

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: **Juicios Telemáticos en materia penal.**
 ¿La intermediación o el contradictorio en retirada?
 El caso chileno

Alumna/o: Omar Astudillo Contreras

Tutor/a: Dr. Arturo Bárcena

Convocatoria (mes/año): Marzo 2023/Abril 2024

Juicios Telemáticos en materia penal

¿La intermediación o el contradictorio en retirada?

El caso chileno

“La confrontación es la piedra fundamental de la verdad y donde el sistema de pruebas criminales desconoce esta confrontación, es el azar más que la verdad lo que dirige las sentencias de los jueces”

*Mario Pagano
(Principios del Código Penal)*

Abstract

Las comunicaciones han evolucionado de manera vertiginosa. Ahora podemos estar en contacto instantáneo dondequiera que nos encontremos, prácticamente no hay límites. Las tecnologías de la información están presentes en todos los ámbitos de nuestras vidas, de modo que el proceso no ha podido sustraerse de su influjo. Dando por descontadas las bondades que ha significado el uso de la videoconferencia en la verificación de las audiencias judiciales, merece la pena cuestionarse acerca de si esa modalidad de funcionamiento telemático, en el contexto de un juicio oral en lo penal, repercute o puede repercutir en la calidad epistémica de la información obtenida; si se compromete la aproximación a la verdad y, por ende, la justicia de la decisión. En suma, si tal forma de juicio puede lesionar las técnicas o principios proverbialmente asociados al sistema acusatorio. La tesis que procuraremos delinear postula que, antes que la inmediación, la realización de una audiencia de juicio en modalidad telemática podría afectar el derecho de defensa y, más específicamente, el contradictorio, en tanto método adecuado para la adquisición de conocimiento.

Palabras clave: Videoconferencia, juicio oral en lo penal, intermediación, derecho de defensa y contradictorio.

Communications have evolved at a dizzying pace. We can now be in instant contact wherever we are, practically there are no limits. Information technologies are present in all areas of our lives; thus, the judicial process has not been able to escape their influence. Taking for granted the benefits that the use of videoconferencing has meant in handling judicial hearings, it is worth questioning whether this modality of telematic operation in the context of oral criminal trials affects or may affect the epistemic quality of the information gathered; whether the approach to the truth is compromised and, therefore, the justice of the decision. In sum, if such a form of trial may undermine the techniques or principles proverbially associated with the accusatory system. The thesis we will outline argues that, rather than immediacy, conducting a trial hearing in a telematic mode could affect the right of defense and, more specifically, the adversarial principle, as an adequate method to attain knowledge.

Keywords: Videoconference, oral criminal trial, immediacy, right of defense, and adversarial principle.

I.- Introducción

Sin duda la civilización ha experimentado avances increíbles en las comunicaciones, impensados hasta hace muy poco, que han hecho realidad lo que hasta tan solo ayer era franca ficción. Ahora podemos estar en contacto instantáneo dondequiera que estemos, no hay límites. Las distancias no son obstáculo para la interacción. Entre otras implicaciones, esto ha llegado a significar una transformación radical en los conceptos y nociones locativas, impactando en nuestra idea de los lugares y ambientes laborales. Los centros de trabajo han ido perdiendo paulatinamente su sentido original. A las personas ya no les resulta del todo indispensable desplazarse para sus quehaceres, para cumplir con sus deberes, para prestar sus servicios o para desarrollar actividades tan cotidianas como adquirir sus alimentos. En el fondo, no siempre es necesario movilizarse, no siempre es preciso el contacto personal, suele bastar con comunicarse. Los progresos han llegado hasta la creación de realidades paralelas (el “metaverso”), con la incorporación de “avatares” o proyecciones de nuestra propia imagen, que nos hacen sentir y pensar que formamos parte de ese mundo virtual.

Las tecnologías nos invaden y se cuelan en todos los ámbitos de nuestras vidas. Así, no debiera sorprendernos que el derecho en general y que el proceso en particular no haya quedado al margen de su expansión, que no haya sido cubierto por su influjo. Se experimentó un ingreso más bien tímido, expresado en el uso inicial de ordenadores, en la utilización de fórmulas preconcebidas o preestablecidas (respuestas predeterminadas a requerimientos masivos o estandarizados), llegando a la formación y aplicación de bases de datos jurisprudenciales, al procesamiento de la información para gestionar los procesos, etcétera.

Empero, la crisis sanitaria de 2019, derivada del coronavirus (COVID-19) y los confinamientos que ella trajo consigo, hicieron que, tras un lapso inicial de inacción y de encierro total, se legitimara el uso de la tramitación electrónica¹. Ese primer paso y su

¹ En Chile, con resistencia, entre los años 2016 y 2017 había empezado a regir la ley 20.886 sobre tramitación digital o electrónica de los procesos judiciales que, en lo medular, institucionalizó el uso obligatorio de un sistema informático tanto para la presentación de solicitudes como para la emisión de resoluciones en forma electrónica, generándose carpetas digitales que vinieron a reemplazar la forma escrita o de continente material conocida hasta esa época (el expediente de papel).

consolidación temprana más la toma de conciencia de que en los asuntos penales la demora en la resolución de los asuntos adquiere ribetes de mayor gravedad, sobre todo cuando se trata de personas privadas de libertad², fueron generando los espacios para que luego, sin mucho tránsito ni transición, –en plena pandemia-, se pasara a la ejecución, en forma telemática o a distancia, de las actividades asociadas a los procedimientos judiciales. Se comprendió en ello la verificación de las audiencias de juicio mediante el uso de plataformas de videoconferencia, sustancialmente para casos urgentes o en hipótesis en que se juzgó que su realización, bajo esa modalidad, no afectaba el debido proceso³.

Hubo quienes, en medio de la emergencia sanitaria, hicieron la pausa necesaria para detenerse en el estudio e impacto que el nuevo fenómeno pandémico estaba significando para el sistema de justicia, observando que el procedimiento penal de naturaleza acusatoria y adversarial opera a través de un sistema de audiencias orales, concentradas y contradictorias, que suponen interacciones entre los operadores y los litigantes, entre los propios litigantes y entre unos y otros con las fuentes de prueba. Hicieron notar entonces que esa dinámica se lleva a cabo en el contexto de una audiencia en que no resulta sencillo trasladar el debate a una plataforma electrónica o llevando a cabo su desarrollo de modo remoto. Así, relevaron que uno de los aspectos críticos concernía a la posibilidad de ejecutar los juicios en forma telemática. Pese a sus reservas, empujados por la fuerza de los hechos, por la incertidumbre y presión imperantes, se abrieron a la posibilidad de llevar a cabo las audiencias de juicio en modo remoto, reservando la presencialidad sólo para los casos urgentes, con personas privadas de su libertad⁴.

Como suele ocurrir con las prácticas que adquieren algún grado de simpatía o de adhesión generalizada⁵, con posterioridad, una vez superada la emergencia sanitaria, se instaló la idea de que los funcionamientos telemáticos “llegaron para quedarse” y

² No es ocioso recordar que una de las garantías elementales para un imputado es la de su derecho a ser oído y juzgado “dentro de un plazo razonable” o ser juzgado “sin dilaciones indebidas”, conforme lo disponen los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3, literal c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³ El 02 de abril de 2020 se dictó en Chile la ley 21.226, que procuró regular la materia.

⁴ Documento de Trabajo CEJA. “Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral”, pp. 2, 16-17 y 25-29. Disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5654>, visitado 14.03.204.

⁵ Suele ser demasiado seductora la posibilidad de trabajar desde casa, en la comodidad del hogar.

efectivamente terminaron quedándose por mandato legal⁶. Así las cosas, por ley de la República, para beneplácito de muchos y ante el estupor de unos pocos, se consagró finalmente la posibilidad de llevar a cabo las audiencias de juicio en materias penales a través de instrumentos remotos de comunicación, sin ningún tipo de distingo acerca de la complejidad o naturaleza del asunto.

En la óptica que interesa especialmente para estos efectos, vale decir, en aquello que atañe a la producción y testeo de la prueba, merece la pena cuestionarse acerca de en qué medida esa modalidad de funcionamiento telemático repercute o puede repercutir en la calidad epistémica de la información obtenida de ese modo, en qué medida el uso de esas tecnologías, para el instante crucial que significa la realización del juicio oral, pone en riesgo el acercamiento o aproximación hacia la verdad y, con ello, a la justicia de la decisión⁷. Ferrajoli lo expresa de un modo particularmente decisivo asegurando que *“las sentencias penales son los únicos actos jurídicos cuya validez depende de su verdad”*⁸.

Ajustando o aguzando todavía más la mirada al asunto, se hace ineludible escrutar si la ejecución de un juicio telemático trae consigo algún quebranto a los valores, técnicas o “principios” proverbialmente asociados al sistema acusatorio, y, en la afirmativa, a cuál de ellos⁹. Para ese fin se torna ineludible, desde luego, delinear de algún modo las “consecuencias” de la oralidad¹⁰ y, entre ellas, la intermediación, que acostumbra a mencionarse como un factor comprometido con esta manera de desarrollar los juicios; o bien, si lo que finalmente resulta afectado es el derecho de defensa, como suele invocarse también, aunque tornándose necesario precisar en cuál dimensión específica puede

⁶ En efecto, por medio de la Ley N° 21.394, de 30 de noviembre de 2021, se consagró un procedimiento especial para la realización de audiencias bajo modalidad semipresencial o por vía remota en los procedimientos penales.

⁷ Taruffo expresa que la justicia de la decisión está condicionada por la corrección del proceso, por la interpretación adecuada de las normas y, en especial, por la veracidad de los hechos determinados. Taruffo, Michelle, “La Prueba, Artículos y Conferencias”, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009, p. 31.

⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, Novena Edición, Madrid, 2009, p. 605.

⁹ Conviene subrayar, desde ya, que la aprensiones y reparos atañen a la realización de un juicio oral en lo penal con prueba oral por medios telemáticos, porque nada debiera impedir su utilización en otro tipo de audiencias o de apersonamientos.

¹⁰ Nieva refiere, sin compartirlo, que las mismas corresponderían a la publicidad, la concentración y la intermediación. Nieva Fenoll, Jordi, “Los problemas de la oralidad”, Revista do Ministerio Público do RS, Porto Alegre, n. 67, set. 2010- dez. 2010, p. 238.

resultar lesionado ese derecho fundamental, cuando se acude a la aplicación de la videoconferencia como forma de desarrollar el juicio oral en lo penal.

La tesis que procuraremos sostener postula que, antes que la intermediación, la realización de una audiencia de juicio en modalidad telemática puede llegar a afectar el derecho de defensa y, más específicamente, el contradictorio, en tanto técnica y método adecuado para la adquisición del conocimiento posible y necesario, esto es, el conocimiento que ha de servir de sustento para el juicio de hecho, llamado a otorgar soporte o apoyo a la mejor decisión probatoria.

II.- El diseño institucional originario

1.- La centralidad del juicio oral

Los cambios políticos experimentados en América Latina y en Chile en particular se tradujeron en el retorno y fortalecimiento de las soluciones democráticas, con especial énfasis en el respeto a los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder, adecuándose de ese modo el ordenamiento jurídico nacional a las exigencias derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile¹¹. Estos giros estuvieron marcados por experiencias pasadas e hicieron imperiosa la revisión de los sistemas de enjuiciamiento, con acento en las materias del orden penal.

En lo concreto, los vientos de reforma trajeron aparejadas enmiendas radicales que significaron el paso de un modelo “inquisitivo”¹² y escrito a uno de corte acusatorio, singularizado por la oralidad. En un sistema “inquisitivo” la escrituración podía entenderse como el sistema de registro fidedigno e idóneo que permitía, tanto al juzgador como al tribunal superior, quedar en condiciones de examinar la información de un modo exacto o auténtico, a lo que se agregaban –en todo caso– reglas preestablecidas de valoración apriorística para ponderar las pruebas, amén de la existencia de una marcada profusión de

¹¹ El primer paso para ello fue la reforma introducida a la Constitución Política de la República (por medio de la ley 18.825 de 17.08.1989) que consagró a los derechos humanos o fundamentales, garantizados por la propia Constitución y por los tratados, como límites al ejercicio de la soberanía.

¹² Usamos la expresión ante la necesidad de echar mano a un lenguaje que pueda ser de comprensión común o compartida, al margen del estigma –muchas veces reduccionista–, o al componente peyorativo que acostumbra a asignarse a esa expresión.

los mecanismos de impugnación respecto de las decisiones, generándose de ese modo un escenario de centralización del poder. Por su lado, los modelos acusatorios, basados en la oralidad, se presentan como más tendientes a potenciar el rol de las partes y del propio tribunal de base, propiciando la estabilidad de las decisiones, en términos que las revisiones quedan generalmente restringidas y, en cualquier caso, sometidas a la iniciativa de los litigantes¹³. Amén de ello, a la hora de enjuiciar los hechos involucrados en el asunto sometido a decisión, se propende a liberar al juzgador de las ataduras legales preconcebidas, consagrando para ese fin un método de valoración racional de la prueba.

En tal sentido, el mensaje presidencial que dio origen al actual Código Procesal chileno ahorra palabras y asegura exactitud acerca del sentido y propósito buscado con la reforma:

“El eje del procedimiento propuesto está constituido por la garantía del juicio previo... Como elemento integrante de esta garantía básica se consagra el sistema oral, a partir de la constatación de que este método sencillo y directo de comunicación es el único que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones, como las que tantos problemas y distorsiones han causado en el sistema vigente...”

Para despejar cualquier duda, más adelante, en ese mismo mensaje, se subrayó lo que sigue:

“Se pretende entonces cambiar fundamentalmente el modo en que los jueces conocen los casos para su resolución, pasando del sistema de la lectura de expedientes a uno en que la percepción tanto de las pruebas como del debate de las partes se realice de forma directa, en el juicio...”¹⁴.

En un contexto normativo como el descrito, el juicio oral llegó a asumirse como un instrumento central para realización del derecho a un debido proceso, en la idea que está asociado a determinados medios o técnicas de adquisición de conocimiento que permiten asegurarlo de una mejor manera.

2.- El juicio oral y público

¹³ Damaska, Mirjan, “Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 250-252; Maier, julio, “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª Edición, 3ª Reimpresión, 2004, p. 653.

¹⁴ Mensaje Presidencial de iniciativa de ley que corresponde al actual Código Procesal chileno. Disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1086244>, visitado el 14.03.2024.

La contundencia del mensaje presidencial aludido se plasmó en una regla legal imperativa, nada menos que la norma de apertura del nuevo código de enjuiciamiento: su artículo 1°, norma que señaló el punto de partida para el proceso renovado. En el título relativo a los “principios básicos” se consagró en esa disposición una prerrogativa clave y esencial:

“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público”.

Desde luego, **la oralidad** alude a la forma hablada como instrumento de expresión que se opone a la escrituración. Chiovenda es reconocido como uno de los precursores de la oralidad en el mundo latino. En su obra “Principios de Derecho Procesal Civil”, realizó las ventajas del proceso oral y escribió: *“en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de las declaraciones de alguien, sea parte, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos con el juez, pone al juez en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad debe resultar de un contradictorio...la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce...”*¹⁵. Para enfatizar todavía más la relevancia de la oralidad en materia de prueba, se ha evocado una reflexión de Platón que por elocuente y decidora merece ser repetida: las palabras escritas no saben responder y *“si se les pregunta algo, responden con el más altivo de los silencios”*. No obstante, a propósito de la oralidad, entendemos que, con mucha razón¹⁶, Cappelletti matizó sus alcances, precisando que ella no representa, en sí y por sí, un fin o un valor preciso que pueda creerse esencial al proceso en general. Apuntó que se trata sólo un medio con el cual pueda perseguirse el fin del proceso o, antes bien, de la jurisdicción. Señaló también que es un error pensar que en un proceso oral deba prevalecer indiscriminadamente la forma oral, porque la oralidad atañe sólo a las pruebas y, dentro de ellas, a las solas declaraciones procesales-informativas de los hechos (declaraciones de las partes y de los terceros)¹⁷. Siguiendo sus lecciones, debiéramos alejarnos de ciertas visiones a ultranza, que aun perdurar entre nosotros, extremando la oralidad al punto de promover

¹⁵ Chiovenda, Giuseppe “Principios de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 131.

¹⁶ Decimos con mucha razón, porque no son pocas las ocasiones en que aún siguen perdurando visiones a ultranza que extreman la oralidad al punto de promover y ejecutar la incorporación de la prueba instrumental a través de su lectura en juicio, por ejemplo.

¹⁷ Cappelletti, Mauro, “El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad”, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002, Parte Primera, pp. 29, 123-126 y 135-140.

y ejecutar la incorporación de prueba instrumental escrita, genuina y originariamente escrita, mediante su lectura en juicio, porque así lo exigiría la oralidad.

Por su lado, el imperativo del **juicio público**, que suele presentarse en contraposición al secretismo asociado al método inquisitivo, está directamente imbricada con el modelo acusatorio y se inspira en la exigencia de control ciudadano respecto de los actos del poder o de la actividad judicial y, sobre todo, por parte del imputado y su defensa¹⁸. En definitiva, aparte de identificarse con una garantía fundamental para el enjuiciamiento¹⁹ la publicidad se relaciona con la transparencia²⁰ y, por lo mismo, con la idea de que todos los órganos del Estado y entre ellos los de la administración de justicia, son susceptibles de fiscalización, deben rendir cuenta de sus actos, de los fundamentos de sus resoluciones y del modo en que ejercen el poder que se les ha conferido. Desde esa perspectiva la motivación de una sentencia realiza su propósito, erigiéndose en el mecanismo idóneo para otorgar legitimidad al ejercicio del poder jurisdiccional, bajo el predicamento de que en un orden republicano y democrático, toda autoridad tiene que justificar sus decisiones²¹.

Naturalmente, la publicidad es también exposición al escrutinio público. Empero, a propósito del uso de las tecnologías de la información y, concretamente, la utilización de medios telemáticos para la ejecución de los juicios ha dado cuenta también de una cierta opacidad por las limitaciones técnicas y de credenciales para el acceso a las audiencias²²

II.- La involución del diseño original

1.- La paulatina depreciación del juicio oral

En su concepción primera, el modelo de juicio oral en lo penal instaurado en Chile procuró guardar el mayor apego posible a su ideación dogmática y sentido genuino. Lo que

¹⁸ Ferrajoli, la presenta como una garantía de segundo grado o garantía de las garantías primarias que tienen fundamento epistémico. Ferrajoli, Luigi, ob. cit. pp. 616-619.

¹⁹ El artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos manda que el proceso penal debe ser público; en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe, en su artículo 14.1, el derecho de toda persona a ser oída públicamente ante el tribunal competente.

²⁰ Binder, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", Editorial Ad-Hoc, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2009, p. 108.

²¹ Gascón Abellán, Marina, "Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba". Marcial Pons. Madrid. Tercera Edición. 2010, pp. 168-173.

²² Generalmente suele necesitarse de una "inivitación de acceso" que debe ser previamente autorizada.

se viene delineando se manifestó básicamente en la aspiración de suprimir el sistema de lectura de piezas de un expediente material para acceder a otro en que la decisión tenía que formarse merced a la percepción directa tanto de las pruebas como del debate subsecuente y, todo ello, en el marco de una audiencia pública de juicio. En el impulso de apertura del nuevo modelo se intensificaron las capacitaciones y fuimos testigos de una laboriosa “evangelización” destinada a desterrar nociones y prácticas atávicas, fincadas en la fuerza del antiguo y centenario sistema de enjuiciamiento, arraigado casi a nivel cultural, con miras a evitar la lectura interminable de antecedentes probatorios o la réplica de actuaciones generadas en fases previas.

Con todo, desde la puesta en marcha de la nueva normativa procesal penal se contempló la posibilidad del “ejercicio de refresca memoria”, esto es, la confrontación al deponente con sus dichos anteriores cuando entran en contraposición con los vertidos en juicio o cuando resulta necesario auxiliar su memoria o aclarar algún aspecto de su declaración. Aparte de ello, al poco andar comenzaron a insertarse otras transformaciones al sistema que fueron mermando su pureza original. Solo a modo de ejemplo, cuando habían transcurrido alrededor de 5 años desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal chileno, por medio de la Ley 20.074, de 28.10.2005, se incorporaron modificaciones a su artículo 329, permitiéndose la declaración por videoconferencia de testigos y peritos, aunque solo a solicitud de parte, previo debate y siempre que se justifique que por *“algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia de juicio”*²³; y también al artículo 331, que habilitó la posibilidad de reproducir, incluso mediante lectura, las declaraciones de testigos o peritos, para casos extremos o calificados, tales como la muerte del deponente, la incomparecencia por causa imputable al acusado o la de haber mediado acuerdo de las partes²⁴.

2.- De la depreciación legislativa del juicio oral a la progresiva irrupción del “juicio por zoom”

²³ Cabe observar, en todo caso, que hasta la irrupción de la pandemia esta no fue una norma de uso conocido.

²⁴ Todas estas concesiones al contradictorio –incluido el ejercicio de “refrescar” memoria– son muy criticadas por Ibáñez, precisamente por el déficit de contraste y de merma al carácter dialógico de la relación procesal. Andrés Ibáñez, Perfecto, “Consideraciones sobre la prueba judicial”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 64-72.

2.1- Una intervención normativa relevante, pre-pandemia

Como quedara dicho, el procedimiento penal de corte acusatorio respondió a la idea de adaptar la legislación interna a los imperativos derivados de los derechos humanos y garantías contemplados tanto en la propia Constitución Política de la República como en los tratados internacionales ratificados por Chile. De ahí que en el artículo 1° del Código Procesal Penal se partiera reconociendo el derecho que tiene toda persona a un juicio oral y público, bajo el predicamento de que ese sistema de enjuiciamiento otorga al imputado las garantías de un justo y racional procedimiento.

A pesar de que en su primera versión el Código Procesal Penal ya contemplaba el procedimiento abreviado²⁵, lo cierto es que fue regulado de manera especialmente restrictiva para alejarlo de su criticado precedente norteamericano, el “*plea bargaining*”. Ello se tradujo –por lo medular- en la fijación de un techo o límite superior para su cobertura, quedando circunscrito a los ilícitos cuyas penas no superaran los 5 años de privación de libertad, que son aquellos que, por lo general, pueden ser objeto de beneficios alternativos o de penas o sustitutivas, es decir, que no comportan necesariamente el ingreso del condenado a un recinto carcelario.

Sin embargo, curiosamente, con el declarado propósito de facilitar la aplicación efectiva de las penas para los delitos contra la propiedad, durante 2016 se dictó la Ley 20.931 que amplió sensiblemente ese límite superior, situándolo en el tramo de los 10 años de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo. El impacto de esta forma sucedánea de juzgamiento, de “condenas sin juicio”, ha sido altamente considerable, por la frecuencia estadística de los delitos comprendidos en esa reforma (delitos de hurto, robo y receptación)²⁶. A ese respecto se puso en relieve que por esa vía se había llegado a “*exacerbar*

²⁵ Como se sabe, el procedimiento abreviado opera bajo la fórmula de “justicia negociada”, o sea, implica un acuerdo de la defensa con el fiscal -expresado en la oferta y aceptación de una penalidad privilegiada-, que se erige a partir del reconocimiento que debe hacer el imputado acerca de los hechos que le están siendo atribuidos, con admisión de su responsabilidad.

²⁶ De acuerdo con cifras registradas por la Defensoría Penal Pública, la sumatoria de los delitos de hurto y robos violentos, de los delitos robos no violentos, hurtos y otros delitos contra la propiedad, representan el mayor volumen de ingresos ante ese órgano. Información disponible en <https://www.dpp.cl/eventos/detalle/justicia-abierta-cifras>, visitado 15.03.24. A su turno, conforme al Boletín Anual del Ministerio Público, durante el año 2023 los delitos de hurto y robo o delitos contra la propiedad en

la lógica de la autonomía individual en la renuncia al juicio y establecer progresivos desincentivos para que los imputados exijan el juicio y acepten en cambio la renuncia al mismo.”²⁷. Podría añadirse a ello el preocupante efecto del cambio, en cuanto ha dado lugar para que ingresen al sistema de negociación delitos que por su alta penalidad suelen implicar prisión preventiva y en que, por lo mismo, no es aventurado suponer que mucha de esa negociación está teñida por la presión y el apremio que significa para el imputado “auto incriminarse” para recuperar la libertad, de manera que el consentimiento y la negociación, o sea, su real voluntariedad, pueden ser más que puestas en entredicho.

En suma, los propios órganos colegisladores comenzaron a “renunciar” paulatinamente a la centralidad del juicio oral.

2.2.- El régimen jurídico de excepción, durante la pandemia

Como quiera que haya sido, para los fines de este trabajo importa de modo especial examinar cómo se fue abriendo paso la celebración de audiencias de juicio en forma remota, extremo que pasa a ser abordado en las páginas que siguen.

Producto del brote del “coronavirus” y con miras a evitar su propagación, tal como ocurriera en muchas partes del mundo, las autoridades nacionales adoptaron diversas medidas para la protección de la salud, que implicaron la declaración de un estado de emergencia sanitaria y restricciones o limitaciones de ciertos derechos fundamentales, comprendiendo la libertad de circulación. Todo ello redundó en confinamientos masivos y absolutos de la población²⁸, que después fueron progresiva y gradualmente morigerados.

La situación de encierro que significó esa primera etapa imposibilitó la ejecución de actividades en la administración de justicia penal. De un modo semejante al acaecido en

general representaron un total de 553.062 casos, que corresponden a un 35,6% del total de sus ingresos. Información disponible en www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadísticas/index.do

²⁷ Riego, Cristián, “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, en Revista Política Criminal, Vol. 12, N° 24, Santiago, diciembre de 2017, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000201085>, visitado 15.03.2024

²⁸ Por Decreto Supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaró el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública en todo el territorio nacional. Previamente, el 5 de febrero de 2020, el Ministerio de Salud había dictado el decreto N° 4, de 2020, que decretó alerta sanitaria, otorgando facultades extraordinarias por la emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) derivado del brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV). A partir de esa normativa se implementaron diversas medidas de confinamiento y de restricciones de movilidad. Textos disponibles en www.bcn.cl

muchos países del entorno, en Chile se optó por la suspensión generalizada de los servicios y de los plazos judiciales, en tanto se mantuviera el estado de emergencia sanitaria. Por ende, tal prestación fue mínima o reducida, situación que perduró por espacio de dos años, aproximadamente.

Naturalmente, el estado de calamidad pública que implicó la emergencia sanitaria colocó en tensión los derechos de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable y el derecho a la salud de los intervinientes y funcionarios del orden judicial.

La solución legislativa vino a ser dada por la ley 21.226 (de 02 de abril de 2020) que buscó conciliar los requerimientos para la continuidad en la administración de justicia con la situación de estado de emergencia y las restricciones a la libertad de desplazamiento o movilidad asociadas a ello. La normativa en cuestión estableció un régimen jurídico de excepción para la realización de audiencias y actuaciones judiciales, en casos graves o urgentes. Sin embargo, de un modo más bien indirecto – y hasta equívoco, porque no hubo una habilitación clara y explícita-, se entendió por los operadores que la ley permitía la realización de audiencias “en forma remota”, bajo condición de cumplirse las garantías judiciales de un debido proceso, en los términos que contemplan la Constitución Política de la Republica y los tratados internacionales. Esa comprensión de dicha normativa dio pie para que algunos tribunales comenzaran a ordenar la verificación de audiencias de juicios penales en modalidad telemática.

La aplicación de esa ley, en los términos aludidos, motivó que las defensas de los imputados interpusieran requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la preceptiva de la citada Ley 21.226, requerimientos que fueron reiteradamente acogidos por el Tribunal Constitucional chileno²⁹.

Por su lado, de un modo un tanto diferente, ante las impugnaciones que formulaban las defensas, denunciando la vulneración del derecho a un justo proceso con la realización

²⁹ Por todos, Roles 12081, 11957 y 11999, de 01 y 10 de marzo de 2022, respectivamente, disponibles en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/>. Debe hacerse la salvedad que la ratio legis de la decisión estuvo determinada por la circunstancia de que la ley asumió en su artículo 9 inciso segundo que solo un impedimento de carácter absoluto podía obstar a la realización de una audiencia. No obstante, óbiter dicta, el tribunal Constitucional chileno desarrolló extensos argumentos que dejaban en vilo la ejecución de los “juizoom”, aspecto que abordaremos más adelante.

de audiencias telemáticas, la Corte Suprema de Chile resultó elusiva en sus pronunciamientos, escogiendo una salida eminentemente formal para desestimar alegaciones de esa índole. Así, sostuvo y mantuvo una doctrina que puede reseñarse en la transcripción que sigue:

“Sexto: Que, ...la defensa ha fundamentado la causal en que la audiencia de juicio fue realizada mediante la modalidad de videoconferencia, permitiéndose, según indica, que la víctima prestara declaración desde su domicilio sin que se cumplieran las formalidades mínimas para prestarla, como es la presencia de un ministro de fe que verificara aquellas, van en detrimento de la dimensión formal del principio de inmediación, se afecta el derecho a una defensa efectiva y merma la credibilidad de lo señalado por el testigo, generándose en definitiva información de baja calidad que afecta la valoración y decisión contenida en la sentencia. La argumentación versa entonces sobre la eventualidad de que aquello pudiere haber ocurrido, más en ningún caso, en la constatación precisa de cómo aquello habría determinado efectivamente y de forma trascendente y sustancial, la decisión de condenar a.... Se omite entonces, referir por la defensa, cuál es la concreta garantía infringida, cómo se produjo su precisa vulneración, y finalmente, cómo ello influyó causalmente en el resultado del juicio.”³⁰.

Esa jurisprudencia del tribunal superior, que no conciliaba del todo con lo que venía sosteniendo sobre materias semejantes el Tribunal Constitucional, podría explicarse por el hecho de que la misma Corte Suprema, por medio de Autos Acordados³¹, había impartido directrices a los tribunales de base para llevar a cabo sus labores en teletrabajo y bajo la modalidad de videoconferencia.

2.3.- El régimen jurídico transitorio, posterior a la pandemia

La mantención del funcionamiento en condiciones de excepcionalidad, antes aludido, estaba supeditada a la vigencia del estado de excepción constitucional por causa de calamidad pública, estado que cesó a contar el 30 de noviembre de 2021. Esto se tradujo

³⁰ Sentencia Corte Suprema, de 30 de diciembre de 2022, recurso de nulidad penal, Rol N° 129.294-2022)

³¹ Los autos acordados corresponden al ejercicio de la potestad reglamentaria del Tribunal Superior. En principio su objeto solo debiera estar referido a cuestiones atinentes al funcionamiento interno de los tribunales, regulando aspectos menores tales como horarios o jornadas de trabajo. Sin embargo, bajo la justificación de ausencia de regulación legal o en defecto de ley, el tribunal superior ha llegado a normar por su intermedio materias que desbordan su verdadera finalidad. En lo atinente, se dictaron dos autos acordados: a) El de 13.03.202 (Acta 41-2020) que permitió el teletrabajo en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor y “ante cualquier otra circunstancia que haga aconsejable adoptar medidas de prevención para quienes se desempeñan en el Poder Judicial o sus usuarios”; y b) El de 08.04.2020 (Acta 53-2020), que reguló el funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria derivada del coronavirus y que, en concreto, autorizó el uso de video conferencia, aunque precisando que debían adoptarse las medidas para asegurar el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso.

en la necesidad de introducir reformas al sistema de justicia, destinadas a regular la reactivación paulatina de los procesos judiciales, para hacer frente al retraso y acumulación de causas, una vez que se produjera el retorno a la normalidad social e institucional. Surgió así el régimen jurídico transitorio establecido por la Ley 21.394.

Enfocándonos de nuevo en aquello que reviste pertinencia para los fines de este trabajo, viene al caso relevar que ahora, ya con total naturalidad, por virtud del artículo undécimo transitorio de dicha ley, se facultó expresamente a los tribunales de juicio oral en lo penal para decretar el desarrollo de audiencias -de juicio- vía remota o semipresencial³², indicándose que para ese efecto se debía llevar a cabo una “audiencia de factibilidad” con el propósito de oír a los intervinientes y resolver eventuales oposiciones a su desarrollo. Empero, pese a la oposición de alguno de los partícipes, el tribunal podía igualmente ordenar la verificación de la audiencia en forma remota.

2.4.- La instalación definitiva de los “juicios virtuales”

Toda la regulación precedente preparó el terreno para el arribo final y definitivo de las audiencias telemáticas, de los juicios “por zoom”³³ o, más precisamente, de la producción y recepción de la prueba oral o viva, por vía telemática. De un modo similar al que aconteciera en otras áreas de la actividad, se fue entronizando la idea de que la implementación de estas tecnologías traía consigo beneficios de variada índole, mencionándose entre ellos las ventajas que representaría para el “acceso a la justicia”, la economía, el ahorro de recursos monetarios que significa litigar y juzgar sin desplazamientos –que podría dejar atrás la necesidad de edificar tribunales, dicho sea de paso-, unido a la comodidad que significa hacerlo desde el hogar hacia cualquier lugar del

³² Dejando a salvo que la normativa contuvo una profusa regulación en la materia, el artículo 11° transitorio formula una proclamación general que no dejaba mayor espacio a dudas: *“Artículo undécimo.- Audiencias por vía remota o semipresencial. Los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal, según corresponda, sin perjuicio de las disposiciones del Código Procesal Penal, podrán decretar el desarrollo de audiencias vía remota o semipresencial. Para estos efectos, el tribunal examinará previamente que bajo estas modalidades no se vulneran las garantías del debido proceso contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

³³ La denominación obedece al hecho que esa plataforma de chat o de videoconferencia (zoom) se popularizó masivamente y es la que se ha venido utilizando en el Poder Judicial chileno para la verificación de todo tipo de audiencias telemáticas.

territorio nacional. Por cierto, lo del contacto directo podría esperar por una mejor ocasión o quedar definitivamente en el pasado.

En noviembre de 2021 se dio a la luz la Ley 21.394³⁴ que, como se anticipara, incorporó a la legislación interna la posibilidad de realizar audiencias bajo modalidad semipresencial o vía remota en los procedimientos penales seguidos ante los tribunales de juicio oral en lo penal³⁵.

Pese a que la ley dispone que la autorización conferida “no procederá respecto de las audiencias de juicio”, de modo contraproducente, la misma norma prescribe -acto seguido- que el tribunal queda facultado para autorizar la comparecencia vía remota, siempre que se trate de las declaraciones “del imputado, la víctima, testigos y peritos”.

Resulta inevitable subrayar la poca congruencia que se advierte en la proclamación inicial de no hacer extensiva la autorización de funcionamiento telemático para las audiencias de juicio, si luego se permite la ejecución o desahogo de prácticamente toda la prueba oral o viva, cuyo continente y receptor natural es, precisamente, el juicio. Forma parte de un tópico o lugar común que la mentada audiencia se identifica con el momento estelar para la ejecución de la prueba. En consonancia con ello, el Tribunal Supremo Español ha precisado que la inmediación corresponde a una técnica de formación de la prueba “*que se escenifica ante el juez*”³⁶. De ello y de lo que ha señalado la doctrina, se puede colegir que el valor agregado de la oralidad y de la inmediación se expresan real y cabalmente en la producción y percepción de la prueba personal, oral o “viva”, porque es respecto de ellas que resulta posible predicar que la presencia del juzgador asegura mayor fidelidad en la información que aportan tales medios.

³⁴ Insertó un nuevo título (Título VI bis) a la ley orgánica constitucional de los tribunales chilenos (Código Orgánico de Tribunales), del que cabe destacar su artículo 107 bis que será objeto de cita. El texto completo está disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/codigos>

³⁵ En rigor, la normativa lo autoriza también para el desarrollo de audiencias en los juzgados de garantía, en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema, pero acotaremos el análisis a los tribunales de juicio oral en lo penal, porque es ante ellos donde se ejecuta la producción de prueba en juicio. Aunque en la modalidad de juicio simplificado lo propio también puede tener lugar ante los tribunales de garantía, lo cierto es que se trata de procesos por asuntos de baja entidad.

³⁶ Por todas, motivo segundo, párrafo 2.2, STS 806/2021, de 20 de octubre de 2021.

Retomando, las hipótesis bajo las cuales la ley habilita para recibir en forma telemática o remota esa prueba personal son las que se enuncian a continuación³⁷:

1.- La necesidad de brindar protección a las víctimas y testigos que presten declaración;

2.- La circunstancia de que el imputado que va a declarar se encuentre privado de libertad³⁸;

3.- El carácter dispendioso del traslado al lugar del juicio de la víctima o del imputado;

4.- El hecho de que el perito tenga su domicilio fuera del lugar del juicio, o se encuentre fuera del lugar del juicio por causa justificada; o tratándose de perito que es funcionario público, si su traslado al tribunal afecte el cumplimiento de sus funciones.

Más allá de la justificación que pueda concederse a algunos de los casos enunciados, no es difícil advertir que la amplia gama de situaciones contempladas en la ley tiende a la generalización y que, por lo mismo, tiene vocación de convertir el o los juicios orales en lo penal en una audiencia íntegramente telemática, en lo que hace a la rendición de la prueba.

IV.- La experiencia de los juicios telemáticos. Un balance meramente práctico

En Chile está institucionalizada la Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, creada por la Ley N° 20.534, de carácter consultivo y permanente, cuyo propósito es propender al fortalecimiento y buen funcionamiento del sistema procesal penal, merced a su evaluación y seguimiento constante. El órgano en cuestión está integrado por representantes de los distintos sectores incumbentes en el sistema judicial, a saber: El poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia), el Poder Judicial (Presidente de la Corte Suprema), el Ministerio Público (Fiscal Nacional), la Defensoría Penal Pública (Defensor Nacional), los representantes de las policías y del Colegio de Abogados.

³⁷ En general, los casos contemplados en la ley responden a estándares más o menos compartidos en otras latitudes. Montesinos García, Ana, “La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal”, Marcial Pons, 2009, pp. 72-86; Bueno Benedí, Miguel, “Videoconferencia y juicios telemáticos”, Editorial La Ley, 2023, pp. 48-53.

³⁸ Aunque, en teoría, se supone que debieran adoptarse las providencias que aseguren su comunicación con el defensor.

A pesar que no se dispone de estudios empíricos acabados en la materia y dejando a salvo los aspectos propiamente epistémicos o el impacto que el uso de estas tecnologías ha significado o puede significar para el desarrollo de un juicio oral en lo penal –los que serán abordados en el capítulo siguiente de este trabajo-, se ha estimado aconsejable relevar, como un dato a tomar en consideración que, en el seno de ese órgano consultor se efectuó un diagnóstico, enfocado en aristas sustancialmente prácticas, acerca de la experiencia que significó la realización de audiencias bajo modalidad remota y semipresencial³⁹. Entre otros, arrojó los resultados que siguen:

1.- Ventajas o aspectos positivos

1.1.- Facilita las comparecencias. De momento que basta la sola conexión a un dispositivo para acceder a la sesión respectiva, se evitan los desplazamientos y, por ende, se incrementan los índices de apersonamiento a las audiencias judiciales por parte de los testigos o declarantes en general. Aparte de ello, tratándose de funcionarios públicos se reduce el uso de viáticos y los apoyos logísticos vinculados a los traslados;

1.2.- Optimiza la actuación profesional. Por semejantes razones a las predichas, los fiscales, defensores y abogados en general pueden atender o intervenir en múltiples audiencias en un mismo día e inclusive ante diferentes tribunales y hasta de distintos territorios a nivel nacional;

1.3.- Se cubre la posibilidad de obtener las declaraciones de personas imposibilitadas de comparecer por su estado o condición (embarazadas, enfermos, etcétera), evitándose la suspensión de audiencias;

1.4.- Contribuye a garantizar la seguridad de los intervinientes (fiscales), reduciendo o suprimiendo su exposición ante imputados de mayor peligrosidad o de sus familiares;

1.5.- Permite morigerar o derechamente impedir –en su caso-, el contacto del imputado con la víctima, lo que resulta especialmente relevante en situaciones de potencial revictimización;

2.- Desventajas o aspectos negativos

³⁹ Documento borrador 29.03.2023, sin publicar, “Informe Diagnóstico: Subcomisión Justicia Post-Covid”, en poder del autor de este trabajo.

2.1.- La brecha tecnológica, en una doble dimensión. La contracara para la facilidad de acceso a la justicia, en su forma de comparecencia ante el tribunal sin necesidad de desplazarse, se manifiesta –por un lado-, en la realidad indesmentible de que el grueso de los usuarios del sistema son personas de escasos recursos, de modo que, aun cuando puedan contar con algún dispositivo electrónico (generalmente celular), no siempre disponen de un plan de datos que les haga posible la conexión. De otra parte, existe una proporción no menor de personas (generalmente rangos etarios mayores) que pueden enfrentar dificultades para comparecer en la modalidad telemática, por desconocimiento del modo de operar en términos de audio o imagen;

2.2.- Dificultades técnicas de conexión. La mala calidad del servicio de datos o internet, las interrupciones asociadas a ello, las fallas en el sistema de *streaming*, contribuyen de modo sensible a ralentizar el desarrollo de la audiencia, lo que se evidencia de modo particular en zonas rurales o alejadas.

2.3.- Pérdida de formalidad en la audiencia. En términos de realidad, las declaraciones que llegaron a recibirse en forma telemática han sido desde los domicilios particulares del declarante (lo que en su momento incluyó también a los propios jueces), lo que ha restado solemnidad al acto, incrementada esa falta de formalidad y seriedad por la evidente cotidianeidad que significa un ambiente hogareño (la presencia de otras personas, las actividades domésticas, etc.).

III.- Las contradicciones del sistema judicial chileno o ¿el fin de las excusas para el control de los hechos?

Resulta particularmente curioso y hasta ahora desprovisto de alguna explicación conocida, que en el ordenamiento jurídico chileno no se haya observado una regulación coherente en esta clase de asuntos, o sea, en lo que se refiere a las reglas impartidas por los órganos colegisladores para la verificación de los juicios orales.

En efecto, dejando al margen los procesos civiles⁴⁰, en Chile fueron reformados los procedimientos penales, laborales y de familia. En todos ellos se optó por el juicio oral, asociado a un régimen institucional de valoración probatoria afincado en la razón. En aquello que interesa especialmente, debe acentuarse que –como aconteciera en materias penales-, tanto en los asuntos laborales como en los de familia se autorizó la realización de audiencias de juicio en forma remota por videoconferencia. En particular, el artículo 427 bis del Código del Trabajo permite a las partes impetrar esa forma de verificación, prescribiéndose en todo caso: *“Con todo, la absolución de posiciones y las declaraciones de testigos y de peritos y otras actuaciones que el juez determine, sólo podrán rendirse en dependencias del tribunal”*. En términos muy semejantes, sino idénticos, en el artículo 60 bis de la Ley 19.968, que crea los tribunales de familia, se consagra la comparecencia voluntaria de las partes para su apersonamiento a los distintos tipos de audiencias, precisándose también que *“Con todo, la declaración de parte, testigos y peritos y otras actuaciones que el juez determine sólo podrán rendirse en dependencias del tribunal”*⁴¹.

Llama entonces poderosamente la atención esa diversidad de tratamiento en la legislación chilena, que hasta puede considerarse contradictorio. De un lado, se rigidiza o derechamente se excluye la posibilidad de acudir a la videoconferencia en ámbitos de dificultad probatoria proverbial (para el trabajador no es nada fácil proveerse de testigos y menos todavía lograr que concurran a un tribunal) o en aquellos en que suelen prevalecer las dificultades de desplazamiento y las carencias económicas o la lejanía (asuntos de familia); y, por otro lado, que se exponga un valor tan caro como la libertad de las personas, a los riesgos de las tecnologías y al error que las mismas pueden portar consigo.

De algún modo relacionado con esto último, parece oportuno consignar que ya se ha subrayado por otros la persistente “resistencia” de los tribunales superiores para cumplir con su labor de control de los hechos fijados por el tribunal del juicio oral en lo penal, bajo el argumento –equivocado a nuestro entender-, de que los jueces que han entrado en

⁴⁰ Ccontraproducentemente, pese a su carácter procesal matriz, el procedimiento civil permanece todavía aferrado a un esquema escrito, inserto en un sistema de prueba con notas de tasación legal previa. La reforma respectiva descansa y ha seguido descansando por largo tiempo en el parlamento.

⁴¹ Los textos de estas normas están disponibles en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional de Chile. www.bcn.cl

contacto directo con la prueba adquirirían una suerte de “soberanía” o de “exclusividad” en materia de valoración probatoria, todo ello arraigado en una visión hipertrofiada de la inmediación⁴². En gran medida, esa manera de cercenar el derecho al recurso y a la necesidad de revisión que reclama el afectado, respecto de lo decidido por el tribunal de base, se entronca con la idea de que aquellos jueces estarían en mejores condiciones para extraer los datos o la información de la prueba, dado el contacto directo que habrían tenido con ella. Debiera resultar entonces atendible o quizás evidente que, al acudir al uso de la videoconferencia, se ingresa en un plano mediado por las tecnologías, de manera que tiende a desaparecer o cuando menos atenuarse la pretendida posición epistémica de privilegio si es que no llegan derechamente a equipararse las condiciones epistémicas tanto del tribunal del juicio como el de revisión: ¿Qué diferencia habría entre lo que se aprecia “en vivo” a través de un monitor y lo que pueda ser posteriormente visionado por medio de una videograbación?. Si ello fuera así, tendría que significar el principio del fin de las excusas para eludir la revisión del contenido fáctico de la sentencia. No habría impedimento ni obstáculo alguno para enjuiciar el mérito de lo fallado .

IV.- El impacto de la justicia telemática en la calidad epistémica de la información y en la valoración racional de la prueba

En términos generales, la valoración probatoria alude a la actividad intelectual desplegada por el juez, dirigida a determinar el grado de confirmación alcanzado con las probanzas ejecutadas por las partes, en términos de considerar como verdaderas, como probadas o no probadas las aserciones que ellas han efectuado acerca de los hechos que sustentan sus hipótesis. Devis Echandía señala que por ella se entiende “*la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o el valor de convicción*” que puede deducirse del contenido de los medios de prueba, agregando que cuando se habla de apreciación o de valoración de la prueba se comprende un estudio individual y un estudio crítico de conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para demostrar sus alegaciones de

⁴² Araya, Marcela Paz y Rojas, “El control expost de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis”, Tesis doctoral, 2016, pp. 77-82; Araya, Marcela Paz y Rojas Mundaca, Jaime, “Pandemia e Inmediación en cinco preguntas”, Revista de Estudios Judiciales N° 6, 2020, pp. 118-121.

hecho, como de los que adujo la contraria para desvirtuarlos o para oponer otros hechos, incluyendo los que el juez ha decretado oficiosamente⁴³. Marina Gascón remarca que la valoración de las pruebas corresponde a un juicio de *aceptabilidad* de los resultados producidos por los medios de prueba y consiste en la verificación de los enunciados de hecho introducidos al proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a ellos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador⁴⁴. A su turno, Taruffo la describe como una actividad que consiste en determinar el valor probatorio de cada medio de prueba con relación a un hecho específico y que su objeto es establecer cuándo y en qué grado puede ser considerado “verdadero” el enunciado que afirma la ocurrencia de ese hecho, sobre la base de las pruebas relevantes⁴⁵. Ferrer la describe como una operación que consiste en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una o varias hipótesis en conflicto⁴⁶.

La ponderación o apreciación probatoria es de composición compleja, dado que abarca una fase de percepción (asociada a operaciones esencialmente sensoriales: ver, oír, palpar y oler); otra de interpretación (asignación de sentido o de significado a lo que se observa y su procesamiento); y, luego, la extracción de resultados (las conclusiones que logran obtenerse de los datos o de la información percibida y procesada)⁴⁷.

Comoquiera que sea, lo que se busca relevar es la connotación clave y crucial que representa la actividad intelectual que se ha intentado delinear. Aun a riesgo de incurrir en una obviedad elemental, se estima necesario poner en relieve la importancia capital del fenómeno de la valoración probatoria, de momento que la resolución de los asuntos jurisdiccionales, con mayor razón los de orden penal, queda condicionada por la fijación de los hechos. Son éstos los que finalmente determinan el derecho aplicable y, por lo mismo,

⁴³ Devis Echandía, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2006, Tomo Primero, p. 273.

⁴⁴ Gascón Abellán, Marina. “Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba”, ob. cit., pp. 140 y 141.

⁴⁵ Taruffo, Michele. “La Prueba”. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008. P. 139.

⁴⁶ Ferrer Beltrán, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 45-47.

⁴⁷ Devis Echandía, Hernando, ob. cit., pp. 276-278; Montero Aroca, Juan, “La Prueba en el Proceso Civil”, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 589-592; Nieva Fenoll, Jordi, “La Valoración Racional de la Prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 34.

los que marcan el derrotero para la decisión subsecuente. Si ello es así, cualquier intervención en la materia exige un escrutinio agudo y, particularmente, en aquello que atañe a la incorporación de instrumentos para allegar al proceso las fuentes de prueba y, más específicamente, los datos o información que las mismas son capaces de aportar en esas condiciones, con miras a conferir soporte razonable y aceptable a la decisión probatoria final.

Conforme anticipáramos en la introducción, el uso de medios telemáticos o de tecnología remota, con el objeto de recibir y percibir prueba oral o “viva” (testimonios o declaraciones en general)⁴⁸, puede impactar en determinados aspectos estrechamente relacionados con la oralidad y el modelo adversarial, formulación que conduce a escudriñar en los contornos y alcances de la inmediación, del derecho de defensa y del contradictorio en particular, extremos que procuraremos merodear en los párrafos siguientes.

1.- Los juicios telemáticos y la inmediación

Con indudable acierto Ferrer distingue entre una versión “fuerte” y una versión “débil” de la inmediación, ligando una a la convicción subjetiva y otra a la concepción racional de la prueba⁴⁹. De Paula Ramos enriquece esas categorías, indexando la concepción subjetiva de la prueba con la idea de situar al juez y sus creencias como destinatario central de la prueba (se da por probado aquello que “convence” al juez), acentuando que, en cambio, la concepción objetiva se asocia a un modelo que prescinde de ese convencimiento personal, que busca radicarse en la persona del juez, para situarse en un ámbito intersubjetivo, de manera que el enunciado de hecho se da por probado solamente cuando haya elementos suficientes para asentarlo⁵⁰.

1.1.- La versión fuerte de la inmediación

Haciendo un paralelo entre la separación de funciones judiciales (de recibir las pruebas y de resolver), Jeremías Bentham calificaba de “inferior” la prueba por actas,

⁴⁸ Dejamos a salvo la posibilidad de ejecutar de modo remoto otro tipo de audiencias, de mero debate, por ejemplo, o de aquellas en que no se produce prueba oral, dado que no advertimos en su realización riesgos o compromisos para el contradictorio, como método de conocimiento de los hechos a probar.

⁴⁹ Ferrer Beltrán, Jordi, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias”, Revista Cubana de Derecho, Vol. 1, No. 1, enero-julio 2021, pp. 247-248; Ferrer, “La valoración racional de la prueba”, ob. cit., pp. 61-66.

⁵⁰ De Paula Ramos, Víctor, “La prueba testifical”, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 27-32.

aseverando que de ese modo el juez se priva de información esencial relacionada *“con la fisonomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe...”* y terminaba remarcando que producto de la mediación de las actas el juez *“se vuelve ciego y sordo en casos en que es preciso ver y oír todo”*. Muy en sintonía con lo reseñado, Malatesta aconsejaba tomar nota de las formas exteriores del declarante, en cuanto capaces de revelar su ánimo de verdad o mentira, aludiendo a la seguridad o vacilación, a la calma o turbación del rostro, señalando que *“un solo gesto y a veces una simple mirada, pueden revelar la veracidad o la mentira del testigo”*⁵¹.

Esos autores clásicos, de autoridad indiscutida, son citados a modo de ejemplo para graficar la persistencia de ideas y nociones que han resistido el paso del tiempo, enraizando postulados que vinculan la técnica de la inmediación con una faceta eminentemente sensorial, asociada al contacto directo e inmediato del juez con la prueba, pero bajo el predicamento de que eso otorgaría a dicho juez una posición epistémica de privilegio, haciendo posible que extraiga información exclusiva y valiosa para su decisión, alzándolo a un sitial fantástico, de persona capaz de captar datos de un lenguaje que no está al alcance de los seres comunes⁵².

La derivada de esa visión particular de la inmediación se traduce en que no habría una línea divisora que la separe de la íntima convicción judicial, de marcada subjetividad, lo que tornaría innecesaria cualquier justificación, porque nadie podría estar en mejor posición epistemológica que la del juez del juicio. Y ello, desde luego, no compagina con una concepción racionalista de la prueba. De ahí que se haya observado que donde impere

⁵¹ Famarino dei Malatesta, Nicola, *“Lógica de las pruebas en materia criminal”*, Tomo II, Editorial Temis S.A., Bogotá 2002, p. 76.

⁵² Sin embargo, también hubo autores que en su tiempo llamaron a la prudencia, centrando su análisis en factores objetivos que buscaban valorar el testimonio y no la persona del testigo. Así, Döhring alertaba sobre el carácter equívoco de los elementos que integran la impresión personal a partir del semblante y los ademanes. Döhring, Erich, *“La prueba. Su práctica y apreciación”*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, pp. 66-70; a su turno Mittermaier ponía el acento en el contenido de las declaraciones, proponiendo reglas, que hoy día podríamos denominar como de experiencia o de sana crítica, para apreciar los testimonios. Mittermaier, Karl, *“Tratado de la prueba en materia criminal”*, Editorial Hammurabi, 2006, pp. 303-324.

ese sistema racional, la intermediación no puede ser entendida como una forma de *“captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba”*⁵³.

Se ha estudiado y destacado que la comunicación no verbal, la expresión emocional, la mirada y la voz no son válidas como indicadores de la verdad o de la mentira, puesto que no permiten medirlas sino solo evidencian comportamientos que creemos asociados a ellas, pero que pueden responder a otro tipo de circunstancias o estímulos. En suma, las conductas no verbales *“suponen una pobre ayuda a la detección de la mentira”*⁵⁴. De Paula asegura con rotundidad que es simplemente falsa la idea de que el juez tenga capacidad para valorar un testimonio en función de esos factores externos (tono de voz, el nerviosismo, etcétera)⁵⁵.

Consecuentemente, el llamado *“lenguaje corporal”*, la actitud del testigo o declarante, sus gestos, solo pueden generar impresiones sin valor epistémico, porque es allí donde se cuelan los prejuicios y las intuiciones carentes de sustento racional. Tales constataciones no pasan de constituir impresiones desprovistas de respaldo atendible y, por lo mismo, no debieran servir de justificación para apoyar una hipótesis⁵⁶. En efecto, admitir lo contrario, importaría aceptar también que debiéramos erigir a tales manifestaciones emocionales o impulsos físicos a la categoría de generalizaciones empíricas o a la envergadura de conocimientos supuestamente científicos, que serían demostrativos de la verdad o falsedad de una determinada aseveración. Empero, hasta ahora la razón y la sensatez, se niegan a aceptarlo.

1.2.- La versión *“débil”* de la intermediación

⁵³ Andrés Ibáñez, Perfecto *“Sobre el valor de la intermediación, una aproximación crítica”*, en *“En torno a la jurisdicción”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 156.

⁵⁴ Manzanero, Antonio y González, José Luis, *“Avances en Psicología del Testimonio”*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2013, p. 140.

⁵⁵ De Paula, Víctor, ob. cit., pp. 164-165.

⁵⁶ Podría matizarse esta aseveración, porque se ha destacado también que puede emplearse toda la información que se obtiene con la intermediación, inclusive si el testigo estaba más o menos nervioso o si dudaba, por ejemplo, pero esto último sólo en la medida que cualquier sujeto que hubiera estado presente habría obtenido la misma impresión, porque de lo contrario efectivamente ingresan los prejuicios y las intuiciones sin fundamento. González Lagier, Daniel, *“Argumentación y Prueba Judicial”*, en *“Estudios Sobre la Prueba”*, Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 143.

El maestro italiano, Chiovenda, dejó expresado que la oralidad tenía un sentido *inmediato* y que, por ende, exigía que el juez del proceso oral estuviera constituido desde el comienzo del pleito hasta la decisión, *“por las mismas personas físicas”*, justificando ese imperativo en que de otro modo lo que para uno fue oral para el otro sería un acto escrito. Por semejante razón precisaba que si el juez es colegiado todas las actividades procesales debían desarrollarse ante el colegio y no ante un juez delegado⁵⁷. Más tarde añadiría que la inmediación exige que el juez que falla el asunto debe haber asistido a la práctica de las pruebas porque de ellas extrae su convencimiento, haciendo notar que es preciso que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda fundarse en la impresión inmediata que reciba de ellos y no en referencias ajenas. Así, remarcó: *“El principio de la inmediación no está sólo estrechamente unido al de la oralidad, en cuanto a que sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado, sino que verdaderamente constituye la esencia del proceso oral”*⁵⁸.

Efectivamente, la recepción personal y directa de la prueba oral por parte del juez o de los jueces del juicio es la que asigna un valor agregado a su presencia, porque de ese modo se adquiere una posición privilegiada, directa, *inmediata* e irreplicable acerca de lo que “dicen” las fuentes de prueba. No obstante, esa ubicación y condición particular acota su incidencia en los denominados “enunciados de inmediación”, esto es, aquellas afirmaciones de los hechos que se basan en lo percibido por el juez o jueces en la audiencia respectiva. Por ende, no se apoyan en algún razonamiento, no son el resultado de una reflexión, sino que responden a una mera constatación sensorial⁵⁹. Al decir de Dei Vecchi, cobran relevancia aunque solo para dar fe de lo acontecido en el juicio y raramente pueden ser cruciales en la decisión⁶⁰. Inclusive más, ni siquiera esa posición epistémica singular confiere a la percepción así obtenida alguna cualidad inexpugnable, porque incluso en ese

⁵⁷ Chiovenda, Giuseppe, ob. cit., p. 134.

⁵⁸ Chiovenda, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Traducción de E. Gómez Orbaneja. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1989. Volumen I, pp. 60 y 149 y Volumen III, p. 177.

⁵⁹ Pérez Barberá, Gabriel y Bouvier, Hernán, “Casación Lógica y Valoración de la Prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, Nueva Doctrina Penal, 2004/B, Editores del Puerto, 2004, pp. 540-541-

⁶⁰ Dei Vecchi, Diego, “La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 726-727.

ámbito es posible incurrir en errores de apreciación o de tergiversación de lo dicho por un declarante o de lo expresado en un documento, porque todavía en esos intersticios irrumpe la falibilidad humana y se abre el espacio para que la parte afectada puede dar cuenta del falseamiento producido⁶¹.

Como fuere, no puede desconocerse que el juez que recibe y percibe la prueba está en condiciones de determinar si un declarante titubeó al contestar, si no se inmutó al hacerlo, si aduce “lapsus” de memoria ante preguntas incómodas, etcétera, pero en eso se agotan las virtudes de la inmediación, ya que tales dichos tienen que ser valorados a continuación, pero a base de reglas de experiencia⁶², es decir, “*entra en juego la elaboración racional del juez*”⁶³ y, es en ese margen donde cobra todo su vigor el método de valoración de la prueba que nos interesa, de momento que se singulariza por estar sustentado en el imperio de las buenas razones, que excluyen o proscriben las simples impresiones subjetivas.

En consonancia con lo que se ha venido delineando, en el ordenamiento procesal chileno la inmediación se identifica con el imperativo de que las audiencias deban realizarse siempre con la presencia del juez, precisándose en parte de la legislación nacional que “*El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y las pruebas que personalmente haya recibido...*”⁶⁴; y también que la presencia ininterrumpida de los jueces, del ministerio público y del defensor en el juicio oral en lo penal corresponden a requisitos de validez del mismo⁶⁵.

En el fondo, la inmediación se traduce –a fin de cuentas–, en una técnica de formación de la prueba que exige la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales y, particularmente, del juez⁶⁶. Mirado el asunto desde esa perspectiva, la inmediación busca

⁶¹ Maier, Julio, B.J., ob. cit. pp. 722-723.

⁶² Igartua Salaverría, Juan, “Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp.105 a 109 y 162.

⁶³ Iacoviello, Francesco, “La motivación de la sentencia penal y su control en casación”, Editorial Palestra, Traducción de Perfecto Andrés I., Lima 2022, p. 187.

⁶⁴ Artículo 12 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

⁶⁵ Artículos 284 y 286 del Código Procesal Penal.

⁶⁶ Iacoviello, Francesco, “La motivación de la sentencia penal y su control en casación”, ob. cit. p. 187; Accatino, Daniela. “*Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio, el Alcance del Control Sobre la*

asegurar la presencia efectiva de los litigantes y, de modo especial, del tribunal que fallará el asunto, en su labor insustituible de participar personalmente en el proceso formativo de la decisión, participación que –por cierto– comprende de modo principal la labor de ejecución, de percepción y examen de las probanzas. En otras palabras, el fin último de la intermediación está en impedir la delegación de facultades.

2.- Los juicios telemáticos y el contradictorio

2.1.- El contradictorio como exigencia del debido proceso

Tradicionalmente y de un modo pacífico, el contradictorio se ha asumido como una manifestación del derecho de defensa y, por lo mismo, como una garantía del debido proceso que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República⁶⁷. Así también, el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra como un derecho del acusado su facultad de interrogar o hacer interrogar a testigos que declaren en contra suya, asumiendo esa prerrogativa como condición elemental para el proceso justo o equitativo⁶⁸ o, en nuestro lenguaje, para el “debido proceso”. Por su lado, el artículo 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todo inculpado de un delito tiene derecho a “interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo”, lo que se ha entendido también como integrante del derecho a un debido proceso. De otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos regula en su artículo 8.2 letra f) el derecho de las personas acusadas “de interrogar a los testigos presentes en el tribunal...”. En cuanto a esto último, la Corte Interamericana ha tenido ocasión de precisar que ese derecho del inculpado, de examinar a los testigos que declaran tanto en su contra como a su favor, ha de ejecutarse con el objeto de que pueda ejercer su defensa y, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha recordado que ese tribunal

valoración de la Prueba en el Recurso de Nulidad Penal”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, pp. 347-362.

⁶⁷ El tribunal constitucional chileno ha expresado en jurisprudencia reiterada que dentro de los elementos que componen el debido proceso se cuenta la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida y la bilateralidad de la audiencia (que ha asimilado al contradictorio). Por todas, STC 576, considerando séptimo y STC 1200, considerando quinto. Disponibles en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/>

⁶⁸ Miranda Estrampes, Manuel, *Prueba Testifical y Garantía de Contradicción en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Hechos y Razonamiento Probatorio”, Editorial CEJ, México, 2018, pp. 317-320.

establece que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que “exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”⁶⁹.

2.2.- El contradictorio como método epistémico

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, existe otra dimensión del contradictorio que ha sido sugerida y luego desarrollada por la doctrina, en la cual es necesario detenerse. Aludimos ya no tan solo al contradictorio como un mecanismo de control procedimental de la prueba⁷⁰ o de control del método de prueba acusatorio, de refutación y de contraprueba⁷¹, sino a la potencialidad epistémica que el mismo es capaz de aportar a la tarea de aproximarse a la verdad. Andrés Ibáñez refiere que el proceso debe ser considerado en una doble perspectiva: como instrumento de garantía de derechos (jurídica) y como medio de obtención de conocimiento acerca de un supuesto fáctico (epistémica)⁷². Ferrer señala igualmente que el principio de contradicción forma parte de las garantías del derecho de defensa en juicio, pero adiciona que constituye también una garantía epistemológica para la determinación de los enunciados fácticos a probar⁷³.

Con singular agudeza se ha planteado que las pruebas no tienen un sentido unívoco, sino que pueden recibir múltiples interpretaciones y que ofrecen perspectivas diferentes, dependiendo de quien las mire. De este modo, se dice, la riqueza de la información está dada por el enfrentamiento de las diversas miradas que recaen en ella, a través del diálogo procesal⁷⁴. Subyace entonces una noción dialéctica en el contradictorio, en el sentido que el hecho de asegurar la intervención de los litigantes, en la fase de producción de la prueba, adquiere ribetes de condicionante para la obtención de un mejor resultado, en el entendido que para la consecución de tal fin es preciso apoyarse en la cooperación de las partes. El

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

⁷⁰ Taruffo, Michele, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 427-428.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, ob. cit. p. 613.

⁷² Andrés Ibáñez, Perfecto, “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 45.

⁷³ Ferrer Beltrán, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, ob. cit., p. 87 y nota a pie de página N° 50.

⁷⁴ Iacoviello, Francesco, “La motivación de la sentencia penal y su control en casación”, ob. cit. p.178.

dato cognoscitivo obtenido sin la interacción dialéctica de los interesados, es carente de poder persuasivo para los sujetos procesales⁷⁵.

Tuzet insiste en que el contradictorio no es solo un principio procesal, sino que se identifica de igual modo con un método de indagación de la verdad y que representa un valor epistémico en cuanto es capaz de producir conocimiento y de conducir a la verdad de los hechos que deben ser confirmados o esclarecidos⁷⁶.

Tal como ocurre en el sistema norteamericano, la manera de concretar el derecho a confrontar los testigos de la acusación se refleja en la técnica del interrogatorio cruzado ("*cross-examination*"), vale decir, se propende al esclarecimiento de los hechos mediante la formulación de preguntas y repreguntas a los testigos, porque la confrontación supone una relación determinada entre la defensa y el medio de prueba⁷⁷. Pese a las reservas o reparos que derivan del carácter parcial o interesado que los litigantes pueden imprimir a ese frente –que no necesariamente puede estar inspirado en su búsqueda de la verdad⁷⁸–, se hace prevalecer la idea de que el nivel de conocimiento que puede lograrse producto de esa interrelación, será siempre mejor que el que sea posible obtener como fruto de una indagación "verificacionista". A mayor rigor en el examen, a mayor escrutinio de las declaraciones, mayores posibilidades de excluir y descartar el error⁷⁹.

Desde luego, la confrontación, el "cara a cara" del acusado (o su defensa) con el testigo, debe producirse en el contexto de un juicio. Por lo mismo, ratificando la relevancia del contradictorio, se desconfía de los medios de prueba sucedáneos a la prueba testimonial "directa", esto es, a la incorporación de declaraciones de testigos mediante la lectura de actas que consignan sus testimonios o través de testigos de oídas o de referencia, es decir, personas que pretenden dar fe acerca de lo que habrían oído decir a la fuente directa, de

⁷⁵ Ubertis, Giulio, "Elementos de epistemología del proceso judicial", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid 2017, pp. 53-34.

⁷⁶ Tuzet, Giovanni, "Filosofía de la prueba jurídica", Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 211-214.

⁷⁷ Bachmaier, Lorena, "Principio de intermediación y *confrontation*: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical", en Fundamentos de derecho probatorio en materia penal, Kai Ambos y otros, 2019, p. 301.

⁷⁸ Taruffo, Michele, "La Prueba de los hechos", ob. cit., p. 431.

⁷⁹ Guzmán, Nicolás, "La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica", Editores del Puerto, 2ª Edición, Buenos Aires 2011, pp. 184-185.

lo que supieron por medio de terceros o de supuestas declaraciones extrajudiciales, prestadas ante la policía u otra autoridad⁸⁰. Dicho de otra manera, el derecho a confrontar a los testigos de la acusación supone de modo inherente el imperativo de que esa prueba tenga que ser producida y examinada ante el órgano destinado conocerla, con la presencia y participación de las partes, en el entendido que así se optimiza el resultado probatorio. De ahí que llegue a acentuarse que la intermediación “sirve” para asegurar la confrontación⁸¹. Luego, el juicio y la confrontación se presentan como garantías de fiabilidad de la prueba.

Consecuentemente, la información que puede alcanzarse merced a un contradictorio hace más propicia la posibilidad de acceder a datos que permiten evaluar de mejor manera la credibilidad de un declarante y, por lo mismo, contribuye a obtener una decisión judicial basada en información que ha podido someterse al test de los intervinientes, bajo la premisa de que con ello se mejora su calidad. En suma, la interacción de los litigantes y del juez o de los jueces del juicio, con la fuente de prueba y, sobre todo, con su contenido, es la que permite optimizar el resultado probatorio, de manera que la intermediación puede ser mirada como el instrumento funcional al contradictorio, en tanto método –este último-, de adquisición de conocimiento que se emplea para obtener información de calidad, con miras a asegurar el logro de la mejor resolución del asunto.

IV.- Conclusiones

No puede discutirse que la aplicación en los procesos judiciales de las nuevas tecnologías –léase videoconferencia-, resulta inevitable a estas alturas. Las aprensiones han estado y sigue estando en cuestionarse sobre cuáles deben ser sus ámbitos de inclusión. En este mismo trabajo se ha hecho notar su incuestionable utilidad y eficiencia para la realización de audiencias tales como las de preparación de juicio, de procedimiento abreviado, de sobreseimiento y, en general, de todas aquellas en que prevalezca el debate. Las dudas surgen con relación a los efectos que puede involucrar la utilización de la

⁸⁰ Empero, bajo circunstancias determinadas o por razones de diversa índole, muchas veces condicionadas por la fuerza de los hechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha evidenciado algunos grados de involución en la materia. Ver Alcácer Guirao, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2013.

⁸¹ Bachmaier, Lorena, ob. cit., p. 283.

videoconferencia para la realización de las audiencias de juicio y, de modo más específico todavía, para la recepción de las pruebas personales o testimoniales, en cuanto a si ello trae o no trae aparejadas limitaciones para el proceso de averiguación de la verdad, soporte básico para la legitimidad y legitimación (concepto sociológico de validación ciudadana) de las decisiones jurisdiccionales.

Si fuera posible escindir uno del otro, de los valores o factores involucrados en un sistema de corte acusatorio y adversarial, entendemos que, sin ser una solución del todo óptima, el empleo de tales tecnologías no compromete primariamente la intermediación. En efecto, de lo que hemos dejado escrito en este documento es dable colegir que la intermediación comprende o abarca básicamente dos elementos que le otorgan su verdadera fisonomía: la presencia indelegable de los jueces o juezas en la práctica de la prueba y, luego, que únicamente esos jueces o juezas, que han presenciado la ejecución de las pruebas, deben ser quienes emitan el fallo posterior⁸². Y eso, con las limitaciones del caso, entendemos que es posible de satisfacer a través de las audiencias realizadas por videoconferencias bidireccionales sincrónicas⁸³.

Asunto muy diferente es lo que ocurre con el contradictorio, en cuanto método de alcance epistémico. Las deficiencias en el servicio, la discutible calidad de las comunicaciones en el tiempo presente (en imagen y sonido), la ausencia de instalaciones adecuadas, entre otras condicionantes, impactan en la fluidez de la comunicación y hacen que el contradictorio sufra quebrantos. Todo ello conspira para alcanzar la mejor versión de la confrontación. Así lo ha indicado hasta ahora la praxis y las constataciones que han podido efectuarse. Esbozaremos en lo que sigue los inconvenientes que pueden resaltarse, en el actual estado de cosas:

1.- Dificultad para controlar la fiabilidad de la declaración. El mismo Tribunal Constitucional hizo constar su reparo a esta clase de mecanismos, consignando que esta modalidad no garantiza el contradictorio ya que mientras se presta declaración el

⁸² Bachmaier, Lorena, ob. cit., pp. 283-284.

⁸³ En este acotado aspecto se coincide con lo expresado por otros magistrados. Araya, Marcela Paz y Rojas Mundaca, Jaime, "Pandemia e Intermediación en cinco preguntas", Revista de Estudios Judiciales N° 6, 2020, pp. 124-125

declarante puede recibir una llamada telefónica, puede ser receptor de mensajes de texto, de alertas de correos. Apuntó también que el tribunal del juicio, *“carece de elementos básicos que en una audiencia presencial sí se tienen: constatar que el testigo o el perito no están leyendo en la misma pantalla que proyecta la imagen de zoom: constatar que nadie instruye al declarante por mensajería instantánea mientras se verifica su declaración, cosa que podría ocurrir también en la misma pantalla, constatar que fuera de la órbita de la webcam el testigo no es objeto de presiones, coacciones o instrucciones por otras personas, entre otros posibles vicios”*⁸⁴.

Situaciones de esa índole se han producido⁸⁵ y han dado lugar a las respectivas invalidaciones, como aconteciera en el caso de un funcionario policial que prestaba declaración en juicio, mientras mantenía abiertos archivos en su computador⁸⁶ o la situación semejante en que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal tomó conocimiento que el Fiscal respectivo “preparó” durante el juicio las declaraciones de un testigo, en circunstancias que el artículo 329.6 del Código Procesal Penal prohíbe todo contacto entre los testigos y peritos, enfatizándose especialmente que tales deponentes no pueden *“ver, oír ni ser informados de lo que ocurre en la audiencia”*. En ese caso los jueces optaron por negar todo valor probatorio a tal testimonio, desembocando en la absolución del acusado⁸⁷.

2.- Tropiezos para el examen y contraexamen. Existen variadas dimensiones desde las cuales puede abordarse esta faceta de la comparecencia telemática en el desahogo de la prueba personal:

2.1.- Por lo pronto, la falta de instantaneidad en la comunicación hace que se produzca un desfase (mayor o menor dependiendo de la calidad de la comunicación) entre lo que se emite y se recibe, falencia que empobrece la fluidez, ralentiza el proceso y que puede hacer que no quede margen de reacción para la objeción de la pregunta o que la misma sea respondida en circunstancias que no había que hacerlo;

⁸⁴ STC, 01 de marzo de 2022, considerando 49°, recaído en Rol 12.081-2021. Disponible en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/>.

⁸⁵ Básicamente, porque en la realidad y por la escasez de recurso no siempre las declaraciones se llevan a cabo en el recinto de otro tribunal y difícilmente en presencia de otro funcionario público que de fe de la diligencia.

⁸⁶ Esta irregularidad motivó la invalidación del juicio. Sentencia Corte Suprema de 26 de octubre de 2023, Rol N° 150.2023

⁸⁷ Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, sentencia de 21 de julio de 2022, considerando 13°, numeral 2, recaída en el ingreso Rol N° 340-2021. Disponible en www.pjud.cl

2.2.- Una de las facetas relevantes para confrontar y contraexaminar un testigo o declarante concierne al ejercicio que regula el artículo 332 del Código Procesal Penal, esto es, procurar que quede en evidencia su contradicción ante versiones previas sobre un mismo hecho, actuación que se ve limitada en su potencialidad si no existe coincidencia presencial a los fines de exhibir el documento y de hacerlo con la agilidad necesaria⁸⁸

3.- Se afecta la calidad en la percepción de la prueba. El carácter remoto de la comunicación y los déficits del servicio respectivo repercuten e impactan tanto en la percepción como en la atención, concentración y continuidad que se precisa para apreciar las declaraciones verbales;

4.- Se precariza la percepción de la prueba material o de apreciación “directa”. La videoconferencia corresponde a un sustituto que –por ahora-, solo busca emular el modo en que ingresan los estímulos e información a nuestros sentidos. Por ende, no permite calibrar dimensiones, ruidos (ni menos olores) y características peculiares de un sujeto u objeto observado (altura, grosor, color de piel, de ojos, etc.), cuestiones que impactan en las diligencias de reconocimiento⁸⁹.

5.- Postergación del imputado. Es dable apreciar en Chile una suerte de visión “paternalista” de la defensa, asumiéndose –en los hechos-, que la conducción del juicio y la defensa son de exclusiva responsabilidad del profesional a cargo de ella. Con esto suele obviarse que el principal interesado en las resultas del juicio es el propio imputado y que éste, más allá de la necesaria orientación y dirección técnica, tiene derecho a defenderse *personalmente*, a comunicarse libre y privadamente con su defensor⁹⁰. Desbordando las barreras de lo penal, en los distintos órdenes procesales o materias no es muy claro que esos derechos sean debidamente observados. La praxis da cuenta que la verificación de las

⁸⁸ Vera Vega, Jaime, “Los juizooms: la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencias en tiempos del COVID-19. Los otros problemas (parte 2), en www.criminaljusticenetwork.eu

⁸⁹ Asunto aparte es, como se sabe, que un reconocimiento ocular está sujeto a múltiples variables capaces de impactar –negativamente-, en su confiabilidad o credibilidad y que pueden ser causa de error judicial. Duce, Mauricio, “Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”, *Política Criminal*, Vol. 12, N° 23 (Julio 2027), pp. 292-304; Diges, Margarita y Pérez-Mata, Nieves, “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 33-76.

⁹⁰ Artículo 8.2, letra d) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

audiencias, en las condiciones apuntadas, pasa más bien por una decisión del profesional a cargo de la defensa técnica y, lo que puede ser peor, anteponiéndose a los derechos del representado el interés particular o disponibilidad del profesional a cargo. Expresado crudamente, pareciera que en la decisión de ejecutar la audiencia en forma telemática pesan mucho más los factores de conveniencia institucional (del Ministerio Público, de la defensa en general o de los propios tribunales), que la situación del justiciable.

5.- La presencia del imputado (con su defensor). En este mismo extremo o aspecto del asunto, el artículo 8.2, letra d) de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho del acusado para hallarse “presente” en el proceso. A nivel legal, esa prerrogativa se manifiesta en los artículos 8° N° 2 y 327 del Código Procesal Penal. La finalidad de esta regulación, su razón de ser, se vincula también con ese derecho de defensa y se traduce en la necesidad de que el imputado esté en condiciones de captar, de obtener y, sobre todo, de aportar información relevante acerca del desarrollo y progreso de la audiencia. Efectivamente, quien debe defenderse primariamente es el acusado y es él quien conoce mejor que nadie los hechos de su caso. No es tan claro que con una forma de actuación remota pueda lograrse ese propósito por las naturales dificultades de comunicación, menos todavía si defensor y acusado no comparten el mismo espacio y lugar y en el mismo tiempo.

En lo contingente, se ha debatido en Chile la situación de un juicio oral en lo penal a desarrollarse en el extremo norte del país (ciudad de Arica), respecto de 19 acusados privados de su libertad, 8 de los cuales permanecen presos en distintas cárceles del territorio nacional, quienes exigieron acudir presencialmente al juicio. El tribunal del juicio denegó la petición y ordenó su comparecencia telemática, por razones de seguridad⁹¹. Al conocer de una acción constitucional de amparo, la Corte de Apelaciones de Arica ordenó la actuación presencial, asilada sustancialmente en el derecho de comunicación entre el acusado y su defensor, que no estaba garantizado con la posibilidad de conferenciar esporádicamente (vía remota), mediando interrupciones de audiencia⁹². Esa decisión causó

⁹¹ A los acusados se les imputa una variedad de delitos de alta gravedad y de integrar una banda de crimen organizado sindicada como “Los Gallegos”.

⁹² Corte Apelaciones de Arica, sentencia de amparo de 17.04.2024, Rol N° 97-2024.

alto revuelo y al tiempo de escribirse estas líneas se habían deducido apelaciones ante la Corte Suprema, tribunal este último que paralizó los efectos del fallo de la Corte de Apelaciones.

V.- Corolario

No debe perderse de vista ni menos olvidarse que *“no todo lo que es técnicamente posible resulta jurídicamente aceptable”*⁹³ y que la libertad tiene en sí misma dimensiones de un valor inalienable e inherente a la dignidad humana, de modo que ella no debiera ceder ante consideraciones de comodidad, de ahorro de recursos económicos, de aparente eficiencia o de celeridades que pueden mudar en ligerezas.

Cualquiera que sea el caso, admitiendo que estas formas de actuación pueden ser todavía perfectibles, entretanto no exista un marco normativo que asegure su funcionamiento bajo condiciones de seguridad y fidelidad, en tanto no se disponga de equipos tecnológicos y de conexiones de alcance universal que estén a disposición de todas las personas y en todo lugar, mediando las capacitaciones necesarias, la prudencia indica que no resulta aconsejable perseverar en estos modos de actuación, so riesgo de incrementar las posibilidades de error judicial y de convertir el juicio en una teatralización o mascarada vacía de contenido.

⁹³ Marca Matute, Javier, “Juicios virtuales en tiempos del coronavirus”, Diario La Ley, N° 9696, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 15 de septiembre de 2020, pp. 5-9

BIBLIOGRAFÍA

Accatino, Daniela. “Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio, el Alcance del Control Sobre la valoración de la Prueba en el Recurso de Nulidad Penal”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII

Alcácer Guirao, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2013.

Andrés Ibáñez, Perfecto “Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica”, en “En torno a la jurisdicción”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007

_____ “En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales”, *Questio Facti*, Vol. 1 | 2020

_____, “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009

Araya, Marcela Paz y Rojas, “El control expost de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis”, Tesis doctoral, 2016

Araya, Marcela Paz y Rojas Mundaca, Jaime, “Pandemia e Inmediación en cinco preguntas”, Revista de Estudios Judiciales N° 6, 2020

Bachmaier, Lorena, “Principio de inmediación y *confrontation*: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en Fundamentos de derecho probatorio en materia penal, Kai Ambos y otros, 2019.

Bueno Benedí, Miguel, “Videoconferencia y juicios telemáticos”, Editorial La Ley 2023

Binder, Alberto, “Introducción al derecho procesal penal”, Editorial Ad-Hoc, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2009, p. 108.

Cappelletti, Mauro, “El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad”, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002, Parte Primera

Chiovenda, Giuseppe “Principios de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.

_____, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Traducción de E. Gómez Orbaneja. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1989. Volumen I

Damaska, Mirjan, “Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

De Paula Ramos, Víctor, “La prueba testifical”, Marcial Pons, Madrid, 2019

Dei Vecchi, Diego, “La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018

Devis Echandía, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2006, Tomo Primero

Dóhring, Erich, “La prueba. Su práctica y apreciación”, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986

Diges, Margarita y Pérez-Mata, Nieves, “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 33-76.

Duce, Mauricio, “Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”, Política Criminal, Vol. 12, N° 23 (Julio 2017)

Famarino dei Malatesta, Nicola, “Lógica de las pruebas en materia criminal”, Tomo II, Editorial Temis S.A., Bogotá 2002,

Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, Novena Edición, Madrid, 2009.

Gascón Abellán, Marina, “Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba”. Marcial Pons. Madrid. Tercera Edición. 2010

González Lagier, Daniel, “Argumentación y Prueba Judicial”, en “Estudios Sobre la Prueba”, Distribuciones Fontamara, México, 2008

Guzmán, Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, 2ª Edición, Buenos Aires 2011

Iacoviello, Francesco, “La motivación de la sentencia penal y su control en casación”, Editorial Palestra, Traducción de Perfecto Andrés I., Lima 2022

Ferrer Beltrán, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2007

_____, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias”, Revista Cubana de Derecho, Vol. 1, No. 1, enero-julio 2021

Igartua Salaverría, Juan, “Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª Edición, 3ª Reimpresión, 2004.

Manzanero, Antonio y González, José Luis, “Avances en Psicología del Testimonio”, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2013

Marca Matute, Javier, “Juicios virtuales en tiempos del coronavirus”, Diario La Ley, Nº 9696, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 15 de septiembre de 2020

Miranda Estrampes, Manuel, *Prueba Testifical y Garantía de Contradicción en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Hechos y Razonamiento Probatorio”, Editorial CEJ, México, 2018

Mittermaier, Karl, “Tratado de la prueba en materia criminal”, Editorial Hammurabi, 2006

Montesinos García, Ana, “La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal”, Marcial Pons, 2009

Montero Aroca, Juan, “La Prueba en el Proceso Civil”, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2011

Nieva Fenoll, Jordi, “La Valoración Racional de la Prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2010

_____, “Los problemas de la oralidad”, Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 67, set. 2010- dez. 2010.

Pérez Barberá, Gabriel y Hernán Bouvier, “Casación Lógica y Valoración de la Prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, Nueva Doctrina Penal, 2004/B, Editores del Puerto, 2004

Riego, Cristián, “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, en Revista Política Criminal, Vol. 12, Nº 24, Santiago, diciembre de 2017

Taruffo, Michelle, “La Prueba, Artículos y Conferencias”, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009.

_____, “La Prueba”, Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008

_____, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2011

Tuzet, Giovanni, “Filosofía de la prueba jurídica”, Marcial Pons, Madrid, 2021

Ubertis, Giulio, “Elementos de epistemología del proceso judicial”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid 2017.

Vera Vega, Jaime, “Los juizooms: la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencias en tiempos del COVID-19. Los otros problemas (parte 2)”