

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título:

“PRUEBA ORIGINADA EN ETAPAS PREVIAS AL JUICIO ORAL Y SU VALOR EPISTÉMICO EN EL PROCESO PENAL CHILENO”.

Alumno/a:

GONZALO LOBOS FUICA

Tutor/a: Doctor EDGAR RAMÓN AGUILERA GARCÍA

Convocatoria (mes/año)

Segunda Convocatoria. Presentado en mayo de 2019.

PRUEBA ORIGINADA EN ETAPAS PREVIAS AL JUICIO ORAL Y SU VALOR EPISTÉMICO EN EL PROCESO PENAL CHILENO.

GONZALO LOBOS FUICA

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad analizar los distintos supuestos de prueba obtenida durante las etapas previas al juicio oral en el proceso penal chileno. Dicho análisis se realiza a la luz de los derechos de defensa, contradicción y el principio de inmediación, con el fin de determinar si dicha prueba se enmarca dentro de tales derechos y principios y el grado de fiabilidad que la misma puede generar en la consecución de la verdad por parte de los jueces que la valorarán al ser reproducida en el juicio oral. Asimismo, las conclusiones obtenidas se contrastan con la lógica del proceso penal, dependiendo si se entiende que el mismo busca obtener la verdad o sólo resolver el conflicto jurídicamente relevante.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the different assumptions of evidence obtained during the stages prior to the oral trial in the Chilean criminal process. This analysis is carried out in the light of the rights of defense, contradiction and the principle of immediacy, in order to determine if such proof is framed within such rights and principles and the degree of reliability that it can generate in the achievement of truth for the judges that will value it when being reproduced in the oral trial.

Likewise, the conclusions obtained are contrasted with the logic of the criminal process, depending on whether it is understood that it seeks to obtain the truth or only resolve the legally relevant conflict.

PALABRAS CLAVES /KEYWORDS

Prueba, Verdad, Derecho de defensa, inmediación, principio de contradicción.

Evidence, Truth, Right of defence, immediacy, adversarial principle.

I. PRESENTACIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto realizar un estudio crítico respecto de aquella prueba generada en etapas previas a la audiencia de juicio oral, pero que resulta analizada y valorada en dicha audiencia. Este estudio se realizará desde la perspectiva del derecho a la defensa, el derecho de contradicción (confrontación) y el principio de inmediación, con el fin de dimensionar el sentido y alcance de esta clase de prueba en relación con el objetivo de averiguar la verdad dentro del proceso penal chileno.

Hago presente que Chile cuenta con un proceso penal en el que el ministerio público es una entidad autónoma encargada de la investigación de hechos indiciarios de delito y ejerce la acción penal pública. Entonces, la investigación es administrativa y, durante su desarrollo, los jueces de garantía sólo tienen la potestad de cautelar los derechos de los intervinientes en el proceso, de modo que carecen de imperio respecto de la propuesta, aceptación y rendición de diligencias probatorias, salvo contadas excepciones.

El principio general impone que la prueba sea ofrecida y depurada en la “audiencia de preparación de juicio oral”, para ser desahogada en la audiencia de juicio oral, momento en que un tribunal colegiado la percibe directamente con sus sentidos, la valora y dicta sentencia.

Que la prueba sólo se rinda en el juicio oral se sustenta en que es el momento ideal para que las partes ejerzan el derecho de contradictorio (confrontación) respecto de las probanzas aportadas por la contraria. Además, como la prueba se rinde ante imputado y defensor, estos pueden hacer efectivo el derecho de defensa respecto de las imputaciones que se realizan. Finalmente, que la prueba se incorpore en audiencia frente a jueces que la perciben directamente a través de sus sentidos, apareja la noción de inmediación que permite asumir una mejor valoración de los elementos probatorios desahogados.

Sin embargo, que exista posibilidad de actividad probatoria fuera de la audiencia de juicio oral, necesariamente parece poner en jaque uno o más de los derechos y principios referidos, pudiendo afectar la calidad de la decisión tomada con base en esta clase de prueba.

El presente análisis tendrá dos aristas: la más importante, consistirá en establecer si los supuestos de prueba previa al juicio oral vulneran derechos y garantías de las partes, especialmente del imputado, de un modo tal que nos hagan dudar de la calidad de una decisión basada en este tipo de prueba. La segunda arista, tendrá que ver con establecer si esta clase de prueba, y sus características, presenta sustento lógico dentro de la estructura del proceso penal chileno.

II. INTRODUCCIÓN.

Para una mejor comprensión explicaré brevemente cuáles son las características del proceso penal en Chile.

El juicio ordinario penal se divide en tres fases: (1) Etapa de investigación: En la que el fiscal ostenta el monopolio de la investigación oficial y realiza las diligencias necesarias para arribar a la convicción de acusar o no a un imputado. (2) Etapa intermedia: Opera desde que el fiscal decide presentar acusación contra el pesquisado, imputándole la comisión de determinado delito. El juez de garantía cita a una audiencia de “preparación de juicio oral”, en la que los intervinientes discuten sobre la prueba que presentarán en juicio, su pertinencia y legalidad, a la vez que resuelven otros detalles del juicio oral. (3) Audiencia de juicio oral: Se desarrolla frente a un tribunal colegiado distinto del tribunal unipersonal que conoció las etapas anteriores. Aquí, las partes hacen sus alegaciones y rinden la prueba ofrecida previamente, de modo que los jueces percibirán la prueba con sus sentidos para valorarla y resolver motivadamente el fondo del conflicto.

De las características básicas del proceso destacan dos particularidades: Primero, la casi nula participación del órgano jurisdiccional en la proposición, admisión y generación de antecedentes probatorios durante la investigación (veremos que la única excepción es la prueba anticipada). Se puso en cabeza del ministerio público toda la responsabilidad de la investigación, la que es administrativa, por cuanto la fiscalía es un órgano autónomo que no ejerce actividad jurisdiccional (DUCE & RIEGO, 2007. pp. 545-546), de modo que puede realizar todas las actividades de investigación necesarias, pero si se afectan derechos o garantías del imputado o terceros, requerirá autorización judicial. Eso sí, la labor del juez de garantía se limita a autorizar la diligencia investigativa, sin tener ninguna participación en su generación. De modo que, ni en las declaraciones, ni en las diligencias periciales, ni en el sitio del suceso, ni en el levantamiento de especies o fijaciones fotográficas participa un juez. Por ende, todo lo obtenido durante la investigación es “obra de parte”.

La segunda característica relevante se da en la etapa de juicio oral, por cuanto en ella se debe incorporar la prueba de los intervinientes, bajos los principios de oralidad, intermediación, publicidad, continuidad, concentración y contradicción (HORVITZ & LÓPEZ, 2004. pp. 233-255). Asimismo, la prueba está regida por ciertos principios como: libertad probatoria (todo elemento de juicio sirve como prueba) y libre valoración de la misma. En cuanto a la valoración, hay dos disposiciones importantes: los artículos 340¹ y 297² del código procesal penal, que otorgan las bases fundamentales para lograr la convicción necesaria al condenar al acusado (o absolverlo en caso de ausencia de tal convicción). Como veremos al analizar el principio de intermediación, el problema que genera esta alusión a la “convicción” radica en que la jurisprudencia chilena la ha entendido más bien como un estado psicológico subjetivo del juez y no como una referencia a las características que las pruebas en lo individual y en conjunto debieran tener para considerarlas suficientes, de modo que tal forma de concebirla se encuentra potencialmente desvinculada de toda valoración racional de los elementos de juicio disponibles.

El artículo 340 consagra que la convicción se obtiene con la prueba rendida en el juicio oral y plantea la “duda razonable” como estándar de prueba. El artículo 297, fija que la prueba: a) Se valora con libertad, pero sin contradecir la lógica, la experiencia, ni las reglas de la ciencia; b) Deben valorarse todas las pruebas generadas en juicio, incluso las desestimadas; c) La valoración probatoria implica que la sentencia indique el o los medios de prueba que dieron por probados los hechos y qué hechos fueron probados, d) Finalmente impone al juzgador de los hechos el deber de explicar lo resuelto, de modo que, quien lea el fallo, pueda reproducir su razonamiento y comprender sus conclusiones. Entonces, la imputación se resolverá con aquella prueba que fue desahogada, presenciada y percibida por el tribunal en la audiencia de juicio, entendiendo esta “percepción” de la misma forma en que lo hace NIEVA (2010. p. 34), por cuanto implica tanto la extracción de resultados desde la prueba como el juicio racional del juez sobre dicha percepción. Sobre el punto, es necesario tener en cuenta la diferencia entre “explicar” por qué se tomó una decisión respecto a los hechos que se dan por probados y “justificar” esa decisión. “Explicar” implica, en términos generales, señalar la lista de factores o antecedentes que apoyan la decisión tomada. Ese listado puede contener prejuicios, sesgos o predisposiciones irracionales, tales como “máximas de la experiencia” infundadas. Además, pueden existir factores mentales inconscientes que operan en el proceso de toma de decisiones, lo que dificultará la reproducción del *iter* mental seguido para alcanzar una decisión. Lo que la norma legal debiera buscar implica, más bien, que el juzgador “justifique” su decisión fundándola en razones epistémicas, es decir, utilizando criterios de razonabilidad empírica que maximicen las probabilidades de determinación de los hechos de manera correcta y permitan un real control intersubjetivo de lo resuelto.

¹ Art. 340 CPP. **Convicción del tribunal.** Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

² Art. 297 CPP. **Valoración de la prueba.** 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”

III. LOS DERECHOS DE DEFENSA Y DE CONTRADICCIÓN (CONFRONTACIÓN) Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA.

1.- Derecho a la Defensa.

La doctrina entiende al derecho a la defensa, o “derecho de defensa”, como un derecho genérico que comprende una serie de subespecies de derechos específicos en favor de los intervinientes del proceso, especialmente para el imputado, entendiendo que “...constituye el derecho fundamental de todos los interesados en participar en el juicio jurisdiccional, por lo que exige, en particular a favor del imputado (...), la posibilidad de que puedan formular a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y pruebas y contradecir las contrarias, generando la obligación del tribunal de tomarlas en cuenta” (CAROCA, 2002. p. 283). Respecto del perseguido penalmente quienes, hay lo plantean como “...el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente ante la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquel existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente” (GIMENO, 1996. p. 68). La propuesta de GIMENO SENDRA resulta interesante, por cuanto plantea que el derecho de defensa del imputado importa que la actividad defensiva también se desarrolle durante la instrucción y exige igualdad de armas en los actos de prueba del proceso, precisamente el *quid* de nuestro análisis. Entonces, el derecho de defensa del imputado comprende la facultad “...de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe” (MAIER, 2004. p. 547).

Sin embargo, al intentar establecer con exactitud qué protege este derecho, ocurre que, ante un análisis más prolijo del proceso penal chileno, se vislumbra que la etapa de investigación no contempla una protección de derechos tan potente como la que describe GIMENO SENDRA, lo que no implica que en Chile se desconozca el derecho de defensa, sino que, en la fórmula escogida por el legislador para el proceso penal, la etapa de investigación cuenta con una batería muy básica de derechos en favor del imputado, que sólo se ve mejorada durante las etapas intermedia y de juicio oral.

En efecto, al dar una ojeada a los derechos del imputado durante la investigación (CAROCA, 2002. pp. 283-292), aparecen el derecho a ser oído, a intervenir y formular alegaciones (artículo 8° CPP), a conocer el contenido de la imputación (artículos 93 a) y 229 CPP), a presentar o proponer diligencias de prueba (artículo 183 y 257 CPP) y a contar con un abogado de confianza o derecho a la defensa técnica, desde el principio del proceso (artículo 8° inciso primero y artículo 102 CPP). Empero, existen dos situaciones específicas que demuestran que el legislador chileno prefirió la eficacia de la investigación fiscal sobre la garantía de defensa del imputado: 1.- Ninguna norma impone al fiscal el deber de notificar al imputado respecto de la investigación que se sigue contra éste y 2.- El artículo 184 del mismo texto legal impone fuertes limitaciones al ejercicio de defensa durante las actividades de investigación del ministerio público.

En primer lugar, destaco la sorprendente opción del legislador chileno consistente en no imponer al ente persecutor el deber de informar al pesquisado que es objeto de una investigación, de modo que se puede dar la contradictoria situación de que el imputado cuente con todos los derechos que su calidad otorga (arts. 7 y 8 CPP), pero no los ejerza

porque desconoce que es imputado. Al respecto, la doctrina chilena se encuentra conteste en señalar que existen dos clases de investigaciones: a.- las “investigaciones formalizadas”, donde operó la “formalización de la investigación”, que consiste en una audiencia pública, ante el juez de garantía, en la que al encartado se le informa que se encuentra sujeto a pesquisa, por lo que recibe noticia formal de su situación y b.- Las investigaciones “desformalizadas”, en las que la Fiscalía desarrolla su investigación sin dar noticia al indagado. Resulta importante aclarar las consecuencias de una u otra clase de investigación, porque la formalización es un acto jurídico procesal que produce efectos importantes, como por ejemplo, imponer al fiscal un plazo para desarrollar la investigación. Entonces, que el ministerio público desarrolle pesquisas “a espaldas” de los imputados, sin sujeción a plazos y sin que los afectados siquiera sepan lo que ocurre para realizar actos de defensa, puede entenderse como un abuso por parte del Estado en el ejercicio de la persecución penal (CÁRCAMO, 2014.) Esto ocurre porque la normativa chilena plantea que la “formalización de la investigación” es una facultad privativa y discrecional del ministerio público (art. 231 CPP) y la norma del artículo 186 del precitado código de enjuiciamiento, que permite al imputado preguntar al ministerio público, frente al juez de garantía, si efectivamente es objeto de investigación y cuál es el contenido de la misma, no ha servido como límite a la discrecionalidad con la que puede actuar el fiscal; por cuanto, pese a que el precepto contempla que el juez imponga a la fiscalía un plazo para formalizar, se ha entendido que la regla carece de sanción, deviniendo en inaplicable.

Lo que ocurre en Chile se contrapone al caso español, por cuanto del artículo 486 LECrim se desprende que “... todo acto de inculpación judicial formal (admisión a trámite de denuncia o querrela, o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona determinada) debe llevar aparejada la inmediata citación del inculpado para ser oído por el Juez Instructor” (GARCÍA, 2000. p. 184).

El contrapunto es importante, por cuanto permite deducir que la institucionalidad ibérica pone a la investigación en igual rango de importancia que el resto de las etapas del proceso, lo que permite entender las exigencias que hace la jurisprudencia de la península a la actividad probatoria que se desarrolla durante las pesquisas para que posteriormente produzca efectos en el juicio oral, conforme lo verificaremos en las próximas páginas.

Un segundo elemento de juicio tiene relación con el artículo 184³ del código procesal penal, el cual prescribe que el ministerio público tiene la facultad de “permitir” que el imputado, u otros intervinientes, asistan a las diligencias de investigación sólo si el propio fiscal lo “estima útil”. Además, durante estas diligencias, el persecutor puede impartir instrucciones obligatorias a la defensa, al imputado o interviniente compareciente, de modo que está facultado para limitar sus intervenciones en la actividad. Finalmente, se le otorga el poder de excluir de la diligencia, en cualquier momento, a estos comparecientes. Claramente, la norma es una verdadera “declaración de principios” sobre la nula injerencia de la defensa y el imputado en la obtención de información durante la investigación fiscal.

2.- Derecho de Contradicción (Confrontación).

El principio de contradicción no existe expresamente en la normativa procesal penal chilena, pero su presencia no es discutida por la doctrina, la que lo plantea como un principio que se puede extraer de diversas normas legales, aunque existen divergencias en cuanto a su proyección dentro de las diversas etapas del proceso.

³ Art. 184 CPP. *Asistencia a diligencias.* Durante la investigación, el fiscal podrá permitir la asistencia del imputado o de los demás intervinientes a las actuaciones o diligencias que debiere practicar, cuando lo estimare útil. En todo caso, podrá impartirles instrucciones obligatorias conducentes al adecuado desarrollo de la actuación o diligencia y podrá excluirlos de la misma en cualquier momento.

Hay quienes lo plantean como un principio general en todas las etapas (CASTRO, 2008. pp. 65-66); para otros, opera en todo el proceso penal, aunque puede presentar restricciones en la etapa de investigación, manifestándose plenamente en el juicio oral (CHAHUÁN, 2012. p. 344) y hay quienes sólo lo reconocen como un principio propio del juicio oral (MATURANA & MONTERO, 2010. pp. 715-717, también HORVITZ & LÓPEZ, 2004. pp. 253-255).

Tampoco existe coincidencia en cuanto al contenido del derecho de contradicción. Para HORVITZ & LÓPEZ es "...la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de hipótesis acusatorias" (2004. p. 253); lo que es simplificado por CASTRO, al explicar que "significa que los hechos del procedimiento (...) deben discutirse entre acusador y acusado" (2008. pp. 65-66). Más completo resulta formularlo como un derecho que "...garantiza que la producción de pruebas se hará bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad que ellos tengan la facultad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones tanto sobre la prueba propia, como respecto a de la de los otros. El control permitido por el principio contradictorio se extiende, asimismo, a las argumentaciones de las partes" (CHAHUÁN, 2012. p. 344). El elemento de contradicción en las argumentaciones resulta primordial para entenderlo como sinónimo de "bilateralidad de la audiencia", conforme a lo exponen MATURANA & MONTERO, con hincapié en que lo cautelado es "... la presencia física por parte de quienes son esenciales para el ejercicio de la función de juzgar, postular el ejercicio de la pretensión punitiva y asumir la defensa frente a esa postulación" (2010. p. 717).

Por otro lado, no existe divergencia en asumir que este derecho sí consagra la facultad de examinar y contraexaminar los hechos y dichos vertidos en juicio (MORENO, 2013. pp. 109-110) y que su más fuerte expresión radica en la posibilidad de contrainterrogar a peritos y testigos de la contraria (DUCE, 2014. pp. 126-131; también VIAL, 2006. p. 11 y BAYTELMAN & DUCE, 2004. pp. 151-153).

El ejercicio de la contradicción, sobre todo en su faz "contraexaminadora", importa mucho para efectos del presente estudio, por cuanto a esta facultad de analizar la prueba de la contraparte durante el proceso penal se considera como una de las principales fórmulas para mejorar la decisión judicial, por cuanto se obtendría información de mayor calidad (DUCE, 2014. p. 123; también BAYTELMAN & DUCE, 2004. p. 151), otorga confiabilidad a la prueba, estableciendo la veracidad de los testigos (VIAL, 2006. p. 11) y se reduce "...al mínimo el poder de verificación o denotación fáctica del juez y la arbitrariedad de su convicción, asegurando la máxima certidumbre o seguridad posible de las decisiones condenatorias" (FERRAJOLI, 2011. p. 152).

Asimismo, en esta idea de mejorar la calidad de la decisión, hay quienes estiman que el contradictorio es el mejor método para verificar o refutar hipótesis, por cuanto "...al permitir someter a prueba la tesis de la acusación, con la consiguiente posibilidad de su refutación, permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confronte, con la posibilidad de que, incluso, prevalezca otra hipótesis" (GUZMÁN, 2018. p. 172). Esta doctrina afirma que el contradictorio "pasa de ser una simple condición del derecho de defensa a ser, directamente, *estructura del proceso*, (...) como mejor método para el conocimiento de la verdad" (GUZMÁN, 2018. p. 173).

Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia chilenas (DUCE, 2014. p. 124) han incorporado este derecho de contradicción al listado de garantías del debido proceso en Chile, a lo menos durante el juicio oral. Pero, el problema surge porque

este derecho no parece estar consagrado durante la etapa de investigación, en atención a las limitaciones que sufren los intervinientes distintos del ministerio público, especialmente la defensa y el imputado, durante aquella fase.

Tal y como se indicó, a propósito del ejercicio del derecho a la defensa, la etapa de investigación muestra un claro predominio del persecutor, privilegiando la eficacia de la pesquisa por sobre la garantía de los derechos del justiciable. Que la investigación se desarrolle sin conocimiento del imputado, unido a que la defensa y el pesquisado sólo pueden participar en las diligencias de investigación si el fiscal lo estima conveniente, sin poder intervenir en ellas y con la posibilidad de que en cualquier momento sean expulsados de la misma, son ejemplos esclarecedores de que el proceso penal otorgó mayor proyección a las garantías de defensa para el momento de rendir prueba en el juicio oral, en desmedro de la investigación. Y es aquí donde se produce el problema probatorio que nos convoca, por cuanto, y como estudiaremos, en Chile existen casos de prueba generados durante la investigación, que luego sólo se reproducirán en juicio oral, en los que simplemente no se cumplirá con los estándares de defensa que la propia legislación prevé como fundamentales para obtener una decisión de buena calidad.

Nuevamente resulta útil el contrapunto con el proceso penal español, en el que rige la misma idea fuerza que en Chile, entendiendo que "... los actos de investigación llevados a cabo durante la instrucción no están encaminados a fundar la sentencia penal. Sólo los actos de prueba practicados en el juicio oral servirán de fundamento a la sentencia (Art. 741.1 LECrim)" (DEU, 2009. p. 141), aceptando como excepciones a este principio las denominadas "prueba anticipada y prueba preconstituida" (RIAÑO, 2009. pp. 99-101). Pero, a diferencia del derecho chileno, la primera debe garantizar la contradicción "... en una doble fase procesal: 1) en la propia instrucción, cuando se desarrolla la prueba anticipada, y 2) posteriormente en el juicio oral" (DEU, 2009. p. 229). Además, tanto en el caso de la prueba anticipada como de la preconstituida se impone el derecho a la presencia física del inculpado en las diligencias de instrucción que deriven en aquellas, para así velar por el derecho de defensa y el principio de contradicción (GARCÍA, 2000. p. 202).

IV. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y PRUEBA.

Como el derecho de contradicción, el principio de inmediación también es reconocido por la doctrina chilena (BAYTELMAN & DUCE, 2004. p. 59; CHAHUÁN, 2012. pp. 341-343; HORVITZ & LÓPEZ, 2004. pp. 236-240 y MATURANA & MONTERO, 2010. pp. 827-829, entre otros) y su configuración se desprende de diversas normas que imponen la presencia personal de jueces y partes durante el juicio y del artículo 340 inciso segundo del código procesal penal, explicado previamente, que dispone que la convicción solamente se forma con la prueba rendida en el juicio oral. Eso sí, no hay dudas que es un principio que opera únicamente en la etapa de juicio oral.

Se distingue entre inmediación "...subjetiva o formal y objetiva o material (...). De acuerdo con la primera, se trata de garantizar que el juzgador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios. En el segundo de los sentidos, la inmediación garantiza que el juez adquiera su convicción a través de aquellos medios de prueba que se encuentren en más directa relación con el hecho que se pretende probar" (LÓPEZ, 2016. p. 235). Conforme a esta clasificación, se puede afirmar que la legislación chilena y los autores, al hablar del principio, se refieren a la inmediación subjetiva o formal (CHAHUÁN, 2012. p. 341).

La idea de este basamento guarda relación con "...una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba, constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de reducción de errores al

eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Y por otro lado, pero no menos importante, la inmediación en la práctica de las pruebas es también una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción. Esta es la faceta como mecanismo cognoscitivo de la inmediación” (FERRER, 2017a. p. 3).

Pese a que los autores y la jurisprudencia chilena dan mucha relevancia a la inmediación, la importancia y utilidad de este principio es muy discutida en la actualidad, por cuanto se han desnudado falencias que lo hacen ver como una exigencia poco razonable dentro del proceso penal.

Los autores intentan darle el alcance exacto que permita la funcionalidad del principio, evitando una interpretación que genere excesos como el de estimar que lo percibido por los jueces en el juicio es inefable y, por ende, imposible de racionalizar y de controlar. Andrés Ibáñez lo plantea como un instrumento que está al servicio de los medios de prueba, entendiéndolo como una *técnica* de formación de las pruebas y no como un método para el convencimiento del juez (ANDRÉS, 2003. p. 59).

Las críticas son: (1) Hay quienes afirman que la inmediación no existe, debido a que el proceso penal no se reduce al juicio oral, sino que es “un todo” en el que los actos de la investigación y los antecedentes generados en ella sí pueden ser considerados en el resultado final. Se plantea que no existe conocimiento inmediato alguno, por cuanto “...*los medios de prueba* no son más que *mediaciones* que implican la praxis operatoria propia de la investigación/instrucción y con respecto a las cuales carece de sentido hablar de *inmediación* del tribunal juzgador. Por esta razón en la vista oral lo que realmente tiene lugar es *la inmediación* con respecto *al conjunto de las mediaciones que son los medios de prueba*” (LÓPEZ, 2016. pp. 238-239); Por otro lado, se sostiene que (2) este principio se ha utilizado indebidamente como una fórmula para que los jueces eludan la correcta valoración de la prueba y la consecuente motivación de lo resuelto, teniendo en cuenta que “...la inmediación, ciertamente, permite al juez observar al declarante y ver sus reacciones, sobre todo las gestuales. Ahora bien, resulta simplemente absurdo sostener que de ahí surge una especie de misteriosa intuición, por supuesto inmotivable y no sometida a crítica, en virtud de la cual el juez sabe perfectamente si el declarante miente o dice la verdad” (NIEVA, 2012. p. 22). Finalmente, y en perfecta concordancia con esta última crítica, se plantea que (3) la contracara de la inmediación “... es, sin embargo, excluyente: en nombre de este principio se impide la posibilidad de la revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquel estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en la primera instancia” (FERRER, 2017a. p. 2), reprochando que el apego estricto al principio impediría la posibilidad de deducir apelación contra la sentencia dictada en juicio oral, porque el tribunal superior no podría analizar de igual manera la prueba que fue rendida ante el tribunal *a quo*.

Las últimas dos repreciones doctrinarias corresponden a situaciones que el proceso penal chileno asume como normales. Se opina que la idea de valoración subjetiva y de “convicción personal” generada en un juzgador que tuvo contacto inmediato con la prueba, impide que el tribunal superior pueda discutir la apreciación que se realizó libremente por el tribunal *a quo*. La Corte Suprema chilena ha señalado que “...la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito (...), es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio

que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos”⁴, o bien, se ha planteado un total formalismo respecto del contenido del fallo, resolviendo que “...se debe manifestar que el legislador otorga a los jueces plena libertad respecto de la valoración de la prueba, y no resulta posible que a través de este recurso se discuta la apreciación que ellos de manera libre han efectuado, y sólo le compete a la Corte revisar si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales”⁵.

Asimismo, regular un juicio oral sin apelación fue la opción legislativa asumida por el código chileno, en el entendido que “...no existe otra instancia evaluadora, ponderadora de la prueba, que la representada por el juicio oral que se verifica ante el correspondiente Tribunal de Juicio Oral” (TAVOLARI, 2005. p. 201).

La relevancia de este principio en la valoración de la prueba resultará de gran interés al analizar las características de cada una de las situaciones de excepción en las que la prueba se verifica en etapas distintas a las de la audiencia de juicio oral.

V. SUPUESTOS LEGALES DE MEDIOS PROBATORIOS QUE SE RINDEN DE MANERA PREVIA AL JUICIO Y SE REPRODUCEN EN EL JUICIO ORAL PARA SU VALORACIÓN.

En Chile, el juicio oral es la etapa natural para toda la prueba ofrecida por las partes. Sin embargo, la normativa legal contempla excepciones en las que la prueba puede ser desahogada de manera previa al juicio y reproducida en él para que los jueces de adjudicación la perciban indirectamente y la valoren.

Los supuestos legales son cuatro:

1.- Prueba anticipada: Prevista y regulada en los artículos 191, 192 y 280⁶ del código procesal penal chileno. Dichas normas contemplan la posibilidad de que testigos y peritos que se encuentren imposibilitados de declarar en el juicio

⁴ SCS de 12 de junio de 2007, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la E. Corte Suprema, presidida por el Ministro señor Alberto Cheigneau del C. e integrada por los ministros señores Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmetsch U. y el abogado integrante señor José Fernández R.

⁵ SCS de 16 de enero de 2012, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la E. Corte Suprema, presidida por el Ministro señor Jaime Rodríguez E. e integrada por los ministros señores Hugo Dolmetsch U., E., Carlos Kunsemuller L., Juan Escobar Z. y el abogado integrante señor Luis Bates H.

⁶ Art. 191 CPP. **Anticipación de prueba.** Al concluir la declaración del testigo, el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en su caso, le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacerle la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

Sin perjuicio de lo anterior, la inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia en la que se rinda la prueba anticipada.

Art. 192 CPP. **Anticipación de prueba testimonial en el extranjero.** Si el testigo se encontrare en el extranjero y no pudiere aplicarse lo previsto en el inciso final del artículo 190, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que también se reciba su declaración anticipadamente.

Para ese efecto, se recibirá la declaración del testigo, según resultare más conveniente y expedito, ante un cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que se hallare.

La petición respectiva se hará llegar, por conducto de la Corte de Apelaciones correspondiente, al Ministerio de Relaciones Exteriores para su diligenciamiento, y en ella se individualizarán los intervinientes a quienes deberá citarse para que concurran a la audiencia en que se recibirá la declaración, en la cual podrán ejercer todas las facultades que les corresponderían si se tratase de una declaración prestada durante la audiencia del juicio oral.

Si se autorizare la práctica de esta diligencia en el extranjero y ella no tuviere lugar, el ministerio público deberá pagar a los demás intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia los gastos en que hubieren incurrido, sin perjuicio de lo que se resolviere en cuanto a costas.

lo hagan en la audiencia de preparación de juicio oral o en una audiencia previa a la celebración de dicho juicio. Los casos son:

a.- *Prueba a rendir*: Testimonial y pericial.

b.- *Razones de la excepción*: Testigo o perito está imposibilitado de declarar en juicio oral, porque se tiene que ausentar a larga distancia o existe motivo para temer su muerte con prontitud, por incapacidad física o mental al momento del juicio o cualquier otro obstáculo semejante. También se contempla la posibilidad de prueba anticipada en caso de testigos que se encuentran en el extranjero y no es posible compelerlos a comparecer al juicio oral.

c.- *Cómo se recibe la prueba*: Respecto de testigos ubicados en Chile, el fiscal solicita al juez de garantía que reciba anticipadamente la declaración. Para el efecto, el juez cita a todos quienes tengan derecho a asistir al juicio oral, quienes podrán obrar con todas las facultades previstas para dicha comparecencia. Eso sí, respecto del imputado opera una regla distinta a la del juicio oral, por cuanto, si fue válidamente emplazado y no concurre, igualmente se puede celebrar esta audiencia sin su presencia.

En cuanto a los peritos que están en el país, la prueba anticipada se rendirá conforme a las normas propias del juicio oral, pero será el juez de garantía quien cite a una audiencia especial.

Respecto de testigos en el extranjero, se recibirá su declaración ante cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que el testigo esté. La petición se tramitará mediante el Ministerio de Relaciones Exteriores, citando a los intervinientes con derecho a comparecer a una audiencia para recibir la declaración. Ellos que podrán ejercer iguales facultades que si se tratase de una audiencia de juicio oral.

Del código de enjuiciamiento se puede desprender que estas diligencias se deben realizar bajo supuestos muy parecidos al de juicio oral, después de la audiencia de preparación respectiva y en condiciones de que comparezcan todos los interesados. Sólo el precepto que permite celebrar la audiencia sin la presencia del imputado resulta contradictoria con la lógica del juicio oral.

2.- Declaraciones que se generaron durante la investigación, ante la fiscal o ante el juez de garantía y que, por motivos calificados, se permite su reproducción en el juicio oral.

El artículo 331 del código procesal penal⁷ plantea opciones de reproducción de declaraciones que se rindieron de manera previa al juicio. La primera de ellas es la situación explicada respecto de testigos y peritos imposibilitados de

Art. 280 CPP. **Prueba anticipada.** Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.

Si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratase de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.

Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 6º del Título III del Libro Segundo, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratase se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.

Para los efectos de lo establecido en los incisos anteriores, el juez de garantía citará a una audiencia especial para la recepción de la prueba anticipada.

⁷ Art. 331 CPP. **Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral.** Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

a) Cuando se tratase de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en

comparecer a juicio. Empero, también contempla situaciones contrarias a los principios que regulan el proceso penal.

Los casos son:

a.- *Prueba a rendir*: Declaraciones de testigos, peritos e imputados. Respecto de éstos se debe aclarar que sólo aplica para coimputados que no comparecen al juicio oral de un imputado que actualmente está siendo enjuiciado.

b.- *Razones de la excepción*:

-Cuando todos los intervinientes están de acuerdo en incorporar a juicio declaraciones que constan en registros o dictámenes y el tribunal de juicio oral también concuerda en dicha incorporación.

-Cuando los testigos, peritos o coimputados no comparecen a juicio por hechos imputables al acusado que está siendo actualmente enjuiciado. Por ejemplo, amenazas o dádivas pagadas para que no comparezcan.

-Para reproducir en juicio la declaración que un coimputado rebelde prestó previamente ante el juez de garantía.

-Casos en que testigos o peritos han fallecido, cayeron en incapacidad física o mental, están fuera del país o se ignore su residencia o que, por cualquier motivo difícil de superar, no puedan declarar en juicio y **tampoco pudo recibirse su declaración anticipada conforme a los artículos 191, 192 y 280 del código procesal penal**, ya analizados. Se permite la incorporación de la declaración o pericia en el juicio, previa solicitud fundada de cualquiera de los intervinientes.

c.- *Cómo se recibe la prueba*: Las declaraciones aludidas se pueden incorporar mediante su reproducción o la lectura de los registros en que consten los atestados.

Hago presente que el sistema chileno ha escogido el registro de audio para dejar constancia de las audiencias del proceso. De modo que toda declaración llevada a cabo ante un juez de garantía se registrará de ese modo y la pista de audio sólo será “escuchada” por el tribunal oral en lo penal. Respecto a la fórmula de registro del Ministerio Público y las policías, no existe regulación específica, de modo que las declaraciones de testigos e imputados pueden constar en registros escritos o audiovisuales. Sin embargo, la práctica mayoritaria elige el registro escrito, de modo que las declaraciones de los testigos e imputados efectuadas ante órganos de persecución son transcritas y quedan archivadas en la carpeta de investigación fiscal. Respecto de las pericias, el registro siempre es escrito, por cuanto el artículo 315 del código procesal penal exige que esta prueba se presente por escrito en la audiencia de preparación de juicio oral, por lo que su incorporación en el juicio oral será mediante la lectura del informe.

Ahora, expondremos las fórmulas de incorporación de la prueba en el juicio oral conforme a los supuestos del mencionado artículo 331:

-Si se trata de peritos y testigos que cumplieron con las formalidades de los artículos 191, 192 y 280 del código procesal penal, se incorporará la diligencia de “prueba anticipada” realizada ante el juez de garantía, mediante la reproducción del registro de “audio” de esa audiencia. Sólo por excepción, cuando las circunstancias que impidan declarar a peritos

el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 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;

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía, y

e) Cuando las hipótesis previstas en la letra a) sobrevengan con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 y se trate de testigos, o de peritos privados cuya declaración sea considerada esencial por el tribunal, podrá incorporarse la respectiva declaración o pericia mediante la lectura de la misma, previa solicitud fundada de alguno de los intervinientes.

y testigos sobrevengan con posterioridad al momento de rendir la prueba anticipada, se permitirá que, respecto de testigos o peritos privados (es decir, que no pertenecen a institución pública alguna), cuya declaración **se considere como esencial por parte del tribunal de juicio**, se dé lectura a sus declaraciones, ante solicitud fundada de algún interviniente conforme a las letras a) y e) del artículo 331 indicado.

-En el caso de registros o dictámenes que todas las partes acuerden incorporar, dependerá de cómo conste el registro (audio, audiovisual, por escrito u otro) para decidir si se incorpora mediante reproducción o mediante lectura.

-Respecto de declaraciones de testigos o coimputados rendidas en Fiscalía, lo normal será la lectura de ellas, a menos que se hayan registrado de una manera diversa a la escrita, en cuyo caso se reproducirá conforme a las características del registro. Respecto de los peritos, la incorporación será siempre con la lectura de la pericia. Si las declaraciones de testigos o coimputados se rindieron ante algún tribunal, también dependerá de la fórmula de registro del procedimiento respectivo. Ante tribunales penales, laborales y de familia, el registro será de audio y se reproducirá. Frente a jueces de otras competencias, el registro será escrito y deberá leerse en la audiencia. En cuanto al supuesto de la letra d) del artículo en comento, al tratarse de atestados de coimputados ante un juez de garantía, tal actuación debió quedar registrada en audio, de modo que se reproducirá la pista en el juicio oral.

3.- Situación excepcional del artículo 315 del código procesal penal respecto del informe de peritos.

El código procesal penal chileno, en su artículo 315⁸ prescribe expresamente que dicho medio de prueba se incorpora con la declaración del perito en juicio, sin perjuicio de que la pericia se presente previamente por escrito en la audiencia de preparación, para efectos de establecer su pertinencia y necesidad.

Sin embargo, la misma norma contempla excepciones al deber de declarar en los siguientes supuestos:

a.- *Prueba a rendir*: Análisis de alcoholemias, de ADN y las de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

b.- *Razones de la excepción*: La ley no explica las razones. Se limita a señalar que la referida clase de pericias podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la presentación del informe respectivo. Esta norma no estaba contemplada en los inicios del código procesal penal y se implantó por razones prácticas: eran muchos los juicios en los que se ofrecían estas pericias, de modo que el pequeño grupo de peritos institucionales que realizaban los informes ocupaban mucho tiempo en presentarse en los juicios para declarar, en detrimento de su actividad en laboratorio. De modo que se alteró la regla de oralidad para desembarazarlos del deber de asistencia. Atendido a que esta excepción obedece a razones prácticas y no tiene justificación dentro de la lógica del juicio oral, el legislador dispuso una **contraexcepción: Si alguna de las partes lo solicita fundadamente, la comparecencia del perito será obligatoria y no podrá sustituirse**

⁸ Art. 315 CPP. **Contenido del informe de peritos.** Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;

b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y

c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.

con la presentación del informe. Entonces, si existe una teoría del caso que busque cuestionar la pericia, se podrá contraexaminar adecuadamente.

c.- *Cómo se recibe la prueba:* En este punto, la ley sólo refiere que el interviniente que ofrece la pericia debe incorporarlo mediante su “presentación”. La práctica judicial ha entendido que “presentar” consiste en la lectura del informe pericial en la audiencia de juicio.

4.- Situación excepcional de la Ley 21.057 sobre entrevistas videograbadas a menores víctimas de delitos violentos.

Desde hace tiempo hay una especial preocupación respecto de la victimización secundaria que el proceso penal genera en los menores de edad víctimas de delitos violentos o que dejan importantes secuelas psicológicas. La respuesta legislativa a esta preocupación se plasmó en la Ley 21.057, de 20 de enero de 2018, que decidió regular la declaración investigativa del menor de edad afectado por esta clase de delitos, de modo que la misma se realice, por una sola vez, en condiciones adecuadas de privacidad, llevada a cabo por un profesional especializado en el trato con menores de edad y de manera que dicho atestado investigativo sea utilizado para el cumplimiento de las restantes actividades pesquisatorias, incluyendo pericias, sin necesidad de requerir de nuevas declaraciones en cada etapa de la indagatoria. La declaración quedará registrada en una videograbación y no suplirá el testimonio judicial que el menor afectado de todas formas deberá realizar durante el juicio oral. En todo caso, la misma ley contempla que la declaración prestada en juicio oral también se realice bajo circunstancias especiales que consideren la situación de vulnerabilidad del afectado. De forma tal que la testimonial se verifica en una sala especial, denominada “Sala Gesell”, y es realizada mediante un entrevistador experto.

La finalidad de la ley es evitar que el menor de edad afectado por determinados delitos quede sujeto a tener que someterse a diversos interrogatorios y a repetir su versión de los hechos en cada una de las gestiones o actividades de investigación en las que participe durante la pesquisa, para luego volver a ser interrogado en el juicio oral. En todo caso, se debe destacar que se mantiene intacta la idea de que este especial testigo quedará sujeto a presentar su versión en juicio para ser examinado por las partes. Sin embargo, la propia ley contempla dos posibilidades de reproducción y uso de la declaración del menor realizada antes del juicio oral. Las situaciones previstas son:

a.- *Prueba a rendir:* Prueba testimonial otorgada por menor de edad víctima de algún delito de violación sexual, estupro y otros delitos sexuales; de secuestro o sustracción de menor; de pornografía; de homicidio en cualquiera de sus modalidades; de lesiones; de tráfico de migrantes o de robo con violencia o intimidación.

b.- *Razones de la excepción:* La Ley 21.057 contempla dos situaciones que permitirían la reproducción en el juicio oral de una declaración previa del menor afectado:

b.1.- La “**declaración judicial anticipada**”, prevista en el artículo 16 de la referida ley⁹, regula que el fiscal, la víctima, el querellante o el curador *ad litem* del menor afectado pueden solicitar, durante la etapa de investigación y hasta antes

⁹ Artículo 16.- **De la declaración judicial anticipada.** El fiscal, la víctima, el querellante y el curador *ad litem* podrán solicitar la declaración judicial anticipada de los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos contemplados en el artículo 1°.

La solicitud de prueba anticipada podrá realizarse desde la formalización de la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio, debiendo siempre plantearse y desarrollarse ante el juez de garantía. Una vez efectuada la solicitud de prueba anticipada, el juez citará a los intervinientes a una audiencia donde se discutirá su procedencia. En caso de acogerse la solicitud planteada, el juez citará a una audiencia para rendir la prueba de que se trate, notificando a todos los intervinientes y al entrevistador

de la audiencia de juicio, que se reciba la declaración del menor como “prueba anticipada”. El problema está en que la norma no señala las razones por las cuales debiera recibirse esta declaración anticipada, de modo que una fórmula de interpretación sistemática nos sugerirá que esta petición se acoja en situaciones equivalentes a las de los artículos 191, 192, 280 y 331 del código procesal penal.

b.2.- La segunda excepción, contemplada en el artículo 18 de la ley¹⁰, permite reproducir el video de la “entrevista investigativa videograbada” en el juicio oral, lo que sólo puede ocurrir en los siguientes casos:

-Que el o los menores víctimas hayan muerto o hayan caído en incapacidad mental o física que les impida comparecer en juicio. La ley también contempla la posibilidad de que el o los menores puedan comparecer al juicio oral, pero que, durante su presentación, sufran una incapacidad física o psíquica grave que les impida prestar declaración.

-Que los intervinientes del juicio busquen complementar la declaración que el menor ha prestado en juicio o con la finalidad de evidenciar contradicciones o inconsistencias de la presente declaración con la declaración previa.

-Finalmente, Se podrá exhibir la declaración videograbada de la investigación cuando se cita al entrevistador especializado de dicha declaración sólo para efectos de revisar la metodología empleada por el profesional.

c.- *Cómo se recibe la prueba:* En todos los casos, la discusión sobre la exhibición de la entrevista videograbada no puede debatirse, ordenarse o materializarse con la presencia del niño en la audiencia. Por otro lado, la prueba se incorporará al juicio oral con la reproducción y exhibición de la videograbación de la declaración del menor ante el profesional especializado, pero debemos distinguir las fórmulas de generación de esta prueba teniendo en consideración los dos supuestos legales:

que designe. La inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia en la que se rinda la prueba anticipada.

Esta prueba será incorporada en el juicio a través del soporte en que conste la videograbación, conforme a lo establecido en el artículo 331 del Código Procesal Penal. El niño, niña o adolescente no prestará nueva declaración judicial, ya sea anticipadamente o en juicio, salvo que éste así lo solicite libre y espontáneamente, o en caso de petición fundada de alguno de los intervinientes por la existencia de nuevos antecedentes que la justifiquen y que pudieren afectar sustancialmente el resultado del juicio.

Para dictar las resoluciones a que se refiere el presente artículo, el juez deberá considerar el interés superior del niño, niña o adolescente, así como sus circunstancias personales.

¹⁰ Artículo 18.- **Reproducción del video de la entrevista investigativa videograbada en la audiencia de juicio.** Durante el desarrollo de la audiencia de juicio, el tribunal podrá permitir la exhibición del registro de la entrevista investigativa videograbada sólo en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de entrevistas investigativas videograbadas realizadas a niños, niñas o adolescentes que hubieren fallecido, o caído en incapacidad mental o física que les inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio.

b) Cuando se trate de entrevistas realizadas a niños, niñas o adolescentes que, durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufran una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración.

c) Cuando sea necesario para complementar la declaración prestada, o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado. En este caso, para autorizar la exhibición del registro será requisito que el niño, niña o adolescente haya declarado previamente en la audiencia de juicio o en la audiencia de prueba anticipada.

d) Cuando se haya citado al entrevistador que haya realizado la entrevista investigativa, con la finalidad de revisar la metodología empleada. En este caso regirá la prohibición dispuesta en el artículo 12, y la declaración del entrevistador y la exhibición del video se limitarán únicamente a informar al tribunal sobre la metodología y técnica empleadas. Además, la exhibición del video se realizará durante la declaración del entrevistador, y en ningún caso podrá sustituir la declaración judicial del niño, niña o adolescente.

La exhibición del registro de la entrevista investigativa videograbada no podrá debatirse, ordenarse o materializarse en presencia del niño, niña o adolescente.

En el caso de la letra c), toda la confrontación a que hubiere lugar se realizará entre el registro videograbado de la entrevista investigativa y el de la declaración judicial. La exhibición de la entrevista investigativa, cuando fuere autorizada, se realizará una vez concluida la participación del niño, niña o adolescente en la audiencia de juicio, y bajo ninguna circunstancia se autorizará a que se reanude su participación.

c.1.- En el caso de la “declaración judicial anticipada”, tal diligencia debe plantearse y resolverse ante el juez de garantía, de modo que él citará a una audiencia para discutir la procedencia de la petición. Si la solicitud es acogida, el propio juez de garantía citará a todos los intervinientes del proceso y al entrevistador designado a una audiencia para desarrollar la diligencia. Importante es señalar que la inasistencia del imputado legalmente notificado no invalidará la audiencia, de modo que se recibirá la declaración del menor en su rebeldía. Finalmente, y como se explicó, la incorporación de esta prueba en el juicio oral se hará mediante la reproducción de la videograbación ante los jueces.

c.2.- En cuanto a la entrevista investigativa videograbada reproducida en el juicio oral, sólo los casos de las letras c) y d) del artículo 18 cuentan con regulaciones que hacen más exigente su recepción como medio de prueba en juicio.

-Atendido a que la hipótesis de la letra c) del artículo 18 tiene como única finalidad complementar o evidenciar contradicciones o inconsistencias con la declaración previa, se exige que dichas contradicciones se revelen con sólo dos clases de registros: 1) La declaración previa del menor en el mismo juicio oral donde se busca la complementación o la confrontación y 2) También mediante el uso de una declaración en audiencia de prueba anticipada del artículo 18 de la misma ley.

Importante es indicar que, respecto del supuesto de confrontación, la ley no permite que el menor sea confrontado directamente con su declaración previa, exhibiéndosela, sino que sólo se compararán los registros de los atestados vertidos por él, de modo que la exhibición de la entrevista previa al tribunal se hará una vez que el afectado haya concluido su intervención en la audiencia de juicio, sin posibilidad de que se reanude con posterioridad dicha participación.

-La letra d) del artículo 18 es aún más restrictivo en el uso de la videograbación, por cuanto es claro en señalar que la declaración reproducida ante los jueces no tiene ningún valor probatorio, por cuanto la exhibición sólo se realiza durante la declaración del entrevistador especializado y su uso sólo busca informar al tribunal sobre la metodología y las técnicas empleadas por el entrevistador durante la entrevista.

VI. ANÁLISIS DE ESTAS SITUACIONES PROBATORIAS DE EXCEPCIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

Conforme a lo explicado, en la normativa chilena existen cuatro situaciones excepcionales que permiten que la prueba se realice en etapas previas a la celebración del juicio oral, para posteriormente ser exhibida o reproducida en la audiencia de juicio. En este apartado, analizaremos cada uno de estos escenarios conforme a los principios y derechos expuestos previamente.

1.- Prueba anticipada: Este supuesto probatorio presenta la misma lógica regulatoria que la anticipación de prueba en otras latitudes, fundándose en la “previsión de imposibilidad de llevar al acto de juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical” (LLUCH & GONZÁLEZ, 2010. p. 155) y buscando la finalidad de “evitar la pérdida inminente de un testimonio o dictamen pericial” (TIJERINO ET AL, 2006. p. 288).

La normativa exige que la rendición de esta prueba se verifique en circunstancias completamente análogas a cómo hubiera sido el desahogo de la misma en el juicio oral, con la diferencia de que se genera ante el juez de garantía y no ante el tribunal oral en lo penal, que es el tribunal llamado a valorar la prueba. Entonces, los jueces de adjudicación sólo percibirán una reproducción de la diligencia consistente en la escucha de las grabaciones de audio de la prueba anticipada rendida. Conforme a esto, se puede aseverar que tanto el derecho a la defensa como el derecho al

contradictorio, en principio, sí quedarían suficientemente amparados en el caso de la prueba anticipada chilena, pero el principio de intermediación se podría estimar como afectado, en cuanto vulneraría la idea de lograr la “percepción directa” del testigo con todos los sentidos de los magistrados. Sin embargo, tal transgresión debe ser matizada mediante una postura crítica a la excesiva importancia que otorgan a este principio algunos autores, por cuanto se asume que sólo con la percepción directa y completa del testigo, con todos los sentidos en él, se podría “desentrañar” la comunicación no verbal de los deponentes, captando ciertos “mensajes ocultos” casi inefables o difíciles de verbalizar, que permiten establecer si la declaración es fiable o no. Como haremos presente, tales apreciaciones carecen de sustento empírico y no concuerdan con las exigencias de motivación que se requieren para fundar una decisión.

Por otro lado, resulta relevante hacer notar aquella situación que sí implica un claro detrimento en el ejercicio del derecho a la defensa y al contradictorio a propósito de la prueba anticipada: **el hecho de que pueda desarrollarse en ausencia del imputado**, conforme lo dispone el inciso final del artículo 191 modificado en el año 2016. Hago presente que, tras ciertas reformas legales realizadas el año en comento, el código procesal penal chileno estableció la posibilidad, muy discutida por la doctrina, que se pueda rendir prueba en juicio oral aún en ausencia del imputado, cuestión que también se trasladó al supuesto de prueba anticipada. A mi juicio, este escenario vulnera el derecho a la defensa, por cuanto permite el desahogo de prueba que no podrá ser controvertida por el más interesado en ella: el imputado.

Sin embargo, importante es tener presente que, respecto de la presencia del imputado en la práctica de prueba para ejercer efectivamente la contradicción, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha modificado sustancialmente su opinión, partiendo de la idea de que la presencia del acusado era ineludible, como se afirmó en la sentencia del caso Barberá Messegú y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988, que señaló que el sistema europeo “...ha consagrado el principio de que ‘los elementos de prueba deben obtenerse ante el acusado, en audiencia pública, con vistas a un debate contradictorio’. Por tanto, aunque el artículo 6.3, d) del Convenio Europeo no lo reconozca expresamente, el acusado tiene derecho a estar presente, mientras los testigos de cargo son interrogados” (RIVES, 1999. p. 254), a la situación diametralmente opuesta en la que se ha relativizado el derecho de contradicción, convirtiéndolo en un principio “ponderable”, conforme se resolvió en el caso Al-Khawaja y Tahery con Reino Unido del 15 de diciembre de 2011, que trata precisamente de una declaración que se obtuvo en fase de investigación, sin contradicción alguna, y que posteriormente sólo se “leyó” en el juicio respectivo. Este cambio jurisprudencial ha sido criticado por la doctrina por sus consecuencias en los derechos del justiciable (ALCÁCER, R., 2013. pp. 9-14)

2.- Declaraciones generadas durante la investigación ante fiscal o el juez de garantía, y que por motivos calificados se permite su reproducción en el juicio oral.

Los supuestos de aplicación son los que siguen:

2.a.- *Cuando todos los intervinientes están de acuerdo en incorporar a juicio declaraciones que constan en registros o dictámenes y el tribunal de juicio oral también accede a dicha incorporación.* Como se manifestó, se trata de atestados que constan en registros audiovisuales o de audio o por escrito (lo más común es que se trate de estos últimos) que no fueron generados bajo condiciones de juicio, es decir, no hubo presencia de defensor o imputado, ni posibilidad de intervenir en la diligencia, de modo que tanto el derecho de contradicción como el principio de intermediación resultan comprometidos. Por el contrario, la exigencia de que todos deben estar de acuerdo con su reproducción en juicio (tanto

las partes como el tribunal) sí permite asumir que el derecho de defensa se encuentra efectivamente cautelado. En este caso, la ley procesal sobrepuso la voluntad de las partes a las formas procesales.

2.b.- Cuando los testigos, peritos o coimputados no comparecen a juicio por hechos imputables al acusado que está siendo enjuiciado. Por ejemplo, por amenazas o dádivas pagadas para que no comparezcan. Se trata de una sanción al imputado que ha impedido que la prueba se pueda rendir conforme a derecho. Lo primero que se debe establecer es la responsabilidad del imputado por la incomparecencia de los deponentes y luego se permitirá la reproducción de la prueba. Esta, por regla general, consistirá en la lectura del registro escrito que la fiscalía conserva en su carpeta de investigación fiscal. Aquí estamos frente al caso de una declaración prestada ante la policía o ante un fiscal, la que será leída íntegra y directamente en juicio y no se usará para contrastar o refrescar memoria, por lo que no sólo se pone en jaque el principio de inmediación (ya que la declaración se ve mediatizada por la lectura), sino que no hay posibilidad de contradicción, comprometiendo también el derecho a la defensa.

En este punto, la experiencia española nuevamente demuestra ser más garantista, porque incluso en casos de prueba de diligencias sumariales en el juicio oral (tanto las que se pueden reproducir en juicio como las que no) siempre se exige que se garantice el principio de contradicción en su producción (DE LA OLIVA ET AL, 1997. pp. 474-478).

2.c.- Cuando se busca reproducir en juicio la declaración que un coimputado rebelde prestó previamente ante el juez de garantía. Este supuesto es mucho menos explicable que el anterior, ya que ni siquiera implica una sanción procesal, sino que sólo busca reproducir la declaración de un coimputado que no compareció al juicio por causas no atribuibles a aquel que sí acudió. Los comentarios y críticas realizadas en el punto anterior son íntegramente aplicables a este caso.

*2.d.- Cuando los testigos o peritos fallecen, caen en incapacidad física o mental, están fuera del país, se ignora su residencia o por cualquier otro motivo difícil de superar, no pueden declarar en juicio y **tampoco pudo recibirse su declaración anticipada conforme a los artículos 191, 192 y 280 del código procesal penal**, se permite la incorporación de la declaración o pericia en el juicio, previa solicitud fundada de alguno de los intervinientes.* El presente escenario tiene más sentido que el caso anterior. La norma plantea el problema que genera un caso fortuito imposible de prever que impide la normal rendición de la prueba en el juicio oral y exige que esta incorporación excepcional se haga tras una solicitud fundada del interviniente interesado. Nuevamente se genera la clásica tensión entre eficacia del proceso y garantías de las partes, eligiéndose la eficacia por una cuestión de buena fe: no era posible discernir previamente la imposibilidad de desahogo de la prueba en la audiencia de juicio. Sin embargo, los problemas de esta prueba siguen siendo los mismos planteados hasta ahora: no opera inmediación alguna con prueba testimonial o pericial en la que no comparece quien debe declarar y solamente se da lectura a sus atestados anteriores o al informe pericial. Por otro lado, tampoco existe posibilidad de contradicción, ya que es imposible ejercer el contraexamen de lo leído, deteriorando también la posibilidad de defensa.

3.- Situación excepcional prevista en el artículo 315 del código procesal penal respecto de algunos informes de peritos. Como se explicó, existen tres clases de pericias que pueden incorporarse al juicio mediante su sola lectura en la audiencia de juicio: los informes de alcoholemia, las pericias de ADN y las referidas a sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Respecto de estas situaciones, y considerando que las razones para esta fórmula de desahogo probatorio son prácticas y no epistémicas, se asume, *prima facie*, que estas excepciones vulneran efectivamente los derechos de

contradicción, defensa y también la inmediación. Sin embargo, hay quienes sostienen que este principio no opera con dicha clase de prueba, por cuanto “...la *prueba científica* o pericia científica es prácticamente *incompatible con el principio de inmediación*, salvo que se entienda como mera verbalización u oralización de un examen; si ese es el caso la prueba científica ha de considerarse necesariamente como *prueba preconstituida*” (LÓPEZ, 2016. p. 263), tal que “la verdadera *inmediación tiene lugar con relación al informe o documento* que se oraliza en la ‘vista oral’, de manera que la *inmediación* sólo es posible por la *mediación* ejercitada por el informe de la autopsia, y un informe, no es lo mismo que la práctica de las operaciones quirúrgicas llevadas a cabo por el forense” (LÓPEZ, 2016. p. 265).

Recordemos que la propia norma permite exigir la presencia del perito en juicio para que declare, ya que existe una teoría del caso que implica cuestionar la pericia o al perito. Tal petición implicará que se cite al especialista para que comparezca a juicio. Así se vuelve a la regla general y se cautelan los derechos y principios de las partes.

4.- Situación excepcional contemplada en la Ley 21.057 de entrevistas videograbadas a menores víctimas de delitos violentos. Las situaciones son:

4.a.- La “declaración judicial anticipada” que implica una fórmula de desahogo de la declaración del menor de edad análoga a la “prueba anticipada” ya descrita, por lo que resultan aplicables a aquellos los comentarios realizados a propósito de esta prueba, haciendo hincapié en la vulneración del derecho a contradicción que implica que la diligencia pueda realizarse sin la presencia de un imputado debidamente emplazado.

Por otro lado, se debe aclarar que en el caso de declaraciones videograbadas, existe una doble mediatización de la prueba: la primera, porque las partes no se encuentran presentes en la sala donde el menor declara y sólo se pueden realizar las preguntas mediante el especialista que se encuentra con el menor durante la diligencia; la segunda mediatización, se produce al reproducir la prueba, ya que el tribunal oral en lo penal sólo percibirá con sus sentidos la videograbación de la declaración. De modo que el principio de inmediación, tal y como lo concibe el código procesal penal, también resultaría afectado. Sin embargo, tal y como lo indicamos previamente, la posible afectación al principio referido debe ser relativizada, sobre todo porque en este caso la percepción del testigo es más completa, pues se trata de una videograbación y no sólo una pista de audio.

4.b.- Que el o los menores víctimas hayan muerto o hayan caído en incapacidad mental o física que les impida comparecer al juicio. Caso equivalente al explicado en el punto 2.d.- anterior, considerando, además, el problema que genera un caso fortuito que impide que la declaración del menor víctima pueda rendirse en el juicio oral. Aquí también la ley prefiere la eficacia por sobre las garantías, por razones de buena fe. Los problemas de esta prueba son los mismos planteados previamente: la inmediación deja de operar al reproducirse una videograbación del atestado, a la vez que tampoco hay contradicción, porque no es posible desarrollar un contraexamen en estas circunstancias.

4.c.- Caso en que los intervinientes del juicio busquen complementar la declaración que el menor ha prestado en juicio o quieran evidenciar contradicciones o inconsistencias de la declaración actual con la declaración previa. Esta es una situación muy interesante que tiene relación directa con el derecho de contradicción. Como se explicó, existe la posibilidad exhibir en juicio la videograbación investigativa para el efecto de hacer notar contradicciones o inconsistencias del menor, que actualmente declara en juicio, con su declaración de la pesquisa. Pero, la posibilidad de contradicción se ve limitada, pues no opera bajo la lógica del contraexamen, en la que se contrasta directa e inmediatamente al testigo con sus declaraciones previas (es decir, mientras está declarando), sino que la exhibición

con este fin se debe realizar después de la intervención del menor de edad y sin que éste siquiera note que se cuestiona que su relato no se ha mantenido en el tiempo.

4.d.- Exhibición de la declaración investigativa videograbada cuando se cita al entrevistador especializado de ella, sólo para efectos de revisar su metodología. Si se considera que la finalidad de este ejercicio apunta solamente a que los jueces analicen la labor del profesional entrevistador y no para valorar el contenido en sí del relato del menor afectado, se concluye que esta excepción no vulnera ni el derecho de defensa, ni el derecho de contradicción, ni el principio de inmediación. Más aún, este supuesto implica el ejercicio activo del derecho a la defensa, lo que se deduce por su propia naturaleza: es una herramienta utilizada por el imputado y/o su defensor para cuestionar la idoneidad del entrevistador o la calidad de su entrevista.

Sin embargo, es posible que los jueces, al observar la videograbación, se sientan proclives a valorar el fondo de la declaración del menor víctima, generando alguna clase de convicción no controlable, aunque la ley lo proscriba derechamente. No se debe olvidar que la convicción se genera en el fuero interno del juzgador y resulta muy distinta a la motivación esgrimida en la sentencia, por lo que la recepción de la información por parte del juez sería imposible de controlar para las partes intervinientes.

VII. CONCLUSIONES

Previamente a exponer las conclusiones de este trabajo estimo necesario hacer presente que las mismas se basarán en una especie de “petición de principios”: Asumiré por un momento que la contradicción adversarial y la inmediación son necesarias para la obtención de la verdad en el proceso penal. Sin embargo, esta aseveración está lejos de ser pacífica y resulta discutida por buena parte de los autores.

En cuanto a la “contradicción” se sostiene que la “... batalla de dos relatos unilaterales como método de descubrimiento de la verdad también es defendido por su evidente proximidad a las teorías de la ‘dialéctica’ de la racionalidad que acentúan la importancia de la aserción y la refutación (...). Sin embargo, a fin de cuentas, todas estas justificaciones sobre el potencial del método adversarial en el ámbito de la investigación de los hechos no son muy convincentes” DAMASKA, 2015. p. 106).

Además, tanto respecto de la “inmediación” como de la “contradicción”, se debe tener presente que los estudios sobre psicología del testimonio han advertido del peligro de la distorsión de recuerdos o la generación de “falsos recuerdos” en los testigos, los que derivan de múltiples factores, como por ejemplo, el tiempo transcurrido o, incluso, la forma en que se desarrolla el interrogatorio y las múltiples ocasiones en que los testigos suelen ser inquiridos de manera deficiente o inapropiada durante las distintas fases del procedimiento (ARCE & FARIÑA, 2006. pp. 563-601). De modo que, para los especialistas en la materia, resulta erróneo asumir que tales principios garantizan la fiabilidad de la información obtenida de las declaraciones testimoniales. Es así como, los psicólogos del testimonio no apoyan la idea de que “examinar” a un testigo mediante la aplicación de las técnicas y destrezas adversariales (tales como contrainterrogarlos potentemente para percibir con los sentidos su nerviosismo o dificultad para recordar) permita resultados confiables. Que los jueces puedan ver a una persona más o menos nerviosa, más o menos segura o más o menos clara en su declaración, nada dice acerca de la veracidad o calidad de lo declarado. Incluso en países del *Common Law*, con marcada tradición adversarial, se ha puesto en duda el valor del contraexamen como herramienta para la búsqueda de la verdad, sobre todo cuando se aplica en menores de edad o personas con discapacidad intelectual,

en atención a la distorsión que implica la manipulación del testigo a través de un interrogatorio sugestivo para lograr la simpatía del jurado (BOWDEN, HENNING & PLATER, 2014. pp. 551-552).

Ahora, en lo concerniente a la idea de “verdad” en el proceso penal chileno, hago presente que no dediqué un espacio al análisis de este concepto en el trabajo, porque tal estudio hubiera superado con creces la tarea y fines propuestos, por cuanto es un tema con muchas aristas y complejidades, que hacen imposible un resumen serio en unos cuantos párrafos.

Conforme a fórmula propuesta para abordar el tema, con el fin de analizar adecuadamente las instituciones procesales en juego, plantearé tres escenarios diferentes, sin asumir compromiso intelectual con ninguno. Los conceptos a exponer son:

1.- La idea de un importante sector de la doctrina que postula que la obtención de la verdad es la principal finalidad del proceso, aunque con el entendido que también existen otros propósitos. Así lo plantean FERRER (2017b) y TARUFFO (2013).

2.- La noción que el proceso sólo tiene por finalidad resolver un conflicto, observando ciertas garantías básicas, conforme lo sustentan VILLEGAS (2012, p. 95), ALVARADO (2009) y CALVINHO (2015).

3.- La tesis “intermedia” de GUZMÁN (2018. p. 194) que coloca a la verdad “... solo como *conditio sine qua non* para la válida aplicación de **una condena**” (la negrilla es mía).

Conforme a estos tres postulados, desarrollaré las conclusiones finales.

1.- El proceso penal chileno está gobernado por la idea principal de obtener la verdad, entendida como tal la denominada “verdad como correspondencia” (CARNEVALI & CASTILLO, 2011, p. 110). Entonces, se puede aseverar que para obtener el resultado esperado resulta posible aceptar cierto nivel de relajamiento en la configuración y protección de determinadas garantías, por cuanto la meta de la verdad guiaría al proceso, prefiriendo la eficacia para la obtención de un resultado epistémicamente correcto sobre la aplicación de derechos formales estrictos que impidan llegar a tal solución. Pues bien, en la primera etapa del proceso penal chileno, esto es lo que ocurre exactamente.

En efecto, de lo expuesto previamente se concluye que, durante la investigación, el ministerio público chileno cuenta con amplias y libérrimas facultades para indagar, sin más limitaciones que la de solicitar autorización judicial para realizar actividades que vulneren garantías personales. Es así como no está sujeto a informar al pesquisado que se encuentra en situación de persecución, ni tiene el deber de permitir que el imputado, u otros intervinientes, participen en las diligencias probatorias que el ente persecutor encabeza.

Esta libertad de acción del ministerio público, que busca mayor agilidad y facilidad para obtener información, esbozando su actividad como meramente administrativa y liberándolo de las restricciones que impone la jurisdiccionalización de la investigación, fue el objetivo expreso de quienes diseñaron la reforma procesal chilena, planteando derechamente los principios de Eficacia, Eficiencia, Coordinación y Agilidad Procedimental (DUCE & RIEGO, 2007.p. 546) que justifican tal opción. Se ha entendido que la idea de disminuir restricciones a un órgano tan poderoso cobra sentido cuando se contrapesa tal libertad con el denominado “principio de objetividad” de los artículos

3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹¹ y 77 del código procesal penal¹² chileno que impone a los fiscales el deber de investigar también aquello que resulte favorable al imputado. Sobre el punto, puede estimarse discutible la efectividad del contrapeso, pero es innegable que existe coherencia interna en la concepción de un legislador que otorga el mayor poder posible al órgano encargado de dilucidar lo ocurrido.

La lógica de la búsqueda de la verdad, aún en desmedro de garantías procesales, tiene sentido para muchos autores, pues buscan evitar el benthamiano “fracaso de la justicia” que implica adoptar un laudo judicial sin contar con todas las pruebas pertinentes, derivando en una decisión de mala calidad. Esto, porque estiman que “...Sin libertad apropiada para incluir toda clase de pruebas, ningún juez (...), podría proveer una decisión correcta de acuerdo con el derecho sustantivo” (DRAPER 2003. p. 293).

Si sostenemos que los antecedentes que derivan de la investigación pueden ser incorporados al juicio oral, por cuanto mejorarían el acervo probatorio necesario para el fallo de los sentenciadores, también se puede asumir que las pruebas previas al juicio sí son un aporte para la búsqueda de la verdad.

Pero, es necesario detenernos un momento y dejar en claro que la lógica del período de investigación no es la misma que la lógica del juicio oral. El proceso chileno busca, y la doctrina así lo reconoce, aumentar el nivel de garantías del imputado a medida que avanza la *litis*, de modo que el juicio oral es la fase en la que se concretan todas las garantías que la normativa (legal y constitucional) contempla. Por estas razones, parece contradictorio incorporar actuaciones de investigación a la audiencia de juicio sin tomar las medidas de confiabilidad mínimas que la propia doctrina ha reconocido como necesarias para la obtención de decisiones de mejor calidad, siendo estas providencias el respeto al derecho de defensa, al derecho de contradicción y el principio de inmediación.

Quizás, sólo en lo tocante a la inmediación, tal y como lo vimos en LÓPEZ (2016), NIEVA (2012) y FERRER (2017a), resulte posible permitir su inobservancia sin efectos negativos en la toma de decisión; pero, definitivamente, los autores son claros en exigir que los derechos de defensa mínimos, como la presencia del imputado al momento de verificar la prueba (para refutar o explicarla) y el propio contradictorio, resultan necesarios para una resolución de buena calidad, de modo que varios de los medios de prueba obtenidos de manera previa al juicio no cumplirían los requisitos para fundar una sentencia correcta. Entre los casos de prueba previa en tela de juicio están, por ejemplo, la lectura de declaraciones previas prestadas en fiscalía, sin la presencia del imputado ni su defensor, y sin que haya existido contraexamen, ya sea al instante de su rendición en fiscalía o en alguna oportunidad posterior.

2.- Al sostener la noción de que **el proceso tiene la sola finalidad de resolver un conflicto de relevancia jurídica, resguardando garantías mínimas**, como son, por ejemplo, la imparcialidad del juzgador y la igualdad de las partes (ALVARADO, 2009, pp. 339-344), las conclusiones pueden resultar paradójicas.

Los cultores de esta concepción del proceso declaran sin ambages que la obtención de la verdad o la justicia no son fines o metas del juicio jurisdiccional, sino que lo verdaderamente importante es la correcta aplicación del método de

¹¹ Artículo 3°. Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público. En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.

¹² Artículo 77 CPP. **Facultades.** Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

debate para la resolución del conflicto (CANTEROS, 2013, pp. 21-22), de modo que *prima facie* se podría pensar que, al no tener en mente la obtención de la verdad, tanto la compilación, como el ofrecimiento y la presentación de la prueba no requerirían mayor exigencia epistémica. Sin embargo, nuevamente es necesario matizar esta respuesta *a priori*, en atención a la forma de concebir el proceso por parte de esta corriente.

En primer lugar, en cuanto al “principio de inmediación”, se puede concluir que dicho “principio” carece de importancia para esta concepción, por cuanto se le considera como una mera regla técnica del proceso (una opción del legislador para regular uno de los aspectos del enjuiciamiento), de modo que no es un basamento fundamental, ya que el legislador podría elegir un sistema de prueba mediado que resulte perfectamente válido (ALVARADO, 2009, pp. 346-348).

En segundo lugar, el derecho a la defensa y el derecho de contradicción sí son considerados garantías fundamentales, por cuanto son manifestaciones de uno de los principios básicos de la concepción “garantista” del derecho procesal: la igualdad de las partes. Conforme a lo explicado, que el ministerio público tenga tanta preminencia durante la investigación y que las actividades probatorias realizadas por el fiscal, que son siempre actividades de parte, puedan ser “trasladadas” y presentadas en el juicio oral, sin mayor control por la defensa, son situaciones vulneratorias de la igualdad de las partes en el proceso, por cuanto tales privilegios en favor del fiscal implican asumir que existe un interviniente que goza de mayor credibilidad que la contraria.

Pues bien, el código procesal penal chileno no permite a la defensa incorporar declaraciones de testigos, peritos o coimputados registradas o videograbadas privadamente de forma previa al juicio, sino que las diligencias deben haberse realizado ante el tribunal o fiscalía. En este punto, la ecuación es sencilla: Los tribunales sólo reciben declaraciones de imputados, de modo que la prueba pericial y testifical siempre deberá realizarse ante el fiscal. A su vez, el fiscal sólo realiza diligencias si las estima útiles y, si lo permite, los demás intervinientes podrán presenciarlas o intervenir en ellas, de modo que la prueba previa siempre será dominada por ministerio público. Si sumamos que no existe posibilidad de contraexaminar a los deponentes durante la investigación, se puede concluir fácilmente que la defensa se encuentra desmedrada respecto del ente persecutor en el caso de las prueba previas, poniéndose en jaque la necesaria igualdad que requiere el proceso.

En definitiva, pese a que esta postura no exige que la prueba presentada en juicio cumpla el fin de obtener una decisión de calidad desde la perspectiva de la real ocurrencia de los hechos materia de juicio, sí es exigente en cuanto al cumplimiento de ciertos principios básicos del proceso que permitan tomar una decisión no necesariamente justa, sino que respetuosa de las garantías individuales. De modo que varios de los supuestos de prueba previa debieran ser rechazados, sobre todo aquellos que no respetan el derecho a defensa ni el derecho a contradicción.

En este punto se hace presente que la corriente doctrinal que concibe al proceso judicial como un medio para solucionar el conflicto de relevancia jurídica sustenta la mayor parte de sus conceptos a propósito del proceso civil, sede procesal en la que existe mayor disposición de derechos, acciones y excepciones de las partes. Sin embargo, se han extrapolado tales postulados al proceso penal, sobre todo a aquellos sistemas de enjuiciamiento donde existe la posibilidad de condenas negociadas por las partes intervinientes, tal y como ocurre con el proceso chileno.

3.- Una tercera postura es la que sostiene Nicolás Guzmán, **quien plantea que el proceso penal sí debe buscar la verdad como correspondencia para efectos de condenar al imputado.**

En su texto “La verdad en el proceso penal” Guzmán reconoce que las garantías personales del individuo, la prohibición de uso de prueba obtenida ilegal o ilícitamente y el propio estándar probatorio, entre otros factores, pueden impedir obtener sentencias contestes con lo verdaderamente ocurrido, de modo que es posible absolver a imputados que debían ser declarados culpables, porque estas limitaciones impiden el logro de la verdad. Pero, también señala que existe un supuesto en la que la verdad sí resulta imprescindible: en el dictado de una sentencia condenatoria. El autor manifiesta que “...El juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido para resolver el caso y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con los *criterios jurídicos de decisión* (el principio de inocencia y el *in dubio pro reo*), que le dan las armas necesarias para decidir. En otras palabras, la verdad no debería ser buscada por el magistrado ante la inactividad de las partes durante el proceso, pero su conocimiento –y esa es la cuestión que debe remarcarse- sí será *necesario* cuando lo que se pretenda sea la imposición de una condena” (GUZMÁN, 2018. p. 194).

El autor pone el foco en la prohibición de generar prueba de oficio por parte del juez, de modo tal que, a su juicio, la actividad probatoria de partes es la que mejor posibilita la obtención de la verdad dentro del proceso. Esta es la situación exacta que plantea el código procesal penal chileno, por cuanto toda la prueba presentada en juicio siempre es prueba de parte y no deriva de actividad judicial alguna, de modo que las conclusiones a las que arribo respecto de los medios de prueba analizados previamente, relacionados con la teoría de Guzmán, son exactamente las mismas planteadas a propósito de la tesis doctrinal que esboza que el proceso busca la consecución de la verdad como correspondencia.

En definitiva, tras el estudio de los tres diversos fines del proceso en relación con las tres instituciones procesales analizadas (la inmediación, la defensa y la contradicción), se puede concluir que la prueba obtenida de manera previa al juicio oral, y reproducida en este, puede contravenir, sin mayores problemas, el principio de inmediación, por cuanto no afecta su valor epistémico ni tampoco se trata de un “principio” completamente necesario desde la perspectiva de constituir un requisito *sin qua non* para la correcta valoración de la prueba. A lo menos, así la ha entendido la doctrina general. Esto se condice con lo expuesto por el profesor Perfecto Andrés Ibáñez quien señala que, en rigor, la inmediación impediría al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio, lo que se tradujo en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la instrucción; empero, “...tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica judicial, al extremo que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación” (ANDRÉS, 2003. pp. 58-59).

En cuanto a los derechos de defensa y contradicción, los resultados son distintos, ya que la doctrina que afirma que el fin del proceso es la obtención de la verdad sí sostiene que estos derechos son fundamentales para valorar correctamente la prueba y obtener la fiabilidad que permita asumir que lo probado es verdadero. Lo mismo ocurre con quienes afirman que el fin del proceso es la resolución del conflicto mediante un método que respete las garantías mínimas de un debido proceso, pero no precisamente por la obtención de la verdad, sino que como corolario de que el proceso debe velar por un igual ejercicio de derechos y garantías de las partes procesales.

REFERENCIAS:

1.- Textos y Publicaciones

- Alcácer, R. *La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH*. InDret [en línea], 2013, Núm. 4.
<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270186> [Consulta: 30-05-19]
- Alvarado, A. (2009). *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*, 2 tomos. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Andrés, P. (2003). *Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)*. Revista Jueces para la Democracia, N°46, 57-66.
- Arce, R. & Fariña, F. (2006). *Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones*. En J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (Coords.), *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones* (pp. 563-601). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Baytelman, A. & Duce, M. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Bowden, P., Henning, T. & Plater, D. (2014). *Balancing fairness to victims, society and defendants in the cross examination of vulnerable witnesses: An impossible triangulation?* Melbourne University Law Review, Volume 37(3), 539-584.
- Calvinho, G. (2015). *La procedimentalización posmoderna*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, N° 39, revista electrónica.
- Canteros, F. (2013). *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Neuquén, Argentina: Fundación Para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Cárcamo, A. (2014). *Investigación Penal Desformalizada: un vacío normativo que conduce a un abuso del Estado en la persecución criminal*. Febrero 13, 2019, de "diarioconstitucional.cl" Sitio web: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/investigacion-penal-desformalizada-un-vacio-normativo-que-conduce-a-un-abuso-del-estado-en-la-persecucion-criminal/> [Consulta: 22-03-19]
- Carnevali, R. & Castillo, I. (2011). *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal, en particular la relevancia del voto disidente*. Revista "Ius et praxis", N°2, pp. 77-118.
- Caroca, A. (2002, Mayo). *La defensa en el nuevo proceso penal*. Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N°2, pp. 283-301.
- Castro, J. (2008). *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago de Chile: LegalPublishing.
- Chahuán, S. (2012). *Manual del nuevo procedimiento penal*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot-Thomson Reuters.
- Damaska, M. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid, España: Marcial Pons.
- De la Oliva, A., Aragonese, S., Hinojosa, R., Muerza, J. & Tomé, J. (1997). *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Deu, A. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Draper, A. (2003). *Jeremy Bentham, procedimiento jurídico y utilidad*. Revista de Filosofía Jurídica y Política Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Volumen 37, pp. 287-307.
- Duce, M. (2014, julio). *Derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*. Revista Política Criminal, Volumen 9, N°17, pp. 118-146.
- Duce, M. & Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2017a, diciembre 10). *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Volumen 33, pp. 1-22.
- Ferrer, J. (2017b). *Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso*. "Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho", N° 36, pp. 89-108.
- García, P. (2000). *Presencia física de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho de defensa*. En *La prueba en el Proceso Penal* (pp. 179-207). Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Gimeno, V. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Editorial Colex.
- Guzmán, N. (2018). *La verdad en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Horvitz, M. & López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lluch, X. & González, M. (2010). *Estudios sobre la Prueba Penal. Volumen 1: Actos de Investigación y medios de Prueba en el Proceso Penal, competencia, objeto y límites*. Madrid, España: Editorial La Ley.
- López, F. (2016). *El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica*. *Justicia. Revista de derecho procesal*, N°1, 221-268.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Fundamentos*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l.
- Maturana, C. & Montero, R. (2010). *Derecho Procesal Penal*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- Moreno, L. (2013). *Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal*. En *El Modelo Adversarial en Chile* (67-218). Santiago de Chile: LegalPublishing-ThomsonReuters.
- Nieva, J. (2012, enero-abril). *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*. *Civil Procedure Review*, V. 3, N°1, pp. 3-24.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Riaño, I. (2008). *La instrucción criminal en el proceso penal*. Pamplona, España: Thomson-Aranzadi.
- Rives, A. (1999). *La Prueba en el Proceso Penal*. Madrid, España: Aranzadi.
- Taruffo, M. (2013). *La verdad en el proceso*. *Revista "Derecho & Sociedad"*, N°40, 239-248.
- Tijerino, J., Gómez, J., Barrientos, C., Vega, G., Chirino, A., Houed, M., Moreno, M. & Aráuz, M. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense (2º edición)*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Vial, P. (2006). *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Villegas, J. (2012). *Fiscal Investigador contra Juez Instructor. (La lógica de la investigación criminal)*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

2.Sentencias

- SCS de 12 de junio de 2007, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la E. Corte Suprema, presidida por el Ministro señor Alberto Cheigneau del C. e integrada por los ministros señores Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmetsch U. y el abogado integrante señor José Fernández R.

-SCS de 16 de enero de 2012, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la E. Corte Suprema, presidida por el Ministro señor Jaime Rodríguez E. e integrada por los ministros señores Hugo Dolmetsch U., E., Carlos Kunsemuller L., Juan Escobar Z. y el abogado integrante señor Luis Bates H.