se establecen los incentivos o desincentivos para utilizar un sistema alternativo al juicio, por la vía de la suspensión condicional del proceso, el acuerdo reparatorio, el procedimiento abreviado u otro.

El juicio representa la dinámica más sofisticada y compleja de debate que se establece en el nuevo proceso penal, y en cuyo seno intenta delimitarse la solución de un caso. La organización que rodea a un juicio, las complejidades que deben sortear los litigantes, las destrezas que se ponen en movimiento, la tensión y dinamismo inherente a la lógica adversarial, junto a la exposición que acompaña el desempeño profesional de todos los operadores del mismo, evidencian la relevancia que posee dotar de reglas claras y aceptables por todos al juicio oral. Especial importancia poseen las atribuciones que tendrán los litigantes y jueces en el desarrollo del debate, las reglas conforme a las cuales se exigirá a las partes comportarse y ajustarse en sus actuaciones, y los mecanismos con arreglo a los cuales se regulará el despliegue de ingenio y destrezas que desarrollarán fiscales, defensores y abogados particulares.

Entre las reglas más importantes destinadas a cautelar el juego justo del debate destacan las “objeciones”, que nuestro C.P.P. regula de forma sucinta y escueta en su art. 330. Estas reglas están diseñadas para que el aporte que los litigantes realicen al tribunal para fundar una determinada decisión de absolución o condena sea construida con material aceptable y no contaminado.

Art. 330. Métodos de interrogación. En sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugieran la respuesta.

Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

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.

Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración.

En otras palabras, la lógica que subyace a las reglas de objeciones descansa en la idea que los testigos y peritos que aportan información

para la resolución de un determinado caso, deben hacerlo sobre la base de su conocimiento de los hechos y no de la opinión o versión que el abogado que los presenta posee del caso. Esta información debe ser aportada libre y espontáneamente, exenta de presiones o coacciones que puedan resultar intimidantes para el testigo, pues esto último pudiera moverlo a responder en un determinado sentido. Esta información debe provenir de una cabal comprensión que el testigo o perito posee en relación a los temas que se le preguntan y no fruto de un artificio mañoso del abogado, que pretenda confundir o influir sobre el testigo.

b) Desafíos para los litigantes

La regulación propia del juicio oral da pábulo a una lógica bastante adversarial, lo que incentiva la competencia y el debate de posiciones que se controlan y fiscalizan mutuamente sobre la base de una secuencia acelerada, dinámica y exigente, que obliga a todos los actores a desarrollar argumentos y juicios en breves espacios de tiempo. El litigante que examina un testigo propio debe tener total claridad sobre las preguntas que desea realizar, responder las objeciones que se planteen por el abogado de la contraparte, y no perder el control y lógica de su interrogatorio²⁰⁹. El abogado de la contraparte debe, por su parte, estar atento a las preguntas que realiza el litigante contrario a sus testigos, intervenir cuando corresponda según su decisión estratégica, reclamando el respeto de las reglas del juego justo. Los jueces deben a su vez escuchar las preguntas que formulan las partes a sus testigos, decidir los problemas que los mismos formulen en el desarrollo de los interrogatorios, todo lo cual involucra naturalmente el control del debate en forma permanente.

Estos comentarios resultan igualmente replicables en lo que a contraexaminación de testigos y peritos se refiere.

c) Tipos de preguntas y sistema de objeciones

Hemos visto que el art. 330 regula de manera escueta las reglas con arreglo a las cuales se regula el tipo de preguntas que pueden lícitamente formularse durante el desarrollo del juicio, y las que están prohibidas. Para los efectos de definir las preguntas que lícitamente se pueden

²⁰⁹ Considérense las recomendaciones de MAUET, *Trial...*, op. cit., pp. 463-498, a propósito del sistema de objeciones en Estados Unidos (adaptándolas al sistema procesal penal chileno).

formular durante un juicio es indispensable distinguir (1) si estamos frente al interrogatorio de testigos o peritos propios, 2) o si estamos frente a la examinación de los testigos y peritos de la contraparte.

1. Preguntas sugestivas

La interrogación en el juicio oral de los testigos propios está sujeta a una regla de oro, cual es que las declaraciones que estos testigos prestan deben provenir precisamente del conocimiento que ellos mismos tengan de un determinado hecho o circunstancia y no de la información que poseen los abogados que los presentan (sean fiscales o defensores). A objeto de evitar que los testigos sean meros repetidores de la información que los fiscales o defensores que los presentan poseen del caso, se establece la prohibición de formular preguntas de tipo “sugestiva”. Ello significa que la forma de preguntar que deben seguir los fiscales, defensores o querellantes supone que la información la aporta el testigo o perito, y para ello se debe recurrir a preguntas cuya respuesta no esté contenida en la formulación misma de la pregunta²¹⁰.

Por tanto, las preguntas aceptables son aquellas que están realizadas sin el componente inductivo. Éstas pueden ser abiertas o narrativas, esto es, las que permiten al testigo explayarse sobre los hechos que conoce, o bien, pueden ser cerradas, focalizándose en determinados aspectos de relevancia.

Ejemplo típico de pregunta sugestiva:

Examinador: “¿Logró Ud. observar a un sujeto que portaba un arma de fuego, no es cierto?”.

Testigo: “Sí”.

Examinador: “¿Ud. estaba en la plaza de juegos donde ocurrió el delito, no es verdad?”.

Testigo: “Sí”.

Las preguntas sugestivas pueden ser directamente sugestivas, como en este caso, o bien ser sugestivas en conformidad al contexto en que son formuladas. Un ejemplo de este segundo tipo lo representan aquellas preguntas que sin utilizar un tono sugestivo inducen al testigo a responder de un determinado sentido. Ejemplo de esto último podría ser el siguiente cuadro:

²¹⁰ Sobre la sugestividad de las preguntas, véase MAUET, *Trial...*, op. cit., p. 481, y su objetabilidad por parte de la contraparte.

Examinador: “¿Qué sabe Ud. de este caso?”.

Testigo: “Que atacaron a un hombre y lo mataron”.

Examinador: “¿Cuántas armas de fuego había en el sitio del suceso?”.

Testigo: “Dos armas de fuego”.

En este ejemplo, la segunda pregunta del examinador resulta claramente sugestiva.

Un tercer tipo de pregunta sugestiva es aquella en la que, sin ser directamente sugestiva, se cierran las opciones de forma de inducir en un determinado sentido al testigo. Por ejemplo:

Examinador: “Ud. ha señalado haber encontrado armas de fuego. ¿Dos o tres armas de fuego?”.

Testigo: “Dos”.

La sugestividad que puede ser objetada durante el interrogatorio directo de un testigo o perito puede referirse a preguntas o bien al modo en que se incorpora evidencia material. Por ejemplo:

Examinador: “¿Es este el arma que Ud. encontró en el sitio del suceso?”.

Testigo: “Sí”.

Para evitar la sugestividad se requiere, además de solicitar la autorización para presentar evidencia material, partir legitimando la intervención del testigo o perito. Por ejemplo:

Examinador: “¿Qué es esto que le estoy mostrando?”.

Testigo: “El arma que observé en el sitio del suceso”.

Examinador: “¿Por qué la reconoce?”.

Testigo: “Porque es de color negro, tiene una marca en la cachá y posee un cañón ligeramente doblado”.

2. Preguntas capciosas

Otro tipo de preguntas que están prohibidas expresamente por el C.P.P. en los interrogatorios directos de testigos y peritos son aquellas que inducen a error al testigo o perito. La información que se incorpora al juicio a través de los interrogatorios directos debe provenir de la capacidad de comprensión no alterada que los testigos y peritos posean. De esta forma debe quedar claro que una respuesta no resulta fruto del ingenio del abogado litigante para confundir al examinado o de

engañarlo, sino de la comprensión efectiva de la pregunta que el examinado posee.

Normalmente este tipo de preguntas son objeto de debate durante los contraexámenes, pues resulta difícil de imaginar que un abogado intente confundir a su propio testigo para sacar información favorable a su posición. Un ejemplo clásico de este tipo de preguntas podría ser la siguiente secuencia:

Examinador: “¿Qué observó durante el desarrollo de la fiesta a la que asistió?”.

Testigo: “Sólo observé gente que se divertía y bebía vino y champagne; nada más”.

Abogado: “¿Y por qué cree Ud. que se produjo ese tráfico de drogas en la fiesta?”.

(Claramente la segunda pregunta intenta inducir a error al testigo, pues ha quedado claro de su primera respuesta que sólo observó gente bebiendo).

Examinador: “¿Qué hizo Ud. en la fiesta?”.

Testigo: “Bebí alcohol y vi que otros consumían drogas”.

Examinador: “¿Cuántas personas vio Ud. entonces que traficaban drogas?”.

3. Preguntas repetitivas

Este tipo de preguntas pueden asimilarse a las preguntas capciosas en la medida que intentan inducir a error al testigo, preguntando sobre un mismo aspecto en diversos momentos de un interrogatorio²¹¹. Si un testigo ya ha contestado una pregunta de manera directa y clara, no resulta aceptable que se permita formularla nuevamente, y por tanto es susceptible de ser objetada. Además, las preguntas repetitivas entorpecen el desenvolvimiento y fluidez del juicio.

4. Preguntas de opiniones

En principio, las preguntas sobre las opiniones que los testigos tengan de un hecho o de una persona están prohibidas, pues un juicio trata sobre el conocimiento que de los hechos tienen las personas que

²¹¹ Entendemos por un mismo interrogatorio el desarrollado por cada interviniente. Por lógica debiera verificarse este tipo de objeciones a propósito de preguntas reiterativas en un contraexamen, pues no parece lógico que quien presenta a un testigo y lo interroga directamente pretenda confundirlo a fin de afectar su declaración.

declaran y no sobre las opiniones que esos hechos o determinadas personas les merecen por razones valóricas u otras. En otras palabras, se trata de evitar que los testigos especulen con sus declaraciones. No obstante, esta regla posee tres excepciones básicas a tener en cuenta:

a) Los peritos en general expresan el conocimiento que sobre una ciencia, arte u oficio poseen, y por ello es que sus opiniones especializadas sobre una determinada pericia resultan importantes, dado que están respaldadas y no constituyen especulación, salvo que el conocimiento requerido para contestar la pregunta no sea posible de acreditar por los conocimientos del perito.

Examinador: "Sr. (perito médico legista), ¿Podría señalarnos, en su opinión médica, qué significa que la víctima presentaba escoriaciones en la zona perianal?"

Esta es una pregunta que pretende extraer una conclusión no especulativa por el tipo de calificación profesional que posee el perito.

b) En la misma categoría anterior podrían ser clasificados los policías en aquella parte de su declaración que da cuenta de habilidades, destrezas o conocimientos que se adquieren en el proceso de permanente formación policial, siempre y cuando haya sido acreditado en esos ámbitos. Un policía podría ser al mismo tiempo testigo de los hechos y experto sobre algún aspecto de los hechos que observó. Por ejemplo:

Examinador: "Tomando en consideración la experiencia de quince años que Ud. tiene en este tipo de procedimientos, ¿cuál es el modus operandi clásico de quienes roban autos?"

c) Los testigos comunes y corrientes podrían estar habilitados para expresar una opinión en la medida que tal opinión sea relevante para el caso, esté respaldada por un conocimiento especial, o bien, sea una opinión dirigida a obtener una impresión del testigo posible de ser captada por los sentidos. Por ejemplo:

Examinador: "¿Podría describir el estado de ánimo que pudo percibir de la persona que estaba sentada a su lado?"

Testigo: "Estaba triste, lloraba y se quejaba".

5. Preguntas que tergiversan la prueba

Estas preguntas tienden a confundir al testigo, pues contrarían la forma, el sentido, el contexto o los detalles relevantes con arreglo a los cuales el testigo ha ido reproduciendo los hechos. La contraparte debe estar atenta a la formulación de este tipo de preguntas, protegiendo su teoría del caso.

Por ejemplo, si en un caso hipotético el testigo contesta durante el contraexamen que se estaba llevando a cabo una fiesta que él mismo organizó y en la que sólo se consumió alcohol, y a lo más un poco de marihuana; y acto seguido el contraexaminador consulta al testigo sobre la identidad de las personas que participaron en el tráfico de drogas. Esta última pregunta resulta objetable precisamente por lo señalado precedentemente, esto es, porque el abogado contraexaminador al efectuar la pregunta tergiversa el modo en el cual el testigo ha señalado que ocurrieron los hechos. Esta tergiversación se realiza mediante una calificación jurídica que desvirtúa la explicación que el testigo entregó.

6. Preguntas formuladas en términos poco claros

Esta nomenclatura utilizada por el C.P.P. pone en evidencia el intento de cautelar que la información que ingresa al juicio por parte de un testigo o perito provenga de su conocimiento, y en ningún caso ser el resultado de un error o confusión momentánea. Por ello se prohíben preguntas que puedan debilitar esa capacidad de expresar lo que se sabe de un hecho, persona o cosa.

Una manera genérica de debilitar ese conocimiento es afectando la capacidad de comprensión mediante preguntas que no resultan claras en su enunciado, formulación, contenido, orientación, significado u otro aspecto que la torna oscura o derechamente inentendible.

Dentro de este tipo de preguntas se encuentran las siguientes:

a) Las preguntas *compuestas* pueden ser materia de objeciones pues introducen un factor de confusión al testigo, al incluir dos o más temas al mismo tiempo y por tanto pueden provocar potencialmente un descontrol lógico en la capacidad de comprensión de la persona que contesta. Si se permitiera contestar preguntas compuestas se generarían problemas tales como el determinar si la respuesta del testigo satisface la primera pregunta, ambas a la vez, o sólo la segunda.

Tales preguntas pueden ser reconducidas a la lógica de lo capcioso, pues podrían ser formuladas de forma compuesta para obtener una respuesta que provenga del error del testigo al no comprender una de las preguntas o al ser influida la respuesta por la forma u orden en la que se formulan dos temas de manera simultánea.

b) Preguntas *confusas, ambiguas o vagas*. Este tipo de preguntas posee como nota distintiva su escasa o nula claridad, pues no resulta comprensible para el que la recibe en atención a que su enunciado resulta inentendible, de una amplitud que la torna imposible de comprender en su genuino sentido, o bien porque se formula de tal manera que pueden entenderse dos o más cosas que incluso se contradicen entre sí.

Otro aspecto que contamina estas preguntas y con ello la respuesta asociada, radica en el hecho que las respuestas pueden merecer una interpretación tan amplia, confusa, vaga o ambigua como la pregunta que la origina. Resulta complejo para el juzgador lograr establecer el sentido exacto de la respuesta y por tanto medir el conocimiento que del hecho, persona o cosa posea el testigo o perito. Considerar los siguientes ejemplos:

Contraexaminador: "Cuando finalmente llegaron a la intersección de las calles A y B ¿cuál de los objetos que se movía de norte a sur era aquél en el cual se desplazaba el vehículo que Ud. observó desde su posición al otro extremo de la acera en la calle perpendicular a la principal?"

Esta pregunta en sí misma, y por tanto, independiente del contexto, posee demasiada información, pudiendo confundir al testigo.

Contraexaminador: "¿Cómo se relacionaban Pedro y María?"

Esta pregunta es ambigua, pues puede referirse a una relación afectiva, comercial, de familia u otra. Claramente el nivel de ambigüedad está dado en función del contexto de la historia y del relato que el testigo haya entregado o esté entregando.

Examinador: "¿Cómo era el acusado antes de este juicio?"

Esta pregunta peca de vaguedad, al poder referirse a una mutiplicidad de factores; por lo que la respuesta puede desviarse hacia aspectos no pretendidos por quien interroga, incluso pudiendo afectar la atención de los miembros del tribunal.

7. Preguntas coactivas

Estas preguntas resultan objetables por cuanto impiden que el declarante conteste exento de presiones ilegítimas, afectando su libertad y comprensión para declarar.

La coacción puede adquirir diversas formas, pudiendo estar referida al tono de la pregunta, a la gesticulación del interrogador, a la cercanía física del mismo respecto del declarante, o bien a la velocidad con la que se realizan las preguntas. En este último caso nos referimos específicamente a secuencias de preguntas que dado su ritmo impiden al declarante contestarlas.

d) Reglas procedimentales para el planteamiento de objeciones

1. En cuanto a la oportunidad procesal para plantear una objeción frente a las preguntas de la contraparte en un examen o contraexamen de testigos o peritos, deben ser expresadas verbalmente tan pronto se termine de formular la pregunta, y obviamente antes que conteste el testigo.

Es evidente que el abogado contraparte debe estar atento a impedir que se contesten preguntas que atentan contra los objetivos del juego justo, mas no especular esperando la posible respuesta que de ser desfavorable sugeriría una objeción, pues tras esa lógica se esconde en el fondo un intento por evitar lo perjudicial de una afirmación o respuesta de un testigo. Por tanto, si el testigo ya contestó, la pregunta no puede ser materia de objeción.

Agreguemos a lo dicho que la objeción extemporánea además no generaría efecto alguno respecto de la cautela de la información proporcionada al juzgador, pues el tribunal ya escuchó e incorporó, para su valoración posterior, la información referida por el declarante al contestar la pregunta objetada tardíamente.

La duda se presenta cuando el testigo comienza su respuesta sin haberse referido aún a la pregunta propiamente tal. En estos casos debiera darse mayor latitud por parte del juez para que puedan formularse objeciones, pues lo que se está objetando sigue siendo la pregunta y no la respuesta. Ello es válido, salvo que el preámbulo de la respuesta sea de tal modo vinculado a la respuesta principal que ya ha generado información para el abogado contraparte que luego objeta.

2. En cuanto a la técnica que debe ser utilizada para plantear las objeciones, éstas se pueden formular de diversas maneras, y dependerá en buena medida del grado de flexibilidad que los jueces orales estén dispuestos a conceder.

Las objeciones a las preguntas pueden seguir un formato tan informal como el siguiente:

Defensor: "Objeción".

Fiscal: "Retiro la pregunta".

Esta secuencia da cuenta de un grado de control recíproco y autocontrol del fiscal sin intervención del juez. Una secuencia algo más formal podría ser la siguiente:

Fiscal: "Objeción Su Señoría".

Juez Presidente: "Justifique su objeción Sr. Fiscal".

Fiscal: "El defensor está siendo sugestivo".

Juez Presidente: "Traslado".

Defensor: "En el contraexamen se permiten las preguntas sugestivas".

Juez: "Se rechaza la objeción. Continúe Sr. Defensor".

Otra secuencia que puede resultar algo más flexible que la anterior sería la siguiente:

Fiscal: "Objeción, sugestivo".

Juez: "Traslado al defensor".

Defensor: "Estoy contraexaminando".

Juez: "Se rechaza la objeción".

e) Recomendaciones estratégicas

Las objeciones representan un dispositivo entregado a las partes para controlarse recíprocamente, y una herramienta para que el tribunal pueda dar curso correctamente al debate. Las objeciones son de resorte de las partes y no del tribunal, y por tanto sólo deben operar a petición de parte, y jamás de oficio por el juez²¹².

²¹² Se ha discutido el sentido del art. 330 C.P.P. cuando señala que "en ningún caso" se admitirán preguntas engañosas, destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, o que fueren formuladas en términos poco claros. Algunos han interpretado el "ningún caso" confirmando facultades de oficio al tribunal para que interceda cuando se incurra en algunas de las causales mencionadas; otros, en tanto, son de la idea de mantener el régimen adversarial del método de objeciones, dejando la carga de su formulación a las partes.

Esta última consideración descansa en el hecho que las objeciones representan no sólo el mecanismo de arbitraje del juego limpio, sino también una herramienta estratégica para defender la teoría del caso propia y atacar la del contrario, así como una oportunidad de defensa de los propios testigos.

En relación a la teoría del caso, podemos señalar que cada parte es dueña y estrategia de su propia teoría del caso y, por tanto, dueña de la decisión de objetar o no una determinada pregunta. Esta decisión corresponde en último término a una decisión estratégica que mira el interés de cada parte litigante. Por ejemplo, un abogado permitirá que su contraparte realice una pregunta, que en teoría resultaría objetable, pero que le resulta conveniente que el testigo responda pues fortalece su teoría del caso.

Esta forma de aproximarse a las objeciones, su procedencia y titularidad permite graficar de mejor forma la inconveniencia que el tribunal objete de oficio, pues lejos de fortalecer la lógica adversarial, estaría desdibujando su naturaleza imparcial y afectando potencialmente la estrategia de la parte que no promovió la objeción.

No obstante lo señalado, debe recordarse que el tribunal posee de conformidad al art. 292 C.P.P. atribuciones para conducir el debate, y tales facultades le permiten evitar que las alegaciones de las partes se desvíen hacia puntos impertinentes o inadmisibles. Estas reglas sí deben entenderse en un contexto de oficialidad, y permitirían que un testigo especulativo que hace perder tiempo al tribunal con elucubraciones sobre un episodio ajeno a los hechos de la causa, sea detenido incluso por el propio juez y aun en ausencia de reacción de las partes.

f) Síntesis

Las reglas de las objeciones permiten poner de relieve la importancia que posee el control del tipo y forma de información que ingresa al juicio como válida para la producción de la sentencia. Dada la celeridad, concentración y adversariedad propia del juicio, resulta fundamental precaver que el material que se validará para generar una decisión del tribunal provenga de actos que se consideren aptos para producir fe. Las objeciones representan una oportunidad para fortalecer el juego justo y, sobre todo, para diseñar estrategias que faciliten a las partes defender sus posiciones y teorías del caso, y a los testigos que han presentado al juicio.

Por último, considerar que la excesiva incidentalización del juicio termina agotando a los sujetos que en él intervienen, razón por la cual deben admitirse la mayor cantidad de flexibilidades posibles para la resolución de objeciones, incluido el autocontrol de las partes, y las resoluciones de plano cuando el incidente promovido por uno de los litigantes resulta obvio y plenamente justificado.

33. CONTRAEXAMEN DE TESTIGOS Y PERITOS

a) Concepto de contrainterrogatorio

El art. 330 C.P.P regula, a propósito de los métodos de interrogación en el juicio oral, lo que denomina como contrainterrogatorio para referirse a que las partes pueden confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

Confrontar, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, significa “cargar una persona con otra”, “cotejar una cosa con otra”. Esto es, en el contexto del art. 330, enfrentar al testigo o perito con sus propios dichos u otras versiones de los hechos, ponerlo en presencia de otras lecturas, visiones, versiones, miradas, acerca de lo que realmente aconteció, aquello que a través del juicio se ha ido representando como la(s) historia(s) de los hechos ocurridos, de manera tal que producto de esa confrontación se examine la veracidad de esas declaraciones.

Aquí está presente el principio de contradictoriedad, que en palabras de Cafferata Nores, “tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no sólo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de producir pruebas de cargo y de descargo respectivamente: la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que

reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario”²¹³.

Como señala Andrés Baytelman, para que la información que se introduce en el juicio sea mínimamente confiable “debemos ponerla a prueba, debemos procurar que alguien haga todo lo posible por falsearla, por demostrar que no es exacta o que hay aspectos de ella que pueden ser interpretados de otra manera (...). Si ella supera este test con éxito, entonces se tratará de información de alta calidad (...). Esta es la idea-fuerza que subyace a lo que el sistema acusatorio llama principio de contradictoriedad”²¹⁴.

En este sentido, el principio del contradictorio es un test de veracidad de la prueba rendida en el juicio²¹⁵.

Pero también dicha confrontación se debe dar con otras versiones de los hechos que hayan sido presentadas en el juicio, con lo que se quiere indicar desde el comienzo que este contrainterrogatorio no tiene como limitación los dichos del testigo o perito, de manera tal que no se deben circunscribir las preguntas a esas solas circunstancias fácticas.

El art. 330 deja abierta la posibilidad de contraexaminar al testigo o perito en función de lo que ya ha ocurrido en el juicio, de lo que otros testigos o peritos han expresado, de lo que se extrae de otras pruebas presentadas en el juicio, de manera tal que la confrontación que se busca con las preguntas, según tendremos posibilidad de exponer, intente desmalezar el camino hacia el razonamiento judicial que se produce en ese escuchar atento de los jueces al contrainterrogar del litigante y al decir del testigo.

De lo que se trata, entonces, cuando hablamos del contrainterrogatorio, es del examen que fiscal o defensor efectúan al testigo o perito que presenta la contraparte, una vez que han sido interrogadas por quien los ha llevado al juicio. De allí es que precisamente se hable de contrainterrogatorio o contraexamen²¹⁶.

²¹³ CAFFERATA NORES, José I.: *Derecho Procesal Penal, Consensos y Nuevas Ideas*. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998, p. 57.

²¹⁴ VV.AA.: “El juicio oral”, en *Nuevo Proceso Penal*. Editorial ConoSur, Santiago, 2000, p. 247.

²¹⁵ Se recomienda revisar MAUET, *Trial...*, pp. 247-306, en especial las explicaciones sobre lo que en la práctica estadounidense se denomina “*impeachment*”, pp. 273-298.

²¹⁶ Cfr. MAUET, *Trial...*, op. cit., pp. 524-526, sobre la adecuada preparación del contraexamen, y en particular la plantilla práctica en la que sugiere al litigante contrastar la información principal que el testigo proporcionará en el examen directo con las respuestas buscadas a partir del contraexamen, p. 526.

b) Objetivos del contrainterrogatorio

Puede señalarse que los objetivos de toda contraexaminación están referidos fundamentalmente a los siguientes aspectos: 1) poner de manifiesto la falta de credibilidad personal del testigo, lo cual puede estar asociado a sus antecedentes personales (antecedentes penales anteriores), a su capacidad de percepción (problemas auditivos o visuales), relaciones con una de las partes (amistad, parentesco, vínculos profesionales, económicos, etc.); 2) falta de credibilidad del testimonio –el contraexamen se dirigirá a poner de manifiesto las inconsistencias, incongruencias, contradicciones u omisiones de las declaraciones prestadas por el testigo–; 3) inconsistencias del testigo con otras versiones presentadas en el juicio; 4) inconsistencia del testigo con las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados; 5) no debe descartarse como objetivo del examen el utilizar la declaración del testigo para acreditar proposiciones fácticas propias; 6) utilizar el contraexamen para incorporar evidencia material propia.

1. *Atacar la credibilidad personal del testigo*, v. gr., haciendo ver sus prejuicios, sus intereses económicos, sus condenas anteriores, etc.

Hemos afirmado que el contrainterrogatorio es uno más de los instrumentos de que goza el litigante para llevar adelante su caso, en el que se debe elegir con sumo cuidado cuál es el objetivo que se persigue. Uno de esos objetivos, que aquí denominamos metas del contrainterrogatorio, es buscar aquellas “debilidades personales” del testigo o perito. Para ello es imprescindible saber con precisión no solamente la identidad de cada uno de los testigos y peritos de la contraparte, sino que es fundamental averiguar los posibles lazos que unen a esa persona con los hechos y con los demás intervinientes, utilizar la memoria histórica para registrar la posible participación de ese testigo o perito en otros juicios, vinculaciones familiares, de amistad, de negocios con los intervinientes, etc.

Es bueno recordar que las inhabilidades del antiguo sistema –fijadas en el art. 460 del C. de P.P.– ya no existen en el nuevo sistema, dado que el modelo de la reforma procesal penal abandona el sistema de prueba legal o tasada y asume un sistema de libre valoración de la prueba, o de “libre convicción por sana crítica racional”, como lo llama Maier²¹⁷. El

²¹⁷ MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal*. I - Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, pp. 662, 870 y ss.

art. 295 C.P.P. señala 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”. A su turno, en materia de valoración de la prueba, se asume en el art. 297 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”. Y como explica Maier, “la libre convicción exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica”²¹⁸. El art. 309 declara expresamente que en “el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles”. Sin perjuicio de lo cual la misma disposición permite a los intervinientes “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”.

En otras palabras, la meta del contrainterrogatorio aparece claramente recogida en términos normativos en nuestro C.P.P., por lo que deberemos tenerla presente, normalmente, al inicio de nuestro contraexamen.

2. *Atacar la credibilidad de una o más partes del testimonio del testigo:* por ser inverosímil, contradictoria, poco consistente. Pero no solamente podemos atacar la credibilidad personal del testigo, sino que el objetivo puede ser atacar la credibilidad de la historia que cuenta el testigo. De esta manera, las preguntas estarán dirigidas a mostrarle a los jueces que lo que el testigo o perito ha declarado no se corresponde con los hechos que se han ido reconstruyendo, en consideración del conjunto de pruebas ya aportadas, del sentido común, de la experiencia o por opiniones científicas más contundentes.

Lo relevante en este sentido será definir con precisión cuál es el punto de la declaración del testigo o perito que abordaremos en el contrainterrogatorio y qué elementos utilizaremos para esa labor²¹⁹.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 871.

²¹⁹ Serán útiles para estos efectos, por ejemplo, el relato prestado por el testigo en juicio, sus declaraciones anteriores, las declaraciones prestadas en juicio por otros declarantes, entre otras.

3. *Atacar la credibilidad del testimonio de otro testigo de la parte contraria*: explorar la ventana que abrió el testigo en el examen directo al contradecir el testimonio de otro testigo de la parte contraria. Aquí el objetivo será también el fortalecimiento de este testigo, en tanto su testimonio refuerza aspectos que contradicen lo declarado por otro testigo de la parte contraria, eventualmente más dañino para nuestra parte.

Claro que se requiere medir previamente el daño eventual que la declaración del testigo nos podría ocasionar de no conseguir lo esperado. En esta dirección, si encontramos algún aspecto de su declaración que entra en colisión con lo sostenido por otro testigo de la parte contraria, debemos medir cuál de las declaraciones es más favorable a nuestra versión de los hechos, de manera de apoyarnos en ella y reducir al máximo el impacto negativo de esas declaraciones.

4. Dejar en evidencia las *inconsistencias del testigo* con las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados. No debe olvidarse que el tribunal oral posee como límite a su fundamentación sobre la prueba las reglas de la sana crítica.

5. *Obtener un testimonio que apoye nuestras proposiciones fácticas*: reafirmar aquella parte de la versión del testigo que confirma nuestra historia. Puede suceder que el objetivo que nos propongamos con el contrainterrogatorio consista en fortalecer aspectos de la declaración del testigo que coinciden con nuestra propia teoría del caso, logrando que sus afirmaciones de hecho sustenten nuestra visión de aquello que realmente sucedió en el caso concreto. En este sentido, no nos interesará desacreditar al testigo, no podremos dirigirle preguntas que muestren inconsistencias, debilidades, incoherencias; muy por el contrario, tomaremos aquellos aspectos que nos interesan y los reforzaremos, matizadamente.

6. Obtener el testimonio del testigo para *introducir* una prueba documental o determinados objetos u otros medios electrónicos aptos para producir fe: una carta, un registro comercial, una grabación, etc.

c) Contexto y posibilidades

Debemos tener presente, como primera consideración, que en la generalidad de los casos el contraexamen no representa ese momento único y esencial del juicio oral donde se “descubre la verdad” o “se revela

la falsedad”. A pesar de su enorme utilidad, es tan complejo lograr un buen contraexamen que en vez de desarrollar destrezas se habla del “arte del contraexamen”, y que incluye la correcta combinación estratégica entre la manera y la materia sobre la cual se debe preguntar a un testigo o experto presentado por la otra parte²²⁰.

Como bien expresa el profesor Bergman, las preguntas en el contraexamen “parecen recordar el caso del boxeador que posee simultáneamente una fuerza tremenda en el puño y un mentón muy delicado: si formula una pregunta alcanza el triunfo, y en cambio otra acarreará inevitablemente una derrota”²²¹. No obstante, esa imagen tan intensa del contrainterrogatorio debe ser relativizada. Las expresiones de sorpresa y admiración del público ante una pregunta exitosa que inclina completamente el caso a favor de una de las partes, no son más que imágenes de las películas del género a las que nos hemos ido aficionando, pero que no representan lo que de manera más probable obtendrá el abogado litigante al contraexaminar en un juicio oral. Debemos prescindir, para los efectos de analizar el contrainterrogatorio, de la figura del abogado incisivo que sólo gracias a su ingenio, suspicacia y audaz desenvolvimiento en el juicio oral, logra obtener una confesión espontánea del testigo de la otra parte, que revela la falsedad de su testimonio, logrando con ello desmoronar completamente la historia que nos presentaba la contraparte. Resulta del todo conveniente quitarle esa aura mágica y llevarla a la común realidad, que nos muestra el contraexamen con un tono menos dramático, bastante más en la línea de una herramienta de la litigación oral, que sólo a través de una adecuada, rigurosa, coherente y fina imbricación con las restantes – alegato de apertura, examen directo de testigos y peritos, introducción de pruebas materiales y alegato de clausura–, logrará el resultado exitoso buscado.

Tampoco se debe negar la utilidad del contrainterrogatorio. Normalmente nos entregará matices, relativizará la influencia de los dichos del contraexaminado, aportará indicios que sirvan para la reconstrucción del relato que queremos que los jueces escuchen.

²²⁰ Sobre las dificultades estratégicas del contraexamen, véase un clásico en la materia, WELLMAN, Francis L.: *The Art of Cross-Examination*. Touchstone, Nueva York, 1997 (1ª edición de 1903, Simon & Schuster Inc.).

²²¹ BERGMAN, Paul: *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 129.

Asumido el contraexamen con realismo, la regla general será la del matiz, la del granito de arena, la del pequeño aporte que unido a toda la estrategia del caso nos llevará al éxito. La excepción será el descubrimiento de que en realidad el testigo no vio lo que dijo que vio —el típico caso del testigo que dice haber visto al asesino en el momento en que disparaba y daba muerte a la víctima y que contrainterrogado declara que era una noche de lluvia y que estaba a cien metros del lugar donde ocurrieron los hechos—, o que se quiebra frente a las preguntas del contraexamen y declara exactamente según nuestra teoría del caso.

d) Estructura del contrainterrogatorio

1. *Comenzar logrando respuestas afirmativas del testigo.* El modo en que uno comienza el contrainterrogatorio puede influir seriamente en la manera en que el testigo reaccione a las preguntas del contraexamen. Resulta útil abordar al testigo de un modo no confrontacional, a objeto de evitar que el testigo se sitúe de un modo defensivo.

Defensor: “¿Ud. tiene noventa años?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “¿Ud. usa lentes?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “¿Ud. tiene miopía?”

Testigo: “Sí”.

Otra recomendación de inicio, complementaria de lo anterior, consiste en comprometer al declarante con el punto o tema a tratar en el contraexamen. Para ello se le indicará al testigo, antes de formular las preguntas, sobre qué parte(s) de su interrogatorio directo queremos volver a tratar, o como preámbulo a la pregunta, utilizaremos las mismas expresiones formuladas por el testigo en su declaración directa.

2. *Seleccionar un buen punto para comenzar:* mientras más fácil y claramente se comience, mayor probabilidad habrá de obtener lo que se busca. Claramente, la primera pregunta del contraexamen es escuchada con atención por los jueces, más todavía si se trata de una pregunta que aborda directamente algún punto relevante de la declaración del testigo.

3. En cuanto a la estructura misma de las preguntas, en algunos casos será conveniente atenerse a un *formato cronológico*: en la medida en que no se repita el examen directo, se puede avanzar en el orden temporal

en que sucedieron los hechos, tocando los puntos específicos de interés. Esto resulta recomendable cuando la secuencia cronológica de los hechos resulta consistente con nuestra teoría del caso e inconsistente con la del contrario. De esta forma, utilizar la cronología refuerza la lógica de nuestra versión.

Pero también puede optarse por una metodología *temática*. En ese caso se debe tener cuidado con no exagerar la técnica “brincar, saltar y esquivar”: se puede optar por comenzar al azar, sin seguir un orden cronológico, con la esperanza de desorganizar los procesos de pensamiento del testigo cuya memoria puede flaquear. Lo que se busca con esta táctica es debilitar el testimonio, ponerlo a prueba, hacerlo trastabillar; aunque no necesariamente ha de resultar, sea porque el testigo es lo suficientemente hábil como para “brincar, saltar y esquivar”, o porque los jueces pueden verse confundidos.

4. Dejar para el final una buena *respuesta ganadora*, que sea útil para la teoría del caso de la parte que contrainterroga²²².

e) Reglas básicas del contrainterrogatorio

1. *Al contraexaminar se debe evitar repetir las mismas preguntas formuladas en el examen directo.*

2. También está prohibido *preguntar sin un foco estratégico específico*, esto es, temáticas irrelevantes o que pudieran afectar el control sobre el testigo, permitiendo que se expone sobre aspectos que pudieran alterar nuestra teoría del caso. Esta recomendación incluye no hacer preguntas que podrían ser consideradas “de más”.

No es el momento para abusar de las destrezas ni de correr riesgos sobre lo ya alcanzado en el juicio. Un ejemplo propuesto por Bergman puede aclarar el punto: el fiscal ha logrado que el testigo haya declarado en el examen directo que observó cuando el acusado le mordió la nariz de la víctima, arrancándole parte de ésta; y en el contraexamen sucede el siguiente diálogo:

Defensor: “¿Dónde fue la riña?”.

Testigo: “En medio del campo”.

²²² Respecto de la secuencia del contraexamen, WELLMAN, op. cit., pp. 131-147, en especial lo aplicable en caso de testigos que intentan engañar al jurado, en nuestro caso, al tribunal oral en lo penal. Siguiendo las sugerencias de MAUET, op. cit., pp. 251-252, los puntos centrales del contraexamen deben dejarse para el comienzo y el final.

Defensor: "¿Dónde estaba Ud.?"

Testigo: "En el límite del campo, a unos cuarenta metros de distancia".

Defensor: "¿Qué estaba haciendo allí?"

Testigo: "Miraba los árboles".

Defensor: "¿Estaba dándole la espalda a los que reñían?"

Testigo: "Sí".

Defensor: "El primer indicio que Ud. tuvo de la riña fue que oyó el grito de la supuesta víctima, ¿no es verdad?"

Testigo: "Así es".

Defensor: "Ud. no se volvió sino después que la supuesta víctima gritó, ¿no es verdad?"

Testigo: "Así es".

Defensor: "Entonces, ¿cómo puede decir que mi cliente arrancó de un mordisco la nariz de la persona?"

Testigo: "Porque vi cuando la escupía"²²³.

Desde luego, la última es la pregunta de más, aquella que le permite al testigo recuperar el aliento y demostrarle a quien lo lleva al juicio que sigue siendo un aporte para él y no para el contraexaminador. Si dejamos el contrainterrogatorio hasta la pregunta acerca del momento en que se volvió para mirar a quienes reñían, habremos relativizado la declaración del testigo, de modo tal que en nuestro alegato de clausura podremos decir que la fiscalía no presentó ningún testigo que pudiera declarar que vio al acusado causarle la lesión a la víctima.

3. *No solicitar explicaciones* pues se pierde el control del testigo, pudiendo éste justificar los hechos desde su perspectiva.

Jamás se deben solicitar explicaciones al testigo de la contraparte, menos preguntar por qué. Al preguntar por qué, lo que le estamos pidiendo al testigo es que explique, que desarrolle una idea de manera más amplia, que precise algo declarado en términos confusos, poco claros o respecto de los cuales, simplemente, no había tenido oportunidad de hablar. Es decir, le estamos ofreciendo una oportunidad para fortalecer su declaración; claramente el objetivo opuesto a lo que se debe hacer en el contraexamen.

4. *Jamás se deben formular preguntas cuya respuesta se desconoce.* En este sentido, la pregunta del por qué puede no resultar una pregunta de más, si acaso nosotros sabemos la respuesta que dará el testigo o que *no* puede dar el testigo. Por ejemplo, supongamos que "la historia de la

²²³ BERGMAN, op. cit., pp. 130-131.

nariz” sucede en un departamento y la testigo es una anciana de noventa años, quien vive en el edificio de enfrente y se encontraba sentada junto a la ventana.

Defensor: “Sra. ..., ¿Ud. tiene miopía?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “Sra. ..., ¿Ud. usa lentes?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “Si Ud. no tiene los lentes puestos, ¿puede ver a más de cinco metros de distancia?”

Testigo: “No”.

Defensor: “¿A qué distancia se encuentra su ventana de la ventana del edificio donde ocurrieron los hechos?”

Testigo: “Entre 15 y 20 metros”.

Defensor: “¿Puede recordar cómo estaba vestida la víctima?”

Testigo: “No”.

Defensor: “¿Usa Ud. lentes?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “¿Los tenía puestos ese día?”

Testigo: “No”.

En este caso, el contrainterrogatorio se va dirigiendo con una serie de preguntas cuya respuesta se conoce por el contraexaminador, permitiéndose preguntar por qué, dado que se conoce la respuesta. Pero si no sabe la respuesta, no incurra en la tentación de indagar.

5. Durante el contraexamen resulta fundamental *utilizar preguntas sugestivas y cerradas*.

Por pregunta sugestiva se entiende la afirmación de un hecho formulado en términos interrogativos. Es la clave del contraexamen orientado hacia un blanco; permite limitar y controlar la respuesta del testigo al tema específico de la pregunta. Por ejemplo:

Defensor: “¿Ud. estaba al interior de su casa?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “¿Sentado en el sofá del living de su casa?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “¿Y ese sofá le da la espalda a la ventana?”

Testigo: “Sí”.

Defensor: “No hay más preguntas”²²⁴.

²²⁴ El ejemplo propuesto esboza la técnica más refinada para formular preguntas sugestivas o inductivas: recurrir a la inflexión y tono de la voz, y no a frases o palabras sacramentales. Sin perjuicio de ello, en una primera etapa podremos recurrir a fórmulas más seguras como ocurre

Se puede ver cómo en este caso lo único que se persigue es lograr centrar la atención del tribunal en torno a la capacidad del testigo para declarar sobre algo que ocurrió detrás de donde él se encontraba y que, por lo mismo, no está en condiciones de señalar con exactitud. Para ello se utilizan solamente preguntas en las que el margen de control que tiene el abogado contraexaminador es altísimo, ya que para cada pregunta existe una sola respuesta, que se encuentra incorporada en la pregunta. Dicho con otras palabras, se efectúa una afirmación implícita en la pregunta, que al testigo sólo le quedará ratificar. Desde luego, ello supone que el contraexaminador sepa a ciencia cierta cuál será la respuesta del testigo. Y sin que se pretenda que el testigo llegue a la conclusión que busca el abogado litigante, ya que esa conclusión deberá dejarla para toda la construcción que presentará al finalizar el juicio, durante el alegato de clausura (ese es el momento para expresar las conclusiones que, a su juicio, se desprenden de las declaraciones obtenidas en las preguntas del contraexamen).

Desde un punto de vista formal, el litigante debe preocuparse de hablar lento y claro, con un tono firme de voz, denotando seguridad en lo que formula. Las preguntas deben ser breves y estar dirigidas hacia un punto en particular.

En síntesis, la recomendación es utilizar en nuestro interrogatorio exclusivamente preguntas sugestivas y cerradas, abordando con cada pregunta un solo hecho, y avanzando desde lo general a lo específico. Debemos desagregar el tema a tratar en cuantas preguntas sugestivas y cerradas sean necesarias para abordarlo de manera íntegra, preocupándonos de no utilizar fórmulas compuestas.

La regla de utilizar sólo *preguntas sugestivas y cerradas* no debiera dejarse de lado nunca. Eventualmente podría sostenerse que es posible hacerlo cuando se trata de una pregunta cuya respuesta se conoce con claridad con anticipación y respecto de la cual se cuenta con un elemento fuerte de control, por ejemplo, una declaración previa ante la fiscalía o el juez de garantía. Aun en ese evento el problema es que la pregunta abierta le abre la posibilidad al interrogado de explayarse sobre otras temáticas distintas a aquella que queríamos abordar con la pregunta.

Continuación nota ²²⁴

cuando se termina una afirmación (pregunta) con las frases “¿no es cierto?”, “¿no es así?” u otras que denoten el carácter afirmativo de la interrogación. Con el tiempo se sugiere abandonar tales muletillas para recurrir sólo a la inflexión y tono de la voz al formular la pregunta.

Desde el punto de vista de la seguridad de las preguntas, también es posible distinguir varios niveles. Cuanto mayor sea la probabilidad de refutar una respuesta desfavorable, más segura será la pregunta. A su vez, mientras mayor sea el control que tengamos sobre la respuesta que dará el testigo a nuestro contraexamen, mayor será la probabilidad de éxito. El modelo que se presenta a continuación, basado en Bergman²²⁵, tiene por objeto identificar nuestra capacidad para refutar:

a) Preguntas muy seguras: refutación utilizando la declaración previa del testigo (art. 332 C.P.P.: 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). En este caso se deben tomar los debidos resguardos para no caer en las explicaciones del testigo que finalmente conviertan un contrainterrogatorio exitoso en una oportunidad para que justifique frente a los jueces una eventual contradicción.

También es muy segura la refutación mediante un testigo más verosímil (art. 330, inc. 2º, del C.P.P.: confrontar al testigo con otras versiones de los hechos presentadas en el juicio).

b) Preguntas de seguridad media: 1) la refutación con nuestra propia historia, y 2) la refutación afirmando la inverosimilitud.

c) Preguntas mínimamente seguras: todas aquellas en las que el contrainterrogador “sale a pescar” desconociendo las respuestas.

6. El contraexamen *no es el momento para formular conclusiones*, pues ello debe ser efectuado en el discurso de clausura.

Tales reglas básicas son ampliamente compartidas por todos los tratadistas que se han referido a la materia. Nosotros creemos que esas reglas son efectivas y podrán contribuir a hacer de todo abogado que las siga un contrainterrogador exitoso, en la medida en que utilice la regla primera del abogado litigante: interpretar las reglas con sentido común y mucho criterio jurídico, de manera que ellas no se transformen en un obstáculo a una litigación de calidad, sino que posibiliten caminar de manera segura a un ejercicio del rol del abogado litigante en el nuevo proceso penal, oral, público y contradictorio.

²²⁵ BERGMAN, op. cit., pp. 146 y ss.

*f) Técnicas y destrezas específicas
para abordar el contrainterrogatorio*

1. El testimonio orientado hacia un *blanco concreto o temático*: el contrainterrogatorio se dirige hacia temas concretos, específicos, fragmentos de prueba que nos puedan ser útiles. Siempre debemos tener presente que los jueces ya han escuchado al testigo declarar sobre todos los puntos que le sugirió el litigante que lo lleva al juicio, de manera que no quieren perder tiempo con un mal contraexamen, más bien esperan una actitud inteligente del abogado que pregunta, de modo tal que queden prontamente establecidas las flaquezas del testigo, sus inconsistencias, sus debilidades. El arte del litigio se mide en lo fino que puede ser el abogado para obtener respuestas oportunas en el contrainterrogatorio, y que apunten a los objetivos prefijados²²⁶⁻²²⁷.

2. Técnica *tocar y correr*: ir sobre el o los puntos específicos que nos pueden favorecer de la declaración del testigo o perito y luego salir para abordar otro tema concreto. Ello permitirá a lo menos disminuir el impacto positivo del testimonio del declarante para la teoría del caso contrario, al percibir el juzgador que su testimonio al menos en parte favorece también nuestra teoría del caso²²⁸.

A veces bastará con una duda manifestada por el testigo frente a una pregunta fuerte, un matiz de diferencia que se obtuvo gracias a que logramos desenmascarar o relucir un punto débil del testimonio del testigo, que revela la poca consistencia del mismo. Luego iremos a otro punto, manejaremos las preguntas más seguras, obtendremos la respuesta buscada y seguiremos a otro punto, o simplemente diremos “no hay más preguntas”. Se debe evitar a toda costa que el testigo intente explicar sus dichos²²⁹.

²²⁶ NAPLEY, op. cit., pp. 122-132.

²²⁷ Recomendamos preocuparse por identificar cada uno de los temas a tratar, siempre teniendo a la vista para su elección y priorización nuestra teoría del caso. Hacer una enumeración temática por cada declarante que contrainterrogaremos. Abordarlos uno a uno, haciendo las transiciones pertinentes entre un tema y otro. Tratar cada tema interrogando desde lo general a lo particular. No utilizar nunca en nuestras preguntas términos relativos o genéricos, tales como, rápido, fuerte, grande, pequeño, alto, etc. Tratar los temas más relevantes al inicio y al final de su contraexamen, etc.

²²⁸ BERGMAN, op. cit., p. 171.

²²⁹ MAUET, *Trial...*, p. 253.

3. El contrainterrogatorio, en lugar de significar una oportunidad, implica muchas veces un peligro, que mal manejado puede llevar a resultados desastrosos. Si el testigo no ha sido perjudicial para nuestra teoría del caso, si sus declaraciones no tienen carácter fáctico, si sólo profundiza en aspectos que no hemos controvertido, mejor será disminuir la importancia de ese testigo y decir: “no hay más preguntas”.

4. *Jamás improvisar*: junto con haber seleccionado los puntos que serán abordados con el testigo de la parte contraria, es conveniente anticipar sus respuestas, lo cual exige preparación²³⁰.

5. *No perder la calma*²³¹. Si el testigo da una respuesta inesperada, una alternativa es ir a otro tema rápidamente, minimizando el daño provocado.

g) Formas de control del declarante

Normalmente, cuando realizamos nuestros contraexámenes nos enfrentamos a un declarante que podríamos denominar hostil a nuestras pretensiones. El testigo es una persona cuyo mayor interés es mantener y corroborar la versión de hechos que presentó al tribunal en su examen directo, y por lo mismo no estará por regla general en disposición de abordar las temáticas del contraexamen de una manera colaborativa. Por lo anterior, todo litigante debe utilizar diversas herramientas para controlar al declarante a fin de evitar que éste desvíe su declaración a temáticas distintas de aquellas que de conformidad a nuestra teoría del caso deseamos abordar, o que evada dar respuesta a nuestras interrogaciones.

Estos mecanismos de control son variadísimos. Aquí sólo nos referiremos a algunos de ellos a modo ejemplar. Evidentemente, y de acuerdo a lo que ya hemos señalado, el primer instrumento para controlar al declarante está constituido por el tipo de preguntas que debemos utilizar, esto es, preguntas sugestivas y cerradas acerca de un punto concreto, las cuales nos permiten tratar cada tema de manera precisa sin permitir que el declarante se aparte de ella o reitere la información que proporcionó en el examen directo.

²³⁰ MAUET, *Trial...*, pp. 247 y ss. (a propósito de la conveniencia estratégica de contrainterrogar y las tareas de preparación del litigante).

²³¹ WELLMAN, op. cit., pp. 27-38, sobre la utilidad de no perder la compostura frente a un testigo antagónico que intenta dañar la teoría del caso del contraexaminador; ratificado en MAUET, op. cit., p. 253.

Un segundo mecanismo de control es mantener siempre un contacto visual directo con el declarante. Recomendamos asumir una postura física y de voz distinta a la del examen directo. Para ello será de utilidad desarrollar el contraexamen de pie (si el sistema de registro lo permite).

En tercer lugar, podemos recurrir a la técnica de interrogar al declarante formulando nuestras preguntas, a partir de algún antecedente proporcionado por él en la respuesta precedente. Lo anterior nos facilita fijar la atención del declarante y el tribunal en una temática específica, y, además, *como parte de la información será repetida al formular la siguiente interrogación*, será más fácil que dicha información se grabe en la mente del juzgador. Obviamente no debe abusarse de esta herramienta, que puede cansar al tribunal, pero que usada con prudencia, particularmente para abordar los temas más relevantes del contraexamen, puede ser de gran utilidad.

En cuarto lugar, podemos recurrir a la herramienta de repetir la pregunta, señalándole previamente al testigo que lo que contestó no es lo que se le preguntó, o que se le formulará de nuevo la interrogación por si no entendió la pregunta. Una variante de esta técnica consiste en repetir la pregunta en un tono más audible y lento.

Una quinta técnica consiste en referirse al declarante por su nombre antes de formular nuevamente la misma pregunta que antes evadió.

Una sexta recomendación es la de interrumpir al declarante, lo cual puede variar de intensidad desde una seña con nuestras manos a una intervención verbal.

Finalmente, algunos autores señalan que se puede manifestar claramente nuestra disconformidad con la forma en que el testigo contesta, por ejemplo, volviéndonos a sentar y manifestándole al testigo si tiene algo más que decir; en nuestro alegato de clausura reiteraremos al tribunal que el testigo no fue capaz de hacerse cargo de nuestras preguntas²³².

²³² Algunos sostienen que, pese a que estemos en un sistema adversarial en el que deben ser las partes las que deben buscar la forma más adecuada de ejercer su facultades procesales, sería un caso en que se podría recurrir al juez presidente de la sala a fin de que intervenga, señalándole al declarante que debe dar respuesta clara y no evasiva a las interrogaciones del interviniente. El fundamento legal se encuentra en el art. 292 C.P.P.

34. PRUEBA MATERIAL, DOCUMENTAL Y OTROS MEDIOS DE PRUEBA

a) Antecedentes

Cuando hablamos de prueba material y documental nos estamos refiriendo a ciertos objetos o documentos a ser exhibidos en el juicio oral y que son capaces, por sí mismos, de acreditar ciertos hechos. Esto significa que durante la investigación esos elementos han sido recogidos por el Ministerio Público, la parte acusadora o la defensa, los que, llegado el momento del juicio oral, deben incorporar para su correcta valoración por el tribunal.

Resulta pertinente recordar los diversos momentos o etapas procesales que tienen lugar a propósito de la prueba. Así, la prueba admite la siguiente clasificación para efectos procesales:

1. Recopilación de la evidencia

Esta es la etapa que ocurre durante la fase de investigación y que, para el Ministerio Público, se encuentra regulada en los arts. 181 y ss. C.P.P.

Si bien el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal deposita en el Ministerio Público la facultad exclusiva de dirigir la investigación, ello no obsta la labor de recopilación de evidencia que pueden realizar tanto la defensa como el querellante particular. No hay duda que la defensa tiene todo el derecho, a la luz de los principios constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile, de realizar actividades encaminadas a investigar antecedentes. En cambio, alguna parte de la doctrina se ha mostrado menos abierta a permitir que el querellante particular pueda recopilar antecedentes. En nuestra visión, existen argumentos para apoyar un espacio de autonomía para el querellante particular, fundamentalmente a propósito de los diversos intereses que pueden ser representados por el Ministerio Público y el querellante. En el caso del Ministerio Público, éste representa los intereses de la comunidad en la persecución del delito, es el órgano del Estado que tiene a su cargo la tarea de la persecución penal, en representación de la sociedad. Tratándose del querellante particular, en cambio, lo que justifica su participación en el proceso es la existencia de una víctima que puede tener posiciones distintas a las del fiscal, lo que aparece

particularmente claro en las hipótesis de suspensión condicional y procedimiento abreviado. Por ende, nada impide que al no converger dichos intereses puedan surgir líneas de investigación paralelas, que den como resultado la recopilación de evidencia autónoma por el querellante particular. Lo sostenido tiene importancia para los efectos de la segunda etapa procesal de la prueba. Resulta en todo caso de enorme relevancia explicitar que no es estratégicamente aceptable que fiscales y querellantes lleguen al juicio oral sosteniendo teorías del caso antagónicas.

2. Ofrecimiento y admisibilidad de los medios de prueba

En esta etapa los intervinientes ofrecen su prueba al juez de garantía, quien se encarga de estudiar su admisibilidad. Es importante distinguir el momento en que se puede efectuar dicho ofrecimiento.

Tratándose del Ministerio Público, el momento para ofrecer la prueba es la acusación, esto es, el escrito presentado ante el juez de garantía dentro de diez días desde la terminación de la investigación, mediante el cual le atribuye al imputado una participación culpable en el hecho punible. Y, claro está, no podrá ofrecer sino aquella prueba que aparece claramente registrada en la investigación fiscal (art. 227 C.P.P.).

El querellante puede adherirse a la acusación fiscal, en cuyo caso no ofrecerá prueba distinta de la ofrecida por el fiscal. Pero también se encuentra facultado para acusar particularmente, en donde sí puede ofrecer una prueba nueva, que no conste en la investigación fiscal. Si bien esta materia no ha sido regulada en el C.P.P. con la rigurosidad esperada, la aplicación de los mismos principios constitucionales aplicables a la defensa debiera resultar indubitable en la práctica procesal. La limitación que tendría el acusador particular sería, solamente, que en su acusación individualice la prueba no ofrecida por el Ministerio Público y, en su caso, poner a disposición de la defensa y el Ministerio Público la evidencia ofrecida, sea que consista en prueba pericial, testimonial, documental o material, para los efectos de su control durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral.

Finalmente, la defensa puede referirse al tema y ofrecer prueba al momento de plantear sus argumentos de defensa, sea por escrito hasta la víspera de la audiencia, sea verbalmente en la misma audiencia de preparación del juicio oral.

En cuanto a la admisibilidad de la prueba ofrecida, ello ocurre durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral. Aquí se produce todo el debate relativo a la admisibilidad, licitud y pertinencia de la prueba ofrecida, en función de los diversos fundamentos legales y doctrinarios para excluir prueba. Sin perjuicio de lo anterior, y reconociendo que la regla general de admisibilidad tiene lugar en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, no es menos cierto que excepcionalmente pueden generarse debates de admisibilidad durante el Juicio Oral. Lo anterior parece particularmente claro respecto de la prueba nueva que no ha sido objeto de un debate de admisibilidad previa. En esta misma dirección puede argumentarse en relación a la denominada prueba sobre prueba. Otra hipótesis de admisibilidad que daría lugar a un debate durante el Juicio Oral dice relación con pruebas obtenidas con violación de garantías que no han sido objeto de debate previo de admisibilidad en sede de garantía. El sustento normativo para estas apreciaciones es posible ubicarlo en el art. 334, inc. 2º C.P.P. Un problema de admisibilidad específico que trata el Código lo encontramos en el art. 335²³³.

No parece suficiente la exclusión por vía de su no valoración al momento de dictar sentencia, pues parece imposible impedir que información espuria que puede haber pasado el tamiz del juez de garantía, no sea considerada, al menos indirectamente, sin señalarlo expresamente en su sentencia por los jueces al momento de resolver.

3. Producción, rendición o introducción de la prueba en el juicio oral

Por todos es sabido que la evidencia recopilada adquiere el carácter de prueba al momento en que es ingresada, producida, rendida o introducida en el juicio. El art. 296 C.P.P. así lo confirma, al indicar que la prueba que habrá de servir de base para dictar la sentencia deberá rendirse durante el juicio oral. Inclusive, tratándose de la denominada prueba anticipada, agrega a continuación el mismo artículo que ésta debe ser incorporada de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 9º del

²³³ Leonardo Moreno sostiene que el art. 334 inc. 2º constituye una regla de general aplicación, que no admite excepciones; no requiriéndose, por ende, como exigencia previa para debatir en juicio la admisibilidad probatoria que el punto no haya sido debatido ante el juez de garantía.

título relativo al juicio oral, esto es, a las reglas relativas al desarrollo del juicio oral. Dentro de dichas reglas destaca el art. 328, que señala que cada parte determina el orden en que han de ser presentadas las pruebas.

Esto es importante, pues se ha instalado alguna práctica, afortunadamente minoritaria, que consiste en pedirle al fiscal y al defensor que indiquen, una vez producidos los alegatos de apertura, el orden en que han de rendir sus pruebas. Nos parece que nada justifica esta petición por parte del tribunal, siendo cada parte la que define libremente el orden de dicha presentación según la evaluación que realice durante el desarrollo de la audiencia. Recordemos que el espíritu del sistema adversarial impide a los jueces intervenir en la producción de la prueba; sólo son llamados a encargarse de su valoración.

Respecto de la prueba anticipada, su incorporación está regulada en el art. 331 C.P.P, al cual nos referiremos más adelante.

Por otra parte, tampoco debiera haber diversidad de opiniones en cuanto a que la prueba ofrecida le pertenece a las partes y no al tribunal, quien sólo adquiere posesión de las mismas una vez que éstas han sido incorporadas al juicio por la parte que la presenta. Nada impide entonces a un litigante ofrecer un determinado medio probatorio, pasar el control de admisibilidad del juez de garantía y luego renunciar a su rendición en sede de juicio oral²³⁴. Como tendremos oportunidad de señalar, sólo una vez que la prueba ha sido rendida o producida en el juicio el tribunal puede examinarla para los efectos de su valoración.

Otra cuestión que se ha planteado en la jurisprudencia, aunque excepcionalmente, es la posibilidad de introducir prueba de manera intercalada, esto es, mezclando la producción de prueba testimonial, pericial, material, documental, etc. Tampoco creemos que deberían existir dudas a este respecto, pues la producción de la prueba no es un acto formal o ritual. La producción de la prueba es el momento en que el litigante despliega todas las armas que, en conformidad a su teoría del caso, le permitirán generar la convicción del tribunal. De allí que es indispensable otorgarle total disponibilidad y libertad a la parte para determinar el orden y la manera en que va a introducir la prueba al juicio.

²³⁴ Esto es precisamente lo que obliga muchas veces a un litigante a ofrecer como prueba propia evidencias que han sido recopiladas por otro interviniente, pues con ello se asegura el poder tenerla disponible en la audiencia de juicio oral, aun cuando la contraparte renuncie en definitiva a presentarla en el juicio.

Cabe preguntarse qué puede hacer un interviniente que con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral obtiene información acerca de la falta de veracidad, autenticidad o integridad de un medio de prueba ofrecido y admitido para ser rendido. A nuestro juicio, este es un tema que no aparece claramente resuelto en el C.P.P., aun cuando se puede buscar y encontrar una solución en base a las distinciones doctrinarias ya realizadas y a algunas de sus disposiciones.

En nuestra opinión, lo que cabe aquí es formular un incidente al momento en que se va a incorporar la prueba al juicio, en virtud de lo dispuesto por el art. 336, inc. 2º, C.P.P., esto es, “prueba sobre prueba”, lo que significa argumentar y acreditar –cuando fuere necesario– que la prueba que se está rindiendo adolece de alguna de las deficiencias anotadas. Y para ello se deberá distinguir según el medio de prueba respectivo. Volveremos sobre este punto más adelante; bástenos anticipar que ésta sería la línea de interpretación correcta.

Por último, vale recordar una característica central de la prueba en el nuevo sistema: una vez que es incorporada por la parte que la presenta, la prueba pasa a ser común, es decir, puede ser utilizada por cualquiera de los intervinientes en el juicio.

4. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba es la tarea propia del tribunal del juicio oral en lo penal. Una vez que el medio probatorio ha sido incorporado al juicio, el tribunal pasa a tener la posesión del mismo, pudiendo examinarlo con miras a otorgarle valor probatorio en la sentencia. En otras palabras, la prueba rendida en el juicio queda a disposición del tribunal, quien en la sentencia expresará si dicho medio sirvió para los efectos de probar los hechos controvertidos, expresando el razonamiento producido en los juzgadores para asignarle un determinado valor probatorio, así como también para expresar si lo ha desestimado, indicando las razones que ha tenido en cuenta para hacerlo, en conformidad a los arts. 297 y 340 C.P.P.

b) Importancia de la prueba material

“Una imagen vale más que mil palabras”. La observación visual de ciertos objetos representa una evidente ventaja al momento de relatar

una historia, pues puede llegar a ser mucho más esclarecedora que la sola declaración de testigos y peritos. En este sentido, pensemos en todos los objetos que se encontraban en el lugar de los hechos y que dicen relación con la comisión del ilícito respectivo, pero que para los efectos de lograr la convicción del tribunal en torno a cómo ocurrieron los hechos que les son relatados por los testigos y peritos, resultan esclarecedores.

De allí la importancia de revisar la manera en que estos medios de prueba deben ser incorporados al juicio oral, con la finalidad de que su valoración por el tribunal sea exitosa, esto es, no tenga problemas para generar convicción en el tribunal.

c) Tratamiento normativo y formalidades básicas

El art. 333 distingue entre 1) *documentos*, los que se introducen mediante su lectura y exhibición, indicando su origen, 2) *objetos*, los que se introducen mediante su exhibición y pueden ser examinados por las partes, y 3) *grabaciones audiovisuales y medios electrónicos*, los que se reproducen por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

En complemento de lo anterior, el art. 323 se refiere a otros medios de prueba que consistan en películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones y otros medios reproductores de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe; precisando que la forma de incorporación ha de ser determinada por el juez, adecuándola al medio de prueba más análogo.

Para efectos de ser valorados por el tribunal, estos medios de prueba no pueden hablar por sí mismos, dado que los intervinientes no pueden “interrogarlos”, por lo que las cuestiones a dilucidar, desde el punto de vista de la litigación, son las siguientes: a) de qué manera introducimos la prueba material al juicio oral, y b) cómo logramos el máximo de potencialidad probatoria.

a) En relación a la manera o forma de introducir estos medios de prueba, en general deben ser introducidos al juicio a través del medio más idóneo para que éstos sean percibidos directamente por los jueces.

Los documentos deben ser leídos; los objetos, exhibidos; los medios audiovisuales deben ser reproducidos para que sean vistos y escuchados

por los jueces; las grabaciones de audio deben ser reproducidas; los medios electrónicos deben ser leídos, en cuanto den cuenta de alguna forma de escritura, reproducidos o exhibidos, según su naturaleza visual o de objeto que contengan; las películas deben ser exhibidas para ser presenciadas por los jueces, etc.

En cada uno de estos casos, una vez que se produce la actividad de lectura, exhibición o reproducción, lo que corresponde es que sean formalmente incorporados al juicio como prueba. Volveremos sobre este particular.

b) Pero una vez que hemos definido la manera en que deben ser introducidos, surge la interrogante acerca de la manera en que podemos otorgar el mayor grado de credibilidad posible para el tribunal. Y aquí entonces debemos recurrir a la doctrina comparada para establecer la mejor forma de producir una introducción al juicio del medio de prueba respectivo.

En lo que sigue nos referiremos a la necesaria acreditación que debemos realizar ante el tribunal para provocar la certeza acerca de que el medio de prueba es efectivamente aquello que la parte que lo presenta dice ser que es. El punto es el siguiente: cómo producir esta acreditación del medio de prueba para lograr una efectiva incorporación al juicio; para lo cual hay que distinguir si se trata de objetos o de otros medios de prueba.

1. Acreditación de objetos

Paso 1.

Selección de un testigo idóneo

Lo primero que debemos plantearnos para incorporar objetos con la mayor potencialidad probatoria posible es seleccionar a aquel testigo que mejor puede dar cuenta del objeto en algún momento relevante de nuestra versión de los hechos, por ejemplo, en el sitio del suceso, de modo tal que nos pueda relatar acerca de los hechos asociados a dicho medio probatorio.

La selección del testigo debe estar dirigida a encontrar quién nos puede hablar del lugar donde se encontraba el medio de prueba, el rol que juega en los hechos, cómo se obtuvo o recogió, siendo siempre el testigo seleccionado aquel que pueda describir todas y cada una de las

cuestiones accesorias al medio de prueba. Por ejemplo, nadie mejor que el policía que concurrió al sitio del suceso y recogió los objetos encontrados en él, para describirnos el lugar de los hechos, individualizar y caracterizar los objetos y explicar la importancia de éstos en el contexto del hecho punible que se quiere probar.

En suma, se trata de escoger al testigo o perito que pueda describir el medio, reconocerlo, decirle al tribunal qué es y dar razones que hagan verosímil tal reconocimiento.

Paso 2.

Relato de los hechos asociados al medio de prueba y descripción particularizada del testigo o perito²³⁵

Una vez que hemos seleccionado al testigo o perito, durante su examen directo le pediremos que nos relate los hechos vinculados con el medio de prueba que se busca incorporar, pidiéndole que lo describa detalladamente. Resulta importante anotar que este paso, previo a la exhibición del objeto, resulta indispensable para obtener la finalidad perseguida, esto es, dejar fuera de toda duda la integridad del objeto que se exhibe como uno de aquellos que, por ejemplo, fueron encontrados en el sitio del suceso. El objetivo de fondo es que los jueces puedan tener la certeza de la veracidad del reconocimiento posterior que el testigo hará del objeto exhibido.

Paso 3.

Permiso para exhibir el objeto

Una vez que el testigo o perito haya descrito con detalle el medio de prueba, demostrándole al tribunal que lo conoce perfectamente, se solicita autorización al tribunal para la exhibición. En esta solicitud se debe tener precaución en no ser sugestivos, esto es, no adelantarse a la individualización del medio de prueba, y conformarse por el momento con una referencia genérica, numérica, etc. Recordar que el litigante debe lograr que sea el testigo o perito quien hable y se refiera al objeto.

²³⁵ No se debe proceder a la exhibición inmediata del objeto, pues ello sería claramente sugestivo respecto del testigo, que todavía no le ha señalado al tribunal cómo sabe del objeto y sus particularidades.

Paso 4.
Exhibición del objeto a las otras partes

Una vez que el tribunal concede la autorización solicitada, nos pedirá que exhibamos el objeto a la otra parte para que lo examine.

Algunos actores jurídicos han efectuado algunas interpretaciones que en nuestra opinión son erróneas, y por ello vale la pena aclarar que el propósito de exhibir el medio de prueba a la otra parte es que se produzca un control a la incorporación de un medio de prueba, como expresión de la contradictoriedad del juicio. Esto implica que la contraparte debe verificar si no se ha producido alteración de la prueba, esto es, que no ha habido interrupción de la cadena de custodia del medio de prueba respectivo, que pueda dar lugar a una impugnación relativa a su autenticidad o integridad y que el objeto exhibido sea de aquellos ofrecidos y admitidos como evidencia en la audiencia de preparación de juicio oral. Ocurre en la práctica que muchos fiscales acompañan a cada uno de estos medios de prueba el acta respectiva en la que consta la cadena de custodia del mismo, en circunstancias que dicha acta no forma parte del medio de prueba mismo, sino que sólo podría llegar a adquirir importancia en la medida en que alguien cuestione la continuidad de la cadena de custodia. Peor aún, se ha observado que algunos fiscales ofrecen como medio de prueba a cada uno de los funcionarios que han estampado su firma en el acta que da cuenta de dicha cadena de custodia, lo cual es inapropiado por absurdo. Sólo si se produce la impugnación de la otra parte, sea por cuestionamientos a su autenticidad o integridad, estaremos ante un incidente que permitirá traer a colación medios de prueba que (des)acrediten lo que se sostiene respecto del medio que se pretende incorporar (v. gr., acta de cadena de custodia, declaraciones de funcionarios, etc.), tal como lo establece el art. 336, inc. 2º, al regular la “prueba sobre prueba”.

Por otra parte, la prueba aún no ha sido incorporada al juicio, y todavía no le pertenece al tribunal, por lo que no corresponde que el juez presidente de la sala pida que el medio de prueba le sea exhibido al tribunal. ¿Con qué objeto debería exhibírsele al tribunal el medio de prueba antes de su incorporación al juicio? ¿Es que debe ejercer alguna potestad de fiscalización en esta etapa procesal para los efectos de su admisibilidad al juicio? La respuesta a estas interrogantes está dada solamente por una cierta ansiedad del tribunal por controlar anticipa-

damente la potencialidad probatoria que tendrá el medio de prueba respectivo, cuestión que por cierto nos parece equivocada.

Y en cuanto al control sobre la incorporación del medio de prueba, es la contraparte quien lo ejerce, y no el tribunal.

Paso 5.

Exhibición del objeto al testigo preguntándole si lo reconoce

Una vez controlado el medio de prueba por la contraparte, corresponderá que el objeto sea exhibido al testigo o perito seleccionado, tomando la precaución de evitar ser sugestivo. Lo que se pretende es que el testigo o perito explique al tribunal las características del objeto, que se refiera a las razones por las cuales conoce el objeto, dónde fue encontrado, etc. Esto es lo que la doctrina denomina “autenticación”. Es el testigo o perito el invitado a declarar que el objeto de prueba es lo que se afirma que es²³⁶. A modo ejemplar, podemos dirigirle al testigo o perito las siguientes preguntas: a) “¿conoce Ud. este objeto?”, b) “¿puede describir este objeto?”, c) “¿por qué lo conoce?”, etc.

Paso 6.

Eventualmente, se solicita al testigo que *utilice el objeto* para describir o explicar ciertos hechos o para que demuestre la forma exacta en que éstos habrían ocurrido. Desde luego, es muy útil para formar la convicción del tribunal el hecho que el testigo o perito efectúe una representación de las acciones que le son imputadas al acusado, o que describa cómo fue utilizado el medio de prueba de que se trata, valiéndose de demostraciones concretas con el objeto. Los jueces valoran mejor al medio de prueba y, en la medida que dicha representación sea lo suficientemente explícita y fiel al testimonio del testigo, reforzará los argumentos señalados verbalmente.

Paso 7.

Finalmente, no siendo condición de validez para su valoración por el tribunal, se recomienda *solicitar tener por incorporado como prueba el*

²³⁶ BERGMAN, op. cit., p. 118.

respectivo objeto. Cabe señalar que el art. 333 describe algunas de las acciones que deberá desplegar la parte que lo aporta, para los efectos de que estos medios de prueba adquieran fuerza probatoria al ser percibidos por los sentidos de los jueces. De allí que se establezca que los objetos deban ser exhibidos.

2. Introducción de documentos

Los documentos deben ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen (art. 333). 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. Estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconozcan o se refieran a su conocimiento de ellos.

El procedimiento para su introducción es casi idéntico al utilizado para los objetos, con la salvedad que los documentos además deben ser *leídos*, aunque no necesariamente en su integridad (art. 333). Incluso podría pedirse que su lectura fuera efectuada por el propio testigo a quien se pida que reconozca el documento. Al tratarse de un documento escrito, para que puedan ser percibidos directamente por los asistentes –en una audiencia oral– lo natural es que se proceda a dar lectura del mismo.

El tema de la acreditación en este caso no tiene ninguna diferencia con lo expresado a propósito de los objetos: resulta necesario que alguien testifique acerca del documento, por el conocimiento directo o de oídas que tenga, de modo tal que el tribunal adquiera la convicción probatoria correspondiente. La única novedad podría encontrarse en el acuerdo por limitar la lectura resumida o de aquellos párrafos que dicen relación con lo controvertido en el juicio, o que tenga efectos probatorios para el mismo. Para efectuar una lectura parcial o resumida del documento se requiere del acuerdo de las partes y de la autorización del tribunal (art. 333).

3. Documentos y declaraciones previas

Como corolario del principio de la inmediación, las declaraciones previas de testigos, peritos o imputados, realizadas durante la etapa de la investigación o en la etapa preparatoria, *no constituyen prueba* y no

pueden introducirse ni invocarse como tales en la audiencia del juicio oral. La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia debe rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones especialmente previstas en la ley (art. 296 C.P.P.), las que se encuentran expresamente señaladas en el art. 331 C.P.P.

Art. 331. Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral. 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 ignore 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.*

Pese a que en el encabezado del art. 331 se habla de “lectura de registros”, ello no significa que debamos interpretar restrictivamente dicha disposición, en atención a que, al contrario de lo que se suponía durante la redacción del C.P.P., los registros de las audiencias no son escritos, sino que se llevan en un sistema de audio digital, por lo que razonablemente se debe aceptar que en lugar de dar “lectura” a dichos registros, sean escuchados por los asistentes.

En lo que dice relación con la letra a) de dicha disposición, cabe señalar que se trata de la denominada “prueba anticipada”, esto es, declaraciones de testigos o peritos que fueron recibidas durante una audiencia especialmente citada al efecto, ante el juez de garantía, y cumpliendo con las mismas formalidades como si hubiera sido otorgada ante el tribunal oral en lo penal. Y para ello, debe argumentarse que sigue subsistente el motivo que justificó la rendición de dicha prueba anticipadamente. Se trata de fundamentar que el testigo o perito falleció, o cayó en incapacidad física o mental, o se encuentra durante la audiencia del juicio ausente del país, o se ignora su residencia actual, o por cualquier motivo difícil de superar no puede declarar en el juicio. Quizá

esta última hipótesis sea la que queda más abierta a la interpretación de los tribunales, quienes deben ir determinando cuáles son los “motivos difíciles de superar” que le impiden al testigo o perito concurrir a declarar al juicio.

Se debate sobre quién recae la carga de la prueba en los casos mencionados. Si le corresponde al interviniente que presenta la prueba anticipada, o a quien la controvierte en el juicio. Según Leonardo Moreno y Hugo Rojas, la exigencia de acreditar la mantención de la situación excepcional que habilitó a un interviniente para rendir una prueba anticipada, es una carga que le afecta hasta el momento mismo de la rendición de la prueba en juicio, mediante la reproducción del soporte en que quedó registrada la declaración. No basta haber acreditado el estándar de su procedencia ante el juez de garantía al momento de solicitarla y luego en la Audiencia de Preparación, sino que se requiere la misma acreditación ante el tribunal oral que la recibirá. No olvidemos que es una situación que altera la regla general de que toda prueba debe ser rendida en el juicio oral. En cambio, Mauricio Decap y Rafael Blanco son de la opinión que la carga de la prueba será de quien la impugna, en atención a que la fundamentación de la necesidad de recibir anticipadamente la prueba se planteó y debatió ante el juez de garantía y lo que corresponde ahora es fundamentar argumentativamente si se mantienen o no dichos fundamentos. Desde luego, esta fundamentación exige que se plantee respecto del momento en que se realiza el juicio, puesto que si han cesado las causales que justificaron la recepción de la prueba anticipada, el testigo o perito debe concurrir a declarar al juicio y, en consecuencia, rechazarse la introducción al juicio de dicha declaración anticipada.

Sin perjuicio de lo anterior, quien ofrece la prueba anticipada debe estar preparado para acreditar, en caso de ser necesario, que subsiste la causal que motivó su recepción ante el juez de garantía.

Un último problema que ofrece la letra a) del art. 331 se refiere a la exclusión de la prueba anticipada recibida en el extranjero, situación que se encuentra regulada en el art. 192 C.P.P. Ello en atención a que solamente se remite a los arts. 191 y 280, que regulan la prueba anticipada de testigos y peritos, respectivamente, pero que fueron recibidas ante un juez de garantía.

Recogiendo el viejo aforismo romano, “donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición” (criterio de la analogía), por esta

misma vía debiera introducirse al juicio dicha prueba anticipada recibida en el extranjero; de lo contrario, el art. 192 no tendría aplicación práctica y, como sabemos, debe evitarse el absurdo en toda interpretación legal.

Respecto de la letra b) del art. 331, se trata de cualquier registro o dictamen que todas las partes acuerden incorporar, sumada la autorización del tribunal²³⁷. Por ejemplo, se puede dar lectura en la audiencia del juicio a un informe pericial. El fundamento se encuentra en la circunstancia que si las partes están de acuerdo en incorporar la prueba por esta vía, es porque no hay controversia sobre los hechos que resultan acreditados a través del respectivo registro o dictamen (asimilable en parte al sentido perseguido en las convenciones probatorias).

Con relación a las letras c) y d) del art. 331, en verdad son de difícil configuración, ya que la letra c) exige que la no comparecencia del testigo, perito o coimputado sea imputable al acusado, lo que requerirá de alguna acreditación de compleja resolución. Por su parte, la letra d) se refiere a declaraciones prestadas por un coimputado rebelde, otorgada ante el juez de garantía, por ende, de excepcionalísima aplicación²³⁸.

Lo importante es que estamos en presencia de una excepción a la regla de que sólo es prueba aquella que es rendida en la audiencia celebrada ante el tribunal oral en lo penal. Lo normal es que se trata de una prueba que fue rendida ante el juez de garantía, y que por las razones anotadas se autoriza su incorporación al juicio.

4. Utilización en el juicio de declaraciones anteriores para los efectos de refrescar memoria o evidenciar contradicciones (art. 332)

Las declaraciones prestadas por el acusado, la víctima, los peritos o los testigos, ante el fiscal o el juez de garantía, no constituyen prueba para los efectos del juicio, no pueden incorporarse como documentos y sólo pueden utilizarse para el refrescamiento de la memoria de quien

²³⁷ Pareciera que la intervención judicial tiene por finalidad cautelar que no se incorporen registros, pese al acuerdo de los litigantes, que se encuentren en las hipótesis de los arts. 334 y 335.

²³⁸ Leonardo Moreno sostiene que la norma no tiene justificación, pues hace recaer las consecuencias de la actitud de un tercero, el coimputado rebelde, en el acusado que sí se presenta al juicio.

se encuentra prestando declaración o para evidenciar contradicciones en que ha incurrido en la declaración que acaba de prestar durante el juicio.

Art. 332. Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral. Sólo una vez que el acusado o el testigo hubiere 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. Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

En la práctica se ha discutido respecto del momento en el que es posible hacer uso de esta técnica. La duda consiste en dilucidar si es posible utilizar la declaración anterior una vez que el testigo haya terminado de prestar declaración, o si acaso se refiere al momento siguiente en que se ha constatado el olvido o la contradicción.

El sentido de esta disposición es otorgar una herramienta a los litigantes para trabajar durante la declaración de un testigo o perito, por lo que, para que resulte útil, necesariamente se debe utilizar una vez que se ha constatado el olvido o se ha evidenciado la contradicción. Interpretar de otra manera el artículo implica no entender el sentido del mismo, puesto que si se tuviese que esperar hasta el final de la declaración, se vería difícil la reconducción del testigo hasta el punto impreciso. Es más funcional al sistema y facilita la recepción de los mensajes que se pretende transmitir que se aproveche la técnica en el momento mismo en que se produce el olvido o se evidencia la contradicción.

Respecto de la necesidad de ofrecer las declaraciones en la audiencia de preparación del juicio oral, no cabe duda que nada tiene que ofrecerse en la señalada audiencia, sino que se debe llevar directamente la declaración para ser utilizada durante el juicio por cada litigante.

Cuáles son las declaraciones de testigos o peritos que sirven para los efectos del refrescamiento de la memoria. En relación con esta materia se ha levantado un interesante debate, del que parece necesario hacerse cargo. El art. 332 habla de declaraciones prestadas ante el fiscal o el juez de garantía. Se discute si se puede utilizar la declaración prestada ante la policía. En nuestra opinión, el legislador optó por excluir esa

posibilidad al no mencionar expresamente a la policía, en parte para proteger al imputado (eliminando cualquier atisbo de “tentación” en la policía por alcanzar una “confesión” del sujeto). Desde luego, ha de considerarse la triste historia de abusos policiales registrados en nuestra historia²³⁹, de manera que no somos partidarios de ampliar la posibilidad de hacer referencia a estas declaraciones al momento de refrescar la memoria de un acusado que declara en el juicio oral.

Tratándose de testigos, en cambio, tal prohibición carece de todo sentido. No hay en juego allí un tema de protección de garantías constitucionales a favor del imputado, ni el riesgo de excesos policiales en búsqueda de alguna confesión. Lo que sí hay es una evidente utilidad práctica del eficiente aprovechamiento de los recursos públicos en la persecución del delito, al racionalizar la actividad investigativa evitando duplicidad de tareas entre la policía y los fiscales adjuntos en la obtención de declaraciones de dichos testigos. Por ello, somos partidarios de una interpretación amplia del art. 332 para el caso de los testigos, permitiendo refrescar su memoria o evidenciar contradicciones incluso con las declaraciones efectuadas ante la policía.

Quién controla el contenido de la declaración y su correspondencia con la declaración prestada durante la investigación. En esta materia también existe alguna confusión práctica, derivada de la circunstancia más sistémica en relación al tipo de proceso penal que se ha instalado en nuestro país. Estimamos que la reforma sólo permite a los jueces formular preguntas aclaratorias, tal como lo indica el art. 329, inc. 4º, de modo que son las partes las llamadas a controlar el contenido de las declaraciones, en conformidad al modelo acusatorio y adversarial como el implementado en Chile. Los litigantes son los encargados de introducir la información necesaria para que el tribunal adquiriera su convicción, la que expresará en la sentencia. Esto significa que son los litigantes los encargados de controlar la incorporación de información al juicio y, por lo mismo, son ellos los que deben efectuar esta labor a propósito de una declaración anterior, objetando lo que corresponda. La declaración anterior no es medio de prueba, sino el testigo que se encuentra prestando la declaración. El tribunal nada tiene que hacer viendo la mencionada declaración, por cierto, menos aún puede comenzar a

²³⁹ Basta con revisar la crudeza del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (2004) para comprender el sentido de las tentaciones a las que hacemos mención.

leerla, porque ello significaría el reemplazo del testimonio actual del testigo por esa declaración anterior.

Quién lee la declaración. En algún curso de capacitación hemos tenido oportunidad de escuchar una interpretación que indicaba que la declaración debía ser leída en voz alta por el litigante, de manera que todos la pudieran escuchar. Nosotros estimamos que ello es erróneo, en la medida en que ninguna regla se refiere a este punto de manera tan restringida. Cuando el art. 332 señala “se podrá leer”, no está diciendo que esa lectura deba hacerse en voz alta y por alguien en particular. Sólo dice que se autoriza a que se efectúe la acción de dar lectura al documento en donde consta la declaración anterior. Quién lo lee y de qué forma, estimamos que es una cuestión estratégica que dependerá del objetivo que el litigante persiga durante su utilización.

Así, si se trata del examen directo, lo habitual es que el litigante persiga que su testigo recuerde alguna información que ha olvidado, por lo que le pedirá que lea para sí el párrafo que seleccione el litigante y luego le repetirá la pregunta efectuada (o le consultará si, habiendo leído la declaración anterior, recuerda mejor). Por el contrario, si estamos en el contraexamen, se perseguirá dejar en evidencia la contradicción o inconsistencia, por lo que el litigante le pedirá al testigo que lea en voz alta.

Siendo que el refrescamiento de la memoria requiere del dominio de una técnica específica, a continuación se detallan los pasos que deben ser realizados por el litigante en el evento de estar *examinando* a un testigo o perito propio.

Paso 1.

Interrogar al testigo previamente sobre los hechos

Según señala expresamente el art. 332, requisito básico para poder utilizar este instrumento de litigación es que el testigo haya sido interrogado sobre el punto, esto es, se le hayan efectuado la o las preguntas pertinentes intentando recabar cierta información que el testigo posee. Entonces, no corresponde pedir autorización al tribunal para exhibir al testigo o perito alguna declaración anterior, sin haberle formulado previamente la pregunta al testigo o perito.

Si el testigo o perito omite ciertos detalles relevantes, es posible tratar de contextualizar las preguntas para que comprenda el sentido de las consultas que se le formulan. Puede ser que ello sea suficiente como para

que el testigo o perito comprenda hacia dónde se dirige la persona que lo está examinando. Por ejemplo, si nos interesa que declare sobre los colores de los autos, podremos hacer preguntas sobre el lugar donde estaban estacionados, las marcas de los autos, etc., hasta lograr que identifique los colores. Pero bien puede ocurrir que no proporcione la información esperada.

Paso 2.

Validación de la declaración previa

A continuación se consulta al testigo o perito si recuerda haber efectuado una declaración previa ante la fiscalía, el juez de garantía o la policía. Dado que conocemos la respuesta, luego se le solicita que explique ante quién declaró, la fecha, el lugar y si firmó.

Paso 3.

Preparación del instrumento de litigación

Luego se le consulta al testigo o perito si le ayudaría a recordar ciertos detalles o refrescaría su memoria el hecho de tener la posibilidad de leer parte de esa declaración previa.

Paso 4.

*Solicitud de autorización
al tribunal para refrescar la memoria*

Habiendo respondido el testigo o perito que le refrescaría la memoria la posibilidad de leer una declaración propia, entonces se le solicita al tribunal que autorice la exhibición de la declaración del testigo o informe del perito, marcando el párrafo a ser leído.

Paso 5.

Control del uso del instrumento por la contraparte

Habiendo sido autorizado por el tribunal, se procede a exhibir a la contraparte el párrafo que se busca sea leído por el testigo o perito. Aquella debe verificar que se trate de los documentos cuya utilización está permitida por el artículo 332.

*Paso 6.
Exhibición al testigo o perito*

Se le exhibe el documento que contiene la declaración o el informe y se le pregunta qué es, si la reconoce, cómo es que la reconoce y si está su firma estampada, etc.

*Paso 7.
Lectura de la declaración o informe*

Se le pide que lea en silencio (o en voz baja si es necesario) la parte pertinente del documento.

*Paso 8.
Repetición de la pregunta inicial*

Habiendo cumplido con los pasos previos, se reitera la pregunta original, señalándole si recuerda ahora la información específica solicitada.

En cambio, en el *contraexamen* se requiere de leves pero importantes modificaciones a todo el procedimiento de utilización de la técnica permitida en el art. 332. En primer lugar, más que refrescar la memoria, lo que se busca es dejar en evidencia alguna inconsistencia o contradicción entre lo declarado en el pasado y lo que se está señalando en la audiencia del juicio oral, a fin de afectar la credibilidad del testigo de la otra parte y controlar los daños que está efectuando a la propia teoría del caso.

*Paso 1.
Fijar el testimonio inconsistente o contradictorio*

Una vez que se advierte que el testigo está siendo inconsistente con declaraciones previas, se fija su actual testimonio (prestado en el examen directo o en el contraexamen). Esto significa que se debe provocar que el testigo declare sobre el punto, durante el contraexamen, de manera de fijar en la memoria de los jueces la información inconsistente o contradictoria que está entregando ahora el testigo o perito. Para lo anterior utilizaremos exclusivamente preguntas sugestivas y cerradas.

Paso 2.

Validación de la declaración previa

Luego se pregunta sugestivamente al testigo si prestó una declaración previa, rodeando dicha pregunta de condiciones de legitimidad (v. gr., cuándo y dónde declaró, si leyó la transcripción de lo declarado antes de firmar, si trató de recordar todos los detalles, etc.).

Paso 3.

*Solicitud de autorización
al tribunal para utilizar el artículo 332*

Entonces se le solicita al tribunal que autorice la exhibición de la declaración del testigo o informe del perito, marcando el párrafo a ser leído por éste.

Es importante no preparar involuntariamente al testigo o perito, señalándole que ha caído en una contradicción o inconsistencia, por lo que la solicitud debe ser genérica, esto es, para los objetivos que señala el art. 332.

Paso 4.

Control del uso del instrumento por la contraparte

Habiendo sido autorizado por el tribunal, se procede a exhibir a la contraparte el párrafo que se busca sea leído por el testigo o perito, según ya se explicó.

Paso 5.

Exhibición de la declaración al testigo o del informe al perito, pidiéndole que lea en voz alta el segmento seleccionado de la declaración o informe.

Esa posibilidad de lectura en voz alta por parte del declarante puede ser reemplazada por la lectura efectuada por el abogado, mostrándole el texto al declarante y advirtiéndole su derecho a interrumpir la lectura si se aparta de cualquier modo a lo señalado en el texto de la declaración. Esta modalidad puede ser de gran utilidad frente a declarantes que tengan problemas para leer el documento o respecto de los cuales

podamos presumir que tratarán de incorporar más información que la mera lectura.

Paso 6. Regla “tocar y correr”

Una vez que se ha logrado que el testigo o perito lea en voz alta su declaración o informe anterior, ha quedado en evidencia la inconsistencia o contradicción con lo señalado en la audiencia, de modo que ya se ha logrado el objetivo perseguido. Esta contradicción puede ser incorporada dentro de los argumentos a ser formulados durante el discurso de clausura. Bajo ninguna circunstancia se debe dar la posibilidad al testigo o perito para que en el contraexamen explique sus dichos anteriores.

5. Prueba nueva

Art. 336. Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justifiere no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

En ocasiones se ha cuestionado si la reforma procesal penal está o no interesada en la búsqueda de la verdad material o histórica. El art. 336 contiene dos reglas excepcionales que representan un instrumento poderoso para contrarrestar tales críticas.

La primera regla, a la que pasamos revista ahora, es la relativa a la “prueba nueva”: aquella evidencia de la que se tiene noticia con posterioridad a la oportunidad procesal en que cada interviniente puede ofrecer prueba.

Teniendo presente las reglas sobre la prueba, esencialmente aquellas que dicen relación con los distintos momentos o etapas de la misma y la distinción que se ha efectuado en orden a que existe una etapa de recopilación o recolección de la prueba, otra de ofrecimiento y admisibilidad de la prueba, otra de producción o rendición, y otra de valoración; nos enfrentamos aquí al problema de resolver acerca de los siguientes tópicos:

a) Momento procesal en el que se puede ofrecer prueba nueva

Esta oportunidad es distinta si se trata del fiscal, querellante particular o acusado. La norma debe ser interpretada entendiendo que se

puede ofrecer prueba nueva en el preciso momento en que se ha tomado conocimiento de su existencia, si ello ha ocurrido después de la audiencia de preparación del juicio oral. De modo que se incurre en un error cuando se estima que es necesario probar la falta de conocimiento de la prueba hasta ese minuto. Ello desequilibra las herramientas de los intervinientes durante el juicio, ya que por razones ajenas a su voluntad han tomado conocimiento y accedido a pruebas con posterioridad a la etapa en que podían ofrecerlas, impidiéndose con esta interpretación que se lleven como pruebas nuevas todas aquellas que hayan sido recogidas con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral y antes de la audiencia del juicio.

Incluso se puede pensar que el fiscal puede ofrecer prueba nueva durante la audiencia de preparación del juicio oral, en la medida en que acredite que obtuvo conocimiento de su existencia con posterioridad a la acusación. El elemento clave, entonces, será el relativo a la oportunidad en que se supo de su existencia. Siempre que ésta sea posterior al momento procesal en que se debe ofrecer prueba, debería abrirse una nueva oportunidad para solicitar la admisión de la prueba nueva.

Incluso esta prueba nueva puede discutirse ya en la audiencia de preparación del juicio oral, en la medida en que fiscal o acusador particular acrediten que no supieron de su existencia, sino que con posterioridad a la acusación fiscal o particular. De lo contrario, se debe solicitar su admisión ante el tribunal del juicio oral en lo penal, inmediatamente después que se ha tomado conocimiento de su existencia. Si ello ocurre con anterioridad al día de la audiencia del juicio, entonces se debe presentar una solicitud de admisibilidad ante el tribunal del juicio oral en lo penal para que éste cite a una audiencia especial de admisibilidad de esa prueba nueva. Esta posibilidad resulta mucho más transparente que esperar hasta el momento del juicio para hacerlo, entre otras cosas por el tenor literal de la norma y, además, porque ello dará lugar a un debate sobre admisibilidad de la prueba ofrecida.

Asimismo, interpretar esta norma de la manera que se viene proponiendo implica que la prueba nueva no altera el *fair play* entre los litigantes y la igualdad de armas, de manera que si se trata de un testigo, existe la posibilidad de conocer el contenido de lo que éste declarará, o bien, si se trata de un documento u otro medio de prueba, los demás intervinientes podrán conocerlo con antelación.

b) Admisibilidad de la prueba nueva ofrecida

Como sucede siempre que se ofrece una prueba, ha de analizarse su admisibilidad en el juicio oral, tomando en consideración las reglas aplicadas por el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral. Esto significa que el tribunal del juicio oral en lo penal debe abrir debate acerca de la misma, en una audiencia especialmente citada al efecto o en la audiencia del juicio, con la finalidad de escuchar si existen circunstancias relativas a una posible exclusión de esta prueba nueva ofrecida (para cuyo efecto se verá si se trata de una prueba manifiestamente impertinente, si tiene por objeto acreditar un hecho público y notorio, si es dilatoria o redundante, o si se trata de una prueba ilícita, según el art. 276 C.P.P.).

Tal examen de admisibilidad del tribunal del juicio oral en lo penal resulta incontrarrestable, atendidos los nuevos principios que rigen en materia probatoria. Por cierto, en este caso en particular existe un requisito de admisibilidad especial, que dice relación con la necesidad de justificar que no se tuvo conocimiento de su existencia, sino hasta el momento anterior a su ofrecimiento.

El art. 336, inc. 1º, se refiere a la justificación de “no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento”. Por lo que surge la duda acerca de qué significa “justificar”. Tratándose de una norma de carácter excepcional, que puede significar una seria afectación de la igualdad de armas y del derecho a contraexaminar, debe cumplirse un estándar de admisibilidad alto, no siendo suficiente una mera argumentación formal o superficial de quien la solicite, sino que deberá desarrollarse una justificación verificable y razonable, que eventualmente pueda apoyarse en antecedentes concretos o incluso antecedentes materiales si existiesen. Recordemos, además, que esta solicitud y su tramitación pueden dar origen a una hipótesis de suspensión del juicio oral, ya sea para realizar un debate informado de las partes sobre su procedencia, ya sea para permitir si se acogiera el ejercicio de los derechos de la contraparte, como por ejemplo la posibilidad de contraexaminar.

6. Prueba sobre prueba

Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente sobre su veracidad, autenticidad o integridad,

el tribunal puede 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.

De lo que se trata es de entregar elementos al juez para que en su razonamiento sobre la valoración de la prueba deseche la prueba rendida por la contraparte, en atención a su falta de veracidad, autenticidad o integridad.

No hay ofrecimiento, por tanto, de alguna prueba nueva respecto de los hechos mismos, sino que se trata de una prueba destinada a echar por tierra la fuerza probatoria de un medio probatorio ya admitido en el juicio, que se produce durante su incorporación al mismo.

Las causales de impugnación son tres:

a) Falta de veracidad

Normalmente referida a la prueba testimonial, se busca demostrar al tribunal que el testigo no es veraz, y que está faltando a la verdad; y para ello es posible utilizar todos los elementos de carácter probatorio que sirvan para acreditar tal impugnación.

b) Falta de autenticidad

Se genera normalmente a propósito de la prueba documental, para manifestar que el documento que se está incorporando por la otra parte es un documento que no ha sido otorgado en la fecha o lugar mencionado, por las partes a las cuales se confiere su autoría, ante el funcionario que se indica, o porque las declaraciones vertidas en el documento no son verdaderas, etc. Respecto de esta última posibilidad podría ser discutible la impugnación de la falsedad del documento, esto es, que el documento contenga afirmaciones que no hayan sido efectuadas por quienes sí otorgaron el instrumento. A nuestro entender, no hay ninguna dificultad para sostener que habría falta de autenticidad en esa eventualidad.

c) Falta de integridad

Por último, la referencia a la falta de integridad podría estar vinculada con la prueba material y la cadena de custodia, v. gr., en el caso

que la contraparte tome conocimiento de la manipulación o alteración de la prueba, de modo que se falte con ello a la integridad de la prueba.

Nos parece que esta prueba sobre prueba por falta de integridad es de suyo compleja, ya que supone que la prueba ha sido intervenida antes de su presentación al juicio, por lo que se falta con ello a la integridad de la misma.

Desde el punto de vista de la litigación, la prueba sobre prueba constituye una herramienta valiosa, que deberá desarrollarse con la debida cautela y precisión, de modo de no alterar la fisonomía del juicio oral. Así, la impugnación de la prueba a través del ofrecimiento de una prueba que no había sido antes ofrecida de modo oportuno, y respecto de la cual no había sido posible prever su necesidad, genera un incidente, lo cual implica un debate entre las partes acerca de la procedencia de admitir (*examen de admisibilidad*) la introducción de una prueba que persigue impugnar otra prueba, mientras ésta se está rindiendo.

El tribunal ha de pronunciarse respecto del incidente teniendo a la vista el art. 336, inc. 2º: se trata de una prueba no en relación a los hechos mismos que se discuten, sino de hechos que se presentan para acreditar la falta de veracidad, integridad o autenticidad de una prueba que se ha rendido en el juicio.

Admitida la prueba sobre prueba, no cabe duda que debe rendirse en la audiencia del juicio, pudiendo decretarse la suspensión de la misma si fuere necesario; de lo contrario, se recibirá la prueba de inmediato en la misma audiencia, sin perjuicio de la valoración que los jueces efectuarán en la sentencia.

35. DISCURSO DE CLAUSURA

a) Tratamiento normativo

El C.P.P. regula el alegato o discurso de clausura en su art. 338, indicando que se trata de la exposición final de las conclusiones que efectúan el fiscal, el acusador particular y el defensor, una vez terminada la recepción de la prueba. Desde el punto de vista de las destrezas de litigación, puede ser entendido como aquella exposición o argumentación que efectúan los litigantes, con la finalidad de poder

exponerle al tribunal las conclusiones que han de extraerse de la prueba rendida.

Artículo 338. 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.

Se contempla como la fase final del juicio, una vez que se han producido las pruebas de los distintos intervinientes, considerándose como el espacio para que éstos, siguiendo el mismo orden de intervención que en el alegato de apertura, le expongan verbalmente al tribunal las conclusiones que en su opinión es posible obtener de la prueba rendida, en directa concordancia con las respectivas teorías del caso esbozadas en la apertura²⁴⁰.

La norma citada considera la posibilidad de replicar como atribución que sólo pertenece al fiscal y al defensor, entendiéndose por réplica la posibilidad de referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes.

Como punto de partida, digamos que el alegato de clausura o discurso de cierre del juicio es el momento que el litigante tiene para terminar de armar el puzzle a los jueces, donde se van uniendo las declaraciones, los peritajes, las pruebas materiales y documentales, los gráficos, la prueba demostrativa, de manera de conformar un tejido de argumentos a ser considerados al resolver el caso²⁴¹. Es la confirmación de la teoría del caso, que surge como un todo armónico que los litigantes son capaces de ofrecer al tribunal, en estricta correspondencia con la prueba rendida durante el juicio, para que los jueces lo utilicen en su veredicto y al momento de redactar la sentencia.

²⁴⁰ Cfr. BERGMAN, op. cit., pp. 255-259.

²⁴¹ Para ejemplos prácticos, véase LIEF, Michael S., CALDWELL, H. Mitchell, BYCEL, Ben: *Ladies and Gentleman of the Jury. Greatest Closing Arguments in Modern Law*. Scribner, Nueva York, 1998.

b) Consideraciones preliminares

1. Importancia

Es la última oportunidad que tienen los litigantes para mostrar su versión de los hechos ante el tribunal oral en lo penal. No es el momento de cambiar de estrategia, de modificar la prueba o de profundizar en alguna línea de interrogatorio o contrainterrogatorio. De lo que se trata en este minuto es de exponer al tribunal las razones por las cuales ha de acoger una teoría del caso en particular, desechando las propuestas de los otros intervinientes. Se debe tener en cuenta que los jueces han estado todo el tiempo observando y tomando nota sobre los aspectos que les parecen centrales frente al caso que están conociendo, de modo que no se puede pretender llegar a conclusiones contrarias a lo ventilado en el juicio. Cualquier disonancia cognitiva entre lo sucedido en la audiencia y las afirmaciones del litigante en la clausura será mal evaluada por los jueces.

De manera que lo que corresponde es centrarse en la estructura principal de la teoría del caso presentada y apoyarse en las declaraciones de los testigos propios, en las conclusiones y explicaciones de los peritos sobre las pericias efectuadas, en la prueba material incorporada, en las inconsistencias e incoherencias de la prueba de la contraparte, etc. En una palabra, mostrar al tribunal la coherencia existente entre lo prometido en la apertura y lo sucedido en la audiencia, en particular ordenando las pruebas de tal forma que al tribunal sólo le quede acoger la versión de los hechos que le ha sido presentada. Para ello debe haber correspondencia fiel con lo señalado por los peritos y testigos, profundizando en la credibilidad de sus aseveraciones y en las relaciones que deben existir entre todas las pruebas rendidas.

2. Autoconciencia del estilo lingüístico propio

Un tema nada de menor para los efectos de trabajar en nuestros alegatos está constituido por la utilización del lenguaje en toda intervención desplegada frente al tribunal. A través del lenguaje se reconstruyen las acciones involucradas en los hechos y se reinventa la historia²⁴².

²⁴² Según J. L. Austin, cuando hablamos ejecutamos tres tipos de acciones: actos locucionarios, actos ilocucionarios y actos perlocucionarios. En un primer nivel encontramos los actos locucionarios, que son aquellos que consisten en la articulación de las palabras que decimos, v.

Cuando el fiscal, el querellante o el defensor hacen uso de la palabra para dar a conocer al tribunal sus conclusiones, se produce un acto del habla que genera en los jueces un escuchar que viene determinado por la manera en que ese fiscal, querellante o defensor les habla. Los jueces están escuchando y al mismo tiempo están contrastando ese escuchar con la representación mental que se han ido formando a través del juicio.

De modo que al construir el discurso de clausura se requiere tomar conciencia del estilo propio del litigante para dar a conocer los argumentos finales de los planteamientos que ha ido configurando durante el juicio. Los jueces, en su atento escuchar, están permanentemente preguntándose acerca de las consecuencias del hablar del litigante, para los efectos de ver de qué forma lo dicho altera la reconstrucción de los sucesos históricos que ellos han ido efectuando a lo largo del juicio. En el acto de escuchar no sólo oímos, sino que también interpretamos, y es en esa específica interpretación de los jueces donde los litigantes intentarán intervenir para conducirla hacia una dirección en particular.

3. Prudencia al circunscribir los hechos que ha tomado conocimiento el tribunal

En el discurso de clausura jamás el litigante debe exagerar la prueba que ha sido rendida. No puede caerse en la tentación de imaginar expresiones que no han sido declaradas por los testigos o peritos.

En casos complejos, en los cuales las partes tendrán algo de tiempo para preparar sus alegatos de clausura, puede ser conveniente solicitar a una persona de confianza que asista a la audiencia y que vaya constru-

Continuación nota ²⁴²

gr. "...el señor Bravo es un profesional de las ciencias médicas, con diez años de experiencia en medicina forense y estudios de postgrado en varias universidades, tanto nacionales como extranjeras". Así podríamos articular una explicación acerca de un perito determinado, pero también podríamos señalarlo de un modo diferente: "...el señor Bravo es el mejor especialista en tanatología forense de nuestro país y uno de los mejores del mundo". Aquí no es que estemos utilizando formas distintas para decir lo mismo, sino que estamos diciendo cosas diferentes, que van a producir un escuchar distinto y van a dar lugar a acciones diferentes. En un segundo nivel están los actos ilocucionarios, esto es, aquella acción comprendida al decir lo que decimos. Siguiendo con los ejemplos anteriores, en ambos casos se podría decir que lo que el abogado hace es marcar la calidad del perito que han escuchado los jueces, efectuando afirmaciones constatables empíricamente. En un tercer nivel, y éste es el que para estos efectos más nos interesa, se encuentran los actos perlocucionarios, aquellos que tienen lugar porque se dijo algo, esto es, son las acciones que se producen como consecuencia de lo que decimos. Cfr. ECHEVERRÍA, Rafael: *Ontología del Lenguaje*. Dolmen Ediciones, Santiago, 1998, pp. 141 y ss.

yendo mentalmente los hechos, acogiendo aquellos antecedentes que le parecen creíbles y desechando aquellos ajenos a la lógica y las máximas de la experiencia, puesto que muchas veces los litigantes pierden objetividad a la hora de tasar la prueba que han rendido, sobrevalorando su teoría del caso.

La dificultad de quien está demasiado involucrado con el caso reside en la posible incapacidad de distinguir con toda claridad entre aquello que el testigo dijo en el juicio y lo que el litigante conoce que el testigo sabe y en consecuencia “debe” declarar en el mismo. Con mucha frecuencia se observan alegatos de clausura en los que el litigante agrega detalles o proposiciones fácticas que nunca fueron mencionados en el juicio, no por mala fe, sino porque está tan imbuido con los hechos del caso que le resulta difícil diferenciar los datos registrados en su mente de los datos que han aparecido en el juicio; lo cual puede dañar en el último momento la credibilidad del abogado litigante. Es un deber cerciorarse que en la clausura sólo se indicarán aspectos ya conocidos por los jueces, antecedentes que por lo demás constan en el registro de audio.

No olvidar que después del alegato de clausura existe una réplica, en la que la contraparte puede hacer ver las incongruencias y exageraciones en las que se ha incurrido.

Asunto distinto es que del relato de un testigo, por ejemplo, surjan inferencias o deducciones que pueden ser confrontadas con las máximas de la experiencia, los principios de la lógica o los conocimientos científicamente afianzados. A modo de ejemplo, si el testigo dice que vio a Juan entrar a la habitación de María, que a los pocos minutos escuchó gritos desesperados que provenían del interior de la habitación y que luego vio a Juan salir corriendo, no puede luego el fiscal o el querellante decir en su alegato de clausura que el testigo vio a Juan en el momento en que le dio muerte a María. En este ejemplo, lo que los acusadores podrán sostener es la existencia de ciertos hechos bases que han resultado claramente establecidos a través de la afirmación del testigo, sumado a otras pruebas, que permitan llegar a la conclusión buscada.

c) Objetivos

Después de estas apreciaciones de carácter general que debe tener en vista todo litigante, veamos cuáles son los objetivos del alegato de cierre. El primer objetivo es convencer a los jueces que nuestras proposiciones

fácticas que han sido acreditadas son, además, exactas; se trata de afirmaciones de hechos que han resultado plenamente probados en el juicio. Además, tenemos que con el alegato final se persigue argumentar en torno a nuestras proposiciones fácticas indicando que éstas resultan legalmente válidas y moralmente justas.

1. Exactitud de las proposiciones fácticas

Al momento de razonar sobre las proposiciones fácticas que se ha buscado corroborar ante el tribunal, sólo se pueden mencionar las pruebas que han sido incorporadas y registradas en la audiencia. Las asociaciones mentales con proposiciones fácticas ajenas a la teoría del caso presentada deben ser desechadas en la clausura, por extemporáneas.

Como los jueces han estado presentes en la audiencia, vieron y escucharon y se han ido formando ciertas convicciones sobre lo sucedido, las partes podrán aprovechar la oportunidad para fortalecer aquellas asociaciones que están dispersas, argumentar a favor de una conclusión en particular, justificar opiniones, teniendo siempre a la vista las proposiciones fácticas que han intentado demostrar²⁴³.

2. Legalidad, moralidad y justicia de las conclusiones

No basta con explicitar consideraciones puramente legales en el discurso de clausura, sino que deben tomarse en consideración asimismo elementos que guardan relación con la razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de la petición que se realiza. En otras palabras, de lo que se trata es de poner de manifiesto que la reacción penal que se solicita es consistente con el bien jurídico afectado.

A su turno, la defensa deberá esforzarse por explicitar que su posición resulta justa y consistente con los valores que el ordenamiento jurídico vigente resguarda. No es descartable incluso recordar, por parte del defensor, en el discurso de clausura que no es a él a quien afecta la carga de la prueba, y que el sistema de persecución penal debe privilegiar aquella regla según la cual no puede condenarse a una persona cuando existe una duda razonable.

²⁴³ Sobre el elemento subconsciente del razonamiento judicial, véase CARDOZO, Benjamin: *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press, New Haven / Londres, 1992, pp. 142-177.

No se trata de hacer alocuciones carentes de contenido jurídico, ni de adornar con lugares comunes las ideas de la clausura, sino de fortalecer que la línea argumentativa que se ha perfilado en la audiencia no sólo no es contraria a derecho, sino que además recoge los valores en los cuales se funda el ordenamiento jurídico en su conjunto.

d) Características y recomendaciones prácticas

No se reproducen en esta sección aquellos puntos formales que fueron sugeridos al revisar las recomendaciones del alegato de apertura, y que puedan ser replicables en la clausura. A continuación se formula una síntesis de consideraciones estratégicas que es posible sugerir:

1. El alegato de clausura es una exposición en la que se dan a conocer las conclusiones sobre las pruebas rendidas en la audiencia de juicio oral. El litigante se esfuerza en proporcionarle argumentos al tribunal para que tenga por acreditada la teoría del caso que le ha sido presentada, hilando cada uno de los detalles y cabos sueltos que fueron abriéndose durante la recepción de la prueba.

2. Se trata de mostrarle al tribunal que, desde una perspectiva lógica, solamente hay una sentencia posible. Por tanto, ha de aprovecharse este momento para efectuar el “diseño” de la sentencia buscada, indicándole al tribunal, considerando por considerando, cómo es que la prueba presentada sirve al efecto de acreditar cada uno de los hechos controvertidos, y cómo es que se debe desechar la prueba de la parte contraria, dado el descrédito que sufrió durante el curso del juicio.

3. Se debe incorporar un análisis de la prueba rendida, mostrándole al tribunal por qué la línea argumental expuesta ha de ser considerada correcta y, por ende, exitosa.

4. Es el momento de explicarle al tribunal la ligazón entre la prueba rendida y las proposiciones fácticas esenciales para sostener la teoría jurídica. De allí que sea tan importante trabajar con la teoría del caso, ya que en este momento se repasará nuevamente la conexión existente entre el relato de hechos, la teoría jurídica y las proposiciones fácticas; de manera que el esquema que liga cada elemento de la teoría jurídica con las proposiciones fácticas y la prueba rendida tendrá su máxima expresión en la clausura. El tribunal debe formarse el convencimiento que las proposiciones fácticas han sido comprobadas a través de los medios de prueba presentados.

5. Dentro de los argumentos, preocuparse que éstos no atenten contra el sentido común del buen ciudadano. Dejar la sensación al terminar la clausura que todos los trozos que configuran el caso, y que pueden ser interpretados en el sentido que se desea mostrar, han sido suficientes como para tener la imagen completa de lo sucedido, más allá de toda duda razonable.

6. Recordemos que el tribunal valorará la prueba de acuerdo a las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados (art. 297 del C.P.P.). De allí que se sugiera facilitarle al tribunal la tarea de elaboración del fallo, ofreciéndole una mirada de la prueba que sea plausible para dictar sentencia a favor de la versión que se ha formulado (haciendo un esfuerzo final que sea útil para el tribunal). A esas alturas los jueces realmente esperan una intervención que sea un aporte concreto para el tribunal. Ese aporte estará dado entonces por la explicación de todos los cabos sueltos que fueron quedando a través de la presentación de la prueba, de manera que se le irá explicando al tribunal los aspectos principales de la apertura, la presencia de los testigos y peritos, quienes declararon ciertos hechos, que unidos entre sí permiten llegar a tales conclusiones, etc., no habiendo dudas sobre el particular. Desde luego, tales inferencias deben ser suficientemente fuertes para lograr dejar establecidas las conclusiones principales.

7. Y todo lo anterior tiene que ver básicamente con el trabajo previo, con lo efectuado en la etapa de preparación del juicio, puesto que el alegato de clausura no es más que la conclusión de todo un trabajo anterior. Como señala Bergman, en el cierre el litigante debe proceder con la misma intensidad con que ha intervenido en el caso, definiendo sus puntos principales, contemplando la posibilidad de extenderse en puntos pendientes, sin explayarse más allá de lo conveniente²⁴⁴.

8. Tomarse el tiempo para hacerse cargo de analizar la prueba propia y la de la contraparte, sin dejar fuera ningún elemento relevante para el fallo, mostrando la exactitud y pertinencia de las proposiciones fácticas.

9. Esta es la oportunidad para entregarle a los jueces los argumentos jurídicos que permiten mirar los hechos desde una perspectiva que les resulte cómoda al aproximarse a la revisión de las pruebas que han conocido en la audiencia. En este punto los jueces esperan agudos

²⁴⁴ BERGMAN, op. cit., p. 259.

argumentos de derecho, capaces de dar una explicación sobre la (in)suficiencia de la prueba rendida para dar por establecidos ciertos hechos, y ello puede implicar hacer referencias a la doctrina, a los textos legales, a la jurisprudencia, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a la historia fidedigna del establecimiento del nuevo C.P.P., a las normas adecuatorias, etc.

Por ejemplo, es el momento en que la defensa intentará mostrarle al tribunal cómo es que la fiscalía, teniendo cinco testigos, dentro de los cuales se encontraba la víctima, no fue capaz de acreditar la existencia del delito de robo con violencia. Y para ello planteará que el Ministerio Público no fue capaz de identificar con exactitud las especies aparentemente sustraídas, ya que la víctima –por sus precariedades culturales y/o mala técnica de interrogatorio– no logró explicar con nitidez qué fue lo que le habría sido sustraído, cayéndose con ello el elemento ajenidad de la cosa, y explayarse en argumentaciones doctrinarias relativas al punto. O argumentar que la violencia no tiene la entidad suficiente como para entender que se ha derribado la esfera de protección propia, etc.

10. Por último, la argumentación del alegato de clausura es esencialmente una cuestión de estilo personal. Lo importante es que el litigante sepa conocer con antelación y sinceridad su propio estilo, evitando sobreactuar o imitar, pues de lo contrario afecta la naturalidad, gestualidad y espontaneidad que se espera de un buen orador.

e) Estructura del alegato de clausura

No hay recetas sobre la modalidad que ha de utilizarse al preparar el alegato de clausura; sin embargo, el lector podrá conocer en los párrafos que siguen un modelo práctico que puede serle útil a la hora de tener que intervenir en un juicio oral.

1. Repasar la prueba rendida

En los casos en que la historia sea compleja o confusa, cuando el juicio se ha prolongado por varios días, o cuando el contenido del caso sea de alto impacto emocional, moral, público, aunque sea tedioso, de todas maneras se sugiere iniciar el alegato de clausura repasando la prueba rendida. Dicho repaso puede hacerse de dos maneras: 1) prueba por prueba, desglosando los aspectos centrales en el mismo orden en el

que fueron presentados, o 2) refiriéndose cronológicamente a los hechos.

Si se opta por la primera estrategia, se sugiere fijar la atención del tribunal en aquellos testigos precisos que declararon sobre los hechos esencialmente controvertidos de la historia en disputa entre las versiones de la fiscalía y la defensa. Una revisión testigo por testigo puede adoptar la siguiente forma: "...escuchamos en esta audiencia cómo es que la administradora del establecimiento comercial nos indicó que, luego de entrar los acusados al local comercial, se percató del momento preciso en que ellos tomaban las especies y las introducían al interior de sus ropas, lo que hizo que la administradora llamara por teléfono a la policía. Escuchamos también a la cajera cómo nos indicó que los acusados salían del local con las especies sustraídas. Y escuchamos también...". No se repasa la historia completa, sino que más bien se recurre a aquellos testimonios precisos y determinados que apuntan al relato fáctico con relevancia jurídica.

En cambio, si se opta por la segunda, es conveniente tener presente que si el juicio ha estado marcado por relatos fragmentados en variados testimonios, los jueces pueden no llegar a percibir exactamente aquello que realmente aconteció, de allí que una técnica de clausura puede ser perfectamente la de mezclar las declaraciones de los testigos y demás pruebas presentadas para el efecto de mostrarle al tribunal la historia completa. Se recomienda utilizar este mecanismo cuando la historia abarca un lapso prolongado de tiempo. También puede suceder que se utilice esta modalidad para llevar al tribunal a mirar los hechos desde la perspectiva de la historia general, obviando algunos detalles que aparecen débiles en el testimonio de algunos de los testigos.

2. Analizar las normas jurídicas y el derecho aplicable

Dada la incomodidad que los jueces suelen sentir cuando un litigante se refiere a argumentaciones jurídicas, en abstracto, relativas a los elementos del tipo penal y demás cuestiones jurídicas, se sugiere incorporar tales comentarios sólo si es necesario explicar al tribunal que los elementos de la teoría jurídica presentada están vinculados con las pruebas rendidas en el juicio. O bien, para aclarar cómo es que uno de los elementos del tipo, en concreto, no ha resultado probado, profun-

dizando solamente en aquellas cuestiones jurídicas que dicen relación con el estándar necesario para superar la duda razonable en relación a la prueba de ese elemento jurídico en especial. También es posible abordar temas de fondo en caso de existencia de causales de exculpación, que normalmente resultan discutidas en doctrina y que presentan jurisprudencias dispares.

En todos estos casos en que la suficiencia de la prueba para completar los elementos del tipo penal respectivo ha sido puesta en duda por la defensa, será necesario extenderse en mostrarle al tribunal cómo es que en la perspectiva de los acusadores las proposiciones fácticas han logrado establecer el vínculo entre la historia y la teoría jurídica. Será necesario en ese caso recordarle al tribunal los elementos del tipo, pero única y exclusivamente con la finalidad de mostrar cómo es que en ese caso concreto han resultado probados en el juicio.

Por su parte, la defensa procurará poner en cuestión cuál es el elemento más débil de la teoría jurídica de la fiscalía. Y le recordará al tribunal cómo es que la doctrina y la jurisprudencia han trabajado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; para luego indicarle cómo es que en ese caso en concreto ello no ha sido acreditado por la fiscalía.

Puede resultar, también, que la discusión se ubique a la altura de la calificación jurídica de los hechos: mientras la fiscalía dice que se está ante un caso de robo con intimidación, la defensa alega que se trata de un robo con sorpresa. En cualquiera de estas hipótesis será necesario argumentar en torno a las cuestiones jurídicas, utilizando para ello el apoyo de la doctrina y la jurisprudencia más relevante.

3. Agrupar la prueba que tiende a demostrar cada una de las proposiciones fácticas

Esta es una tarea esencial para los efectos de ayudar al tribunal a preparar su sentencia. En efecto, de lo que se trata es de efectuar una labor ardua, pero fundamental, de ligar las pruebas introducidas en el juicio, de manera que cada uno de los trozos de verdad que se contienen en ellas vayan dando argumentos al tribunal para concluir en torno a la acreditación de las proposiciones fácticas, y que sirven para estimar satisfechos los diversos elementos de nuestra teoría jurídica.

El análisis de la prueba no se detiene en lo acontecido solamente en la rendición de la prueba. Debemos recordar las convenciones probato-

rias y trabajar con aquellos hechos que los intervinientes en la audiencia de preparación del juicio oral, con la aprobación del juez de garantía, dieron por acreditados (art. 275). El agrupamiento de la evidencia comprende también, por cierto, el afirmarse en estas convenciones probatorias, así como también en las afirmaciones contenidas en los alegatos de apertura por la contraparte.

Desde luego, el mecanismo o técnica que utilice el litigante dependerá del caso en concreto; en algunas circunstancias será preferible recurrir a la narración de la historia general, en otras se trabajará testigo por testigo, o bien se agrupará la evidencia para mostrar trozos concretos de aquello que realmente aconteció desde la perspectiva que se tiene del caso. Como siempre, se trata de una cuestión estratégica, que el profesional conocedor de las diversas técnicas deberá adoptar en función de los intereses de su cliente.

4. Extraer inferencias o deducciones

En ocasiones la prueba no permite llegar directamente a conclusiones razonables. En esos casos es fundamental el aporte de articulación de ideas que puede esgrimir el abogado. El litigante debe tener completa claridad sobre el alcance y las características de su prueba, debe saber si estamos en presencia de una prueba directa o si se trata de una prueba indirecta, indiciaria o circunstancial. Puesto que si estamos frente a una de estas últimas, la clausura requerirá de un esfuerzo didáctico adicional.

Se debe trabajar lo que aporta la prueba y de allí comenzar la formulación de inferencias, lo cual implica pedirle al tribunal que vaya razonando conjuntamente, a partir de esa primera premisa fáctica, hacia una premisa intermedia, para llegar a una conclusión determinada.

A este respecto, debemos tener la precaución de que nuestras inferencias o premisas fácticas estén suficientemente apoyadas en la prueba rendida, así como que las premisas intermedias se conecten desde luego con las máximas de la experiencia, de aquello que nos indica el sentido común, con los principios de la lógica, o con los conocimientos científicamente afianzados, para así poder arribar a la conclusión respectiva.

Por ejemplo, a propósito de la declaración de un perito en el juicio, normalmente se podrá trabajar con inferencias, dado que es muy común que estos especialistas declaren en función de su ciencia, técnica o arte, de un modo generalmente objetivo, sin apreciaciones conclusivas en relación

al caso concreto. Entonces, en el alegato de clausura se podrá recoger lo declarado por el perito y apoyar sus dichos, por medio de inferencias, hacia la conclusión que más nos sirve para nuestra teoría del caso.

Recordar que la prueba indirecta se dirige a mostrar “la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito perseguido, pero de los que se pueden inferir éstos, así como la participación del acusado. Tal certeza se obtiene por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados (indicios) y los que se pretende probar (constitutivos)”²⁴⁵. La doctrina del Tribunal Supremo de Argentina a este respecto puede ser sistematizada de la manera siguiente, para los efectos de fijar los criterios que permiten darle eficacia a la prueba circunstancial o indiciaria: “a) Precisión de que el hecho indiciario quede plenamente probado. No puede tratarse de meras sospechas por prueba directa, ya que no cabe deducir un indicio a partir de otro. b) Necesidad de conexión directa de los indicios con los hechos constitutivos del delito y de que la deducción que se efectúe sea lógica. c) Necesidad de que no se trate de un hecho indiciario aislado sino de una pluralidad de estos hechos o sucesos de carácter periférico. d) Necesidad de que exista una interrelación o concomitancia entre los distintos hechos indiciarios. e) Necesidad de que con estos hechos indiciarios probados se llegue, por el Tribunal, por medio de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio racional humano, a considerar probados los hechos constitutivos del delito”²⁴⁶.

En nuestro alegato de clausura, entonces, debemos tener presente el carácter de las distintas pruebas respecto de las cuales nos hagamos cargo, para trabajar la inferencia del modo señalado, en caso de ser necesario. Ello, desde luego, mirado tanto desde el punto de vista del acusador como del defensor; en este último caso para refutar la conexión entre el indicio probado y la inferencia.

5. Desarrollar el proceso de razonamiento judicial

Una de las tareas del alegato final es la de procurar llevar al tribunal de la mano en el proceso de razonamiento que conduce a las conclusiones que se le exponen argumentativamente. Ello requiere que los

²⁴⁵ PIQUÉ, J., RIFÁ, J. M., SAURA, L., VALLS, J. F.: *El Proceso Penal Práctico*. La Ley-Actualidad, 1997, p. 808.

²⁴⁶ *Ibíd.*, p. 809.

litigantes conozcan en mayor profundidad cuáles son las técnicas recomendadas para el efecto de llevar adelante un razonamiento judicial, adquiriendo importancia los criterios legales establecidos por el C.P.P. para que los jueces lleguen a la convicción, más allá de toda duda razonable, 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, como expresamente dispone el art. 340 C.P.P.

También se debe tener en cuenta lo sostenido en el art. 297, ya 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 dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

No es objeto de este manual entrar al análisis teórico de la reforma procesal penal, pero sin duda que el conocimiento de estas reglas legales es fundamental a la hora de trabajar el proceso de razonamiento judicial.

Es importante tratar de predecir el proceso de razonamiento del tribunal y las conclusiones probables que se consignarán en la sentencia.

A modo de ejemplo, para que el lector analice si se cumplen los estándares exigidos por las disposiciones citadas, se transcriben los considerandos 7º y 8º de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de fecha 15 de mayo de 2002:

“Séptimo: Que la participación del acusado, señor Leonardo Jorge Carvajal Salinas, en este delito se encuentra acreditada con los dichos de los testigos de cargo, señores Carlos Igor Verdugo Leiva quien interceptó el vehículo marca Honda en la avenida Alessandri, a la altura de la planta Manganeso Atacama; Renato Moreno Cofré quien desde una distancia de 15 metros observó cómo este imputado entregaba la caja de cartón conteniendo, según se comprobó posteriormente, 77 gramos de pasta base de cocaína, lo que también fue apreciado por los cabos Juan Cortés Pérez y Eugenio Ayala

Castillo que se encontraban en las cercantas, habiendo reconocido este último al acusado en la audiencia como la persona que condujo el automóvil Honda que registró encontrando en el portamaletas un monedero conteniendo en su interior una bolsa con 1.25 gramos de pasta base, antecedentes que, sumados al hecho de haberse cumplido las normas de la cadena custodia, desde que fue recogida esta caja y el monedero con sus contenidos hasta su posterior análisis, como ha quedado dicho en el razonamiento cuarto de la presente sentencia, son bastantes para tener por acreditada la efectividad que este acusado transportó la droga que fue incautada, sin probar que contaba con la debida autorización, ni que estaba destinada a la atención de un tratamiento médico, o a su uso personal exclusivo próximo en el tiempo, lo que es bastante para incriminarlo, atendido que, aplicando las leyes de la lógica, las conductas de tráfico ilícito de drogas o estupefacientes, descritas en el inciso segundo del artículo 5º de la ley Nº 19.366, constituyen la premisa mayor, mientras que la premisa menor está conformada por la acción del acusado de transportar la cocaína base, incluido en la disposición citada, sin acreditar las circunstancias anotadas, por lo que necesariamente debe concluirse que ‘tráfico’, estableciéndose así su participación de autor, inmediato y directo, del delito configurado precedentemente. Por otra parte, la inducción que afectó a Osorio Solís no alcanza a este imputado, ya que de su existencia sólo se supo al momento de concretarse la venta simulada, por lo que el agente provocador no pudo tomar contacto con él, a quien, por lo demás, no conocía, según sus propios dichos. Además, no hay forma de probar por qué llegó al lugar donde estaba estacionado el furgón, siendo su único nexo una presunta llamada telefónica por celular de Osorio a éste, mientras se desplazaban en dirección al furgón, circunstancia que no se encuentra establecida. A ella sólo se refiere el informante quien asevera que aquél sólo le dijo que trajera drogas sin indicarle el lugar, lo que su abogado defensor se encargó de recalcar en su alegato de clausura.

Octavo: Que los juzgadores rechazarán las alegaciones de la defensa con respecto al imputado Carvajal Salinas porque las contradicciones que aprecia no son bastantes para desvirtuar la prueba de cargo expuesta en la reflexión cuarta de este fallo. Más aún, las mismas refuerzan la veracidad de sus dichos, ya que entre la comisión del delito y la data de sus declaraciones vertidas en la audiencia ha transcurrido más de diez meses. Una exactitud exagerada en los más mínimos detalles, a pesar del tiempo transcurrido, podría provocar un efecto contrario, esto es, hacer pensar que sus declaraciones no son del todo veraces. En lo que respecta a la caja de cartón Flavoraid donde fueron hallados los 77 gramos de pasta base, es cierto que hay miles de caja iguales, sin embargo, respecto de ésta se cumplió con las normas que rigen la cadena de custodia, como ya se ha dicho, sin que se haya incorporado algún elemento de juicio que introduzca dudas al respecto. En otro orden de cosas, las circunstancias de no haberse usado elementos

técnicos para filmar, fotografiar o grabar toda o parte de la investigación no significa en modo alguno que la operación no existió, ya que, como ha quedado demostrado, ésta fue establecida con otros elementos de juicio. Finalmente, la posible exageración de la nota aparecida en el diario El Día, ratificada por su director responsable, don Sergio Barraza Lazo, no deja de ser una noticia periodística, publicada dos días después de los hechos, que en nada altera el convencimiento a que ha llegado el Tribunal, expuesto precedentemente”.

A pesar que no es del caso entrar en los detalles del razonamiento judicial, nos parece relevante indicar que los jueces deben explicitar en su sentencia cómo es que llegan a las conclusiones de la misma, para cuyos efectos el alegato de clausura es el momento en que los litigantes pueden contribuir a que dicho razonamiento sea plenamente reproducible, lógicamente plausible, claro, lógico, preciso, haciéndose cargo de toda la prueba producida en el respectivo juicio oral. En el nuevo sistema procesal penal los jueces sólo van a dictar la sentencia que surja del debate promovido por las partes y salvo las cuestiones relativas a la calificación jurídica —aunque habría que ver cómo se entiende la atribución de los jueces fijada en el art. 341, inc. final—, serán las partes las que deberán promover un debate en torno a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que pudieren alterar la simple exposición respecto del hecho punible. Se tendrá que recurrir a las distinciones más propias de la doctrina y la jurisprudencia relativas a los elementos subjetivos del tipo, a la culpabilidad para verificar si hay imputabilidad, si hay error de prohibición, si hay causales de exculpación u otras circunstancias que modifiquen el proceso de razonamiento judicial desde la simple conexión entre hecho punible y participación, hasta cualesquiera de estas cuestiones propias del razonamiento jurídico.

Y es tarea de los litigantes entregarle al tribunal los argumentos fácticos y jurídicos para que los jueces puedan incorporar a su proceso de razonamiento estas consideraciones; y el momento más apropiado para hacerlo es precisamente el alegato de clausura.

6. Refutar al adversario

No basta con proporcionar todos los antecedentes y argumentos para que el tribunal acoja la teoría del caso que se le propone. También

habrá que estar atento a lo que ha realizado la contraparte durante el juicio y a su estrategia, a fin de formular durante la clausura las razones por las cuales deben ser desechadas sus peticiones y pretensiones.

Las modalidades para desacreditar o refutar a la contraparte durante la clausura son de dos tipos: 1) indicarle directamente al tribunal que no puede acoger la tesis de la contraparte, porque se ha distorsionado la prueba o se han formulado argumentos contradictorios o incongruentes; y/o 2) teniendo por acogida la evidencia, solicitar al tribunal que debe llegar a otras conclusiones distintas a las de la contraparte.

Estas modalidades se pueden utilizar conjuntamente en una misma argumentación; lo importante es que se le muestre al tribunal que la prueba propia es más contundente, y que logra acreditar las proposiciones fácticas, agregando las críticas de refutación o denegación.

7. Argumentar en función de la credibilidad

El juicio oral se decide en función de la credibilidad de la prueba presentada. Aspectos relativos a la credibilidad del testigo o perito y a la credibilidad de su testimonio, resultan fundamentales para los efectos de lograr la sentencia buscada.

Así, debemos distinguir entre: a) testigo o perito que miente; b) testigo o perito que se equivoca, o c) testigo o perito que no es de confiar.

Desde luego, ningún sentido tiene intentar desmerecer el testimonio de un testigo que con toda nitidez apareció como muy fiable ante el tribunal, salvo que se cuente con herramientas poderosas para ese efecto.

Tampoco se debe olvidar que nuestros constructos suelen estar mediatizados por sentimientos, percepciones, creencias y estereotipos. Para nadie es un misterio que la apariencia personal del testigo, su profesión u oficio, su situación económica, su cultura y lenguaje, pueden llegar a afectar, en sentido positivo o negativo, su testimonio. Ahora bien, tales influencias operan en el subconsciente de los jueces, por lo que es un tanto embarazoso hacerse cargo de ellos en el alegato de clausura. Más bien se trata de una cuestión que debemos tener presente a la hora de trabajar lo que está detrás de lo que afirmamos, pero que no decimos explícitamente. Salvo, claro está, que sea necesario mencionar expresamente los estereotipos o percepciones sociales a las

cuales se están conduciendo los razonamientos. Por ejemplo, “Señores magistrados, ustedes han escuchado al señor Bravo. No se trata de un hombre locuaz, con un alto nivel cultural, que pueda expresarse con adjetivos calificativos precisos y sustantivos rebuscados. Eso es verdad. Pero debemos, entonces, ver qué es lo que con sus dichos, dentro de su propio contexto cultural, este testigo nos expresa, y no quedarnos con la falsa impresión de que él nada nos aporta. Todo lo contrario, es precisamente la sencillez de sus expresiones lo que mayor credibilidad genera en su testimonio. Repasemos lo que nos dijo: ...”.

8. Indicar a los jueces cuál es el resultado esperado

Aunque pueda parecer una obviedad a estas alturas, es bueno indicarle al tribunal las peticiones que se le han formulado y el resultado pretendido en el juicio. El tribunal debe tener absoluta claridad sobre la pretensión concreta que le han formulado las partes durante el juicio. Si los daños son mayores de los esperados y no han fructificado los mecanismos de control, entonces el litigante deberá evaluar cuál va a ser su comportamiento al momento de presentar su clausura, ya que también se encuentra en juego su reputación y credibilidad, la que no puede verse afectada para futuros casos.

9. Indicar a los jueces la sentencia esperada

La clausura es un buen momento para cooperar con los jueces, entregándoles los argumentos que permitan acoger o desechar las peticiones de las partes, y esto lo decimos con especial énfasis para las siguientes materias:

- a) *Hechos probados.*
- b) *Hechos no probados.*
- c) *Participación aceptada.*
- d) *Participación no aceptada.*

Los jueces suelen utilizar el esquema mencionado al momento de estructurar el contenido de sus sentencias, en función de los hechos que estiman han resultado probados, distinguiendo entre el hecho punible y luego sobre la participación.

Para ello, una vez reproducidas las convenciones probatorias, si fuere el caso, el tribunal especifica lo que entiende que ha sido probado en el

juicio, para luego desmenuzar cómo es que da por probados cada uno de esos hechos.

Algunas veces tal razonamiento se estructura indicando en la sentencia de los jueces cada uno de los hechos, agrupando las pruebas que resultan favorables a la aceptación de cada punto, indicando de inmediato cuáles resultan desfavorables o si no se dan por aceptados, y en virtud de qué resultan desechadas.

Lo que se va produciendo en el razonamiento judicial es un ordenamiento de los hechos que se dan por probados y en virtud de qué elementos probatorios, señalando de inmediato cuáles hechos opuestos no se dan por probados, y las razones para ello. Recuérdese que en el razonamiento judicial se parte de ciertas afirmaciones de hechos, para llegar a adoptar una decisión, normalmente de reproche, de justificación o de absolución.

Se producen dos momentos que acompañan la sentencia. En un primer momento se dan razones explicatorias o motivacionales, para luego asumir las necesarias razones justificatorias o que fundamentan la decisión. De allí que el esquema de las sentencias efectivamente comprenda estos dos momentos, pero de manera diversa. En unos casos ordenando los hechos que resultan probados, explicándolos a través de las pruebas presentadas por las partes, consignando en cada caso cuáles son los elementos probatorios que sirven para acreditar esos hechos y cuáles no, señalando por qué se acogen unos y por qué no se acogen otros. En otras circunstancias se revisa cada elemento de carácter probatorio para expresar qué se entiende que prueba ese elemento, y por qué se le acepta con ese poder; así como se pueden indicar los elementos probatorios que han sido descartados, con argumentaciones respecto al por qué han sido desechados.

La decisión judicial se funda en los hechos, pero construye mucha argumentación relativa al derecho que aplicará a los mismos. Existe un enorme espacio para “intervenir” en el razonamiento judicial, al modo de debatir si efectivamente los hechos, de la manera en que han sido probados, admiten una simple subsunción en el derecho que resulta invocado. O planteado de otra manera, cómo es que a esos hechos debe resultarle aplicable una determinada regla de derecho y no otra.

La revisión de sentencias dictadas por tribunales orales en lo penal es sumamente útil para mostrar las diversas maneras en que los jueces

efectúan su razonamiento²⁴⁷. Un ejercicio de esta especie puede servir para que los litigantes tengan siempre “en la mira” cuál es la sentencia que quieren que los jueces redacten en función de la teoría del caso que han traído al juicio y, en consecuencia, organizar su alegato de clausura teniendo a la vista esa sentencia, de modo que los jueces puedan tomarla y hacerla suya.

²⁴⁷ Se recomienda la lectura de la jurisprudencia seleccionada por especialistas en *Revista Procesal Penal* (LexisNexis).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Cristián: *Código Procesal Penal, Comentado, Concordado, Breves Reseñas Jurisprudenciales*. T. 1. Editorial Metropolitana, Santiago, 2001.
- BAILEY, F. Lee: *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. Editorial Limusa, México, 2000.
- BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio: *Litigación Penal en Juicios Orales*. Universidad Diego Portales, 2ª edición, Santiago, 2001.
- BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio: *Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*. CEJA, Universidad Diego Portales, Santiago, 2003.
- BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio: *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*. CEJA, Universidad de Chile & Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.
- BERGMAN, Paul: *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*. Abeledo-Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1995.
- BLANCO, Rafael, HUTT, Richard, ROJAS, Hugo: "The Reform to the Criminal Justice in Chile: Evaluation and Challenges", en *The Loyola University Chicago International Law Review*, Chicago, 2005.
- BLANCO, Rafael, HERNÁNDEZ, Héctor, ROJAS, Hugo: "Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 8, Santiago, 2005.
- BLANCO, Rafael, DÍAZ, Alejandra, HESKIA, Joanna, ROJAS, Hugo: "Justicia Restaurativa: Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 6, Santiago, 2004.
- BLANCO, Rafael, DECAP, Mauricio, HERNÁNDEZ, Héctor, ROJAS, Hugo: "Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 1, Santiago, 2002.

- BOFILL, Jorge: "Preparación del Juicio Oral y Juicio Oral", en *Las Reformas del Proceso Penal*. Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2000.
- CAFFERATA NORES, José I.: *Derecho Procesal Penal, Consensos y Nuevas Ideas*. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998.
- CAMPS, José Luis: *La Defensa del Imputado en la Investigación del Nuevo Proceso Penal*. Lexis-Nexis, Santiago, 2004.
- CARDOZO, Benjamin: *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press, New Haven / Londres, 1992.
- CAROCCA, Alex, et al.: *Nuevo Proceso Penal*. Editorial Conosur, Santiago, 2000.
- CAROCCA, Alex: *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Lexis-Nexis, 3ª edición, Santiago, 2005.
- CAROCCA, Alex: *La Defensa Penal Pública*. Lexis-Nexis, Santiago, 2002.
- CERDA, Rodrigo: *Etapas Intermedia. Juicio Oral y Recursos*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2003.
- CERDA, Rodrigo: *El Procedimiento Abreviado*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2003.
- CHAHUÁN, Sabas: *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Lexis-Nexis, Santiago, 2002.
- COLOMA, Rodrigo, et al.: *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*. Lexis-Nexis, Santiago, 2003.
- DAKOLIAS, Maria: "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", en *Virginia Journal of International Law*, 36, 1995.
- DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián: *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, T. I. Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.
- FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE: *Reforma Procesal Penal, Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. T. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- HERNÁNDEZ, Héctor: "La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, Nº 2, 1ª reimpresión, Santiago, 2004.
- HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. I: Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II: La etapa intermedia o de preparación de juicio, la prueba, la etapa del juicio oral, los recursos, los procedimientos especiales,

- ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad, la acción civil en el proceso penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- HORVITZ, María Inés: "Relaciones Policía-Ministerio Público en el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Desafíos y Propuestas", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCVI, Santiago, 1999.
- HORVITZ, María Inés: "Ministerio Público y Selectividad", en *Revista Pena y Estado*, 2, Santiago, 1997.
- JACOB, Herbert, et al.: *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. Yale University Press, New Haven / Londres, 1996.
- KURLAND, Michael: *How to Try a Murder Case. The Handbook for Armchair Lawyers*. MacMillan, Nueva York, 1997.
- LEDESMA, Ángela E.: "Principales problemas que plantea el sistema oral", en *Sistemas Judiciales*, CEJA, N° 7, Santiago, 2004.
- LIEF, Michael S., CALDWELL, H. Mitchell, BYCEL, Ben: *Ladies and Gentleman of the Jury. Greatest Closing Arguments in Modern Law*. Scribner, Nueva York, 1998.
- MAIER, Julio: *Reformas Procesales en América Latina*. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.
- MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal*. T. I: Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999.
- MARTINEAU, François: *Técnicas de Argumentación del Abogado*. Editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2000.
- MAUET, Thomas A.: *Trial Techniques*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 5ª edición, Gaithersburg / Nueva York, 2000.
- MAUET, Thomas A.: *Pretrial*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 4ª edición, Gaithersburg / Nueva York, 1999.
- MINTZBERG, Henry, QUINN, James B.: *El Proceso Estratégico. Conceptos, Contextos y Casos*. Prentice Hall, 2ª edición, México, 1993.
- NAPLEY, Sir David: *The Technique of Persuasion*. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 1991.
- NÚÑEZ, Cristóbal: *Tratado de Derecho Procesal Penal y del Juicio Oral*. T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- PEÑA, Carlos: "¿Estimular los Mecanismos Alternativos?", en *Sistemas Judiciales*, 2, CEJA, Santiago, 2002.
- PEREIRA, Anthony W.: "Authoritarian Legalism: Explaining Judicial Reform Outcomes in Argentina, Brazil, and Chile", en *Human Rights Review*, 4, 2003.

- PFEFFER, Emilio: *Código Procesal Penal, Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- PIQUÉ, J., RIFÁ, J. M., SAURA, L., VALLS, J. F.: *El Proceso Penal Práctico*. La Ley-Actualidad, 1997.
- POBLETE, Orlando: "Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias", en CHAHUÁN, Sabas: *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial ConoSur, Santiago, 2001.
- POLITOFF, Sergio, et al.: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- RUDOVSKY, David: "The Criminal Justice System and the Role of the Police", en KAYRIS, David (ed.): *The Politics of Law. A Progressive Critique*. Panteón, Nueva York, 1982.
- SPENCE, Gerry: "How to make a complex case alive for a jury", en *ABA Journal*, American Bar Association Journal, N° 72, 1986, pp. 62-66.
- TAVOLARI, Raúl: "Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Chileno", en *El Proceso en Acción*. Editorial Libromar, Santiago, 2000.
- TIEDE, Lydia B.: "Committing to Justice: An Analysis of Criminal Law Reforms in Chile", en *CILAS Working Papers*, N° 22, Center for Iberian and Latin American Studies, University of California - San Diego (21 de julio de 2004).
- WELLMAN, Francis L.: *The Art of Cross-Examination*. Touchstone, Nueva York, 1997 (1ª edición de 1903, Simon & Schuster Inc.).
- ZAPATA, María Francisca: *La Prueba Ilícita*. Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2004.

