MANUAL DE LITIGACIÓN

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

MANUAL DE LITIGACIÓN

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

MANUAL DE LITIGACIÓN
Segunda versión
ISBN: 978-956-8427-03-0

Academia Fiscalía de Chile
Mayo, 2024

Diseño:
Aqua Print

Impresión:
Gráfica LOM

Las expresiones contenidas en el Manual de Litigación son exclusiva responsabilidad de quienes colaboraron escribiendo en la publicación y no representan necesariamente la opinión del Fiscal Nacional.

Academia Fiscalía de Chile
academia@minpublico.cl
Ministerio Público de Chile, Fiscalía Nacional
Catedral N° 1437
Santiago, Chile

Agradecimiento y prevención

Queremos agradecer a quienes hicieron posible este resultado que, aunque perfectible, constituye un instrumento útil y necesario para apoyar a quienes litigan nuestras causas, nos referimos a los/las docentes: María Elena Santibáñez Torres, su ayudante Nicolás Browne Arellano, Paula Vial Reynal, María Inés Horwitz Lennon, Manuel Rodríguez Vega, Mauricio Decap Fernández, Rafael Blanco Suárez y Francisco Ljubetic Romero, entregas que fueron enriquecidas con las miradas y experiencias de diversos miembros de nuestra institución, a saber, integrantes de la Academia y relatores(as) internos(as) y/o fiscales y abogados(as) especialistas en algunos de estos temas, a quienes agradecemos por su tiempo, entrega y disposición, Catalina Duque González, Erika Maira Bravo, Carolina Suazo Schwencke, Francisco Ávila Calderón, Ivonne Sepúlveda Sánchez, Patricio Caroca Luengo, Cristián Paredes Faúndez, Rodrigo Yañez Arriagada, Omar Mérida Huerta, Roberto Garrido Bedwel, Héctor Leiva Martínez, Tatiana Esquivel López, Carla Hernández Gutiérrez, Francisco Rojas Rubilar, Pablo Sabaj Diez, Cristián Suárez Pérez, Hernán Delgado Báez, Rodrigo Céspedes Illanes, Juan Yañez Martinich, María Angélica San Martín Ponce, Sebastián Salinero Echeverría, Marcela Díaz León, y Andrea González Leiva.

Esta obra, de carácter académico, tiene por objetivo fundamental que fiscales y abogados asistentes puedan utilizarla como material de consulta y apoyo para el aprendizaje de los cursos de litigación, entregando herramientas desde la discusión académica y la práctica cotidiana de las distintas etapas de la investigación, audiencias y juicios penales. No busca, en caso alguno, establecer comportamientos o lineamientos, ni menos se trata de una instrucción del Fiscal Nacional.

A su vez, y respecto a determinados vocablos referidos a intervinientes o actores procesales que intervienen a lo largo de una investigación y/o proceso penal, estos han sido usados como conceptos procesales y no referidos al género de la persona que interviene o ejerce el cargo. Especialmente para los siguientes: abogado asistente, juez, imputado, detenido, fiscal, defensor, policía, apoderado, letrado, abogado, juzgador, intervinientes, magistrados, NNA, víctima, agresor, acusado, acusador, menores de edad, funcionarios policiales y funcionarios en general, ofendido, proponente, perito, testigo, declarante.

Prólogo - Primera versión

Nuestro mandato constitucional, dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y proteger a las víctimas y los testigos, exige mantenernos en constante actualización y capacitación, para hacer realidad la representación de estos deberes institucionales con un estándar de calidad adecuado a las expectativas de la ciudadanía y dentro del marco de objetividad que nos rige. Este manual pretende apoyar cada una de estas funciones, con contenidos acotados pero suficientes, siendo un instrumento de lectura fácil, posibilitando su rápida consulta. Los temas se tratan primeramente en forma teórica, incorporando luego una bajada práctica o más operativa, haciendo referencia a instrucciones o criterios generales de actuación del Fiscal Nacional cuando corresponde, manteniendo en todo caso su carácter estrictamente académico.

Si bien existen en nuestro medio numerosos manuales de derecho procesal penal que tratan algunos de los temas abordados en el presente manual, en la selección de los contenidos nos propusimos tratar los temas que en la litigación cotidiana se han presentado más desafiantes, y donde conocer estrategias de litigación que se han aplicado con éxito, pueden hacer la diferencia en la resolución judicial del asunto. Por ello en cada capítulo se encuentran relevadas prácticas o planteamientos útiles para el ejercicio de litigación que se lleva adelante por fiscales, abogados asistentes y asesores, con planteamientos tales como, a vía meramente ejemplar, "contar con una visión de futuro al momento de formalizar" para evitar, en la medida de lo posible, futuras audiencias de "reformalización" o, por otra parte, la necesidad de contar con una metodología clara en los alegatos orales, sin por ello dejar de lado la importancia de preocuparnos por aspectos propios de la comunicación efectiva, tales como usar los "énfasis y persuasión" que el caso amerite.

El manual se origina a fines de 2021 al detectarse la necesidad de contar con un instrumento técnico que sirviera de apoyo para los cursos de litigación que desarrolla la Academia, nos referimos a los cursos de litigación oral inicial y litigación oral avanzada.

Tratándose de un desafío inédito, se estimó necesario contar con la colaboración de un grupo de integrantes de nuestra institución para la selección de los docentes encargados de realizar propuestas de contenidos sobre los distintos temas del manual; este grupo estuvo conformado por miembros del Directorio de la Academia: los Fiscales Regionales Alberto Ayala Gutiérrez y Xavier Armendáriz Salamero, las relatoras internas: Carla Hernández Gutiérrez y Tatiana Esquivel López y el profesional de la Unidad de Asesoría Jurídica Hernán Libedinsky Moscovich; quienes realizaron la selección de un amplio listado de docentes, que se dedican a enseñar en materia procesal penal y derecho penal, utilizando criterios de representatividad de diversas universidades o casas de estudio y de igualdad de género.

En cuanto a los temas a considerar, los capítulos y sus contenidos se obtuvieron de una consulta a los(as) relatores(as) internos(as) de la Academia, teniendo en cuenta su relevancia para las funciones del Ministerio Público y la problematización o discusión jurisprudencial que ha mostrado la práctica de más de 20 años de litigación penal con participación del Ministerio Público. Salvo el último tema, la incorporación del enfoque o perspectiva de género, que se agregó durante el desarrollo del manual,

en atención a que se trata de una necesidad transversal para la litigación actual. En efecto, de acuerdo con el Glosario de ONU Mujer, "perspectiva de género" es una forma de ver o analizar que consiste en observar el impacto diferenciado del género en las oportunidades, roles e interacciones sociales de las personas. Incorporar esta mirada del fenómeno jurídico, importa una reconceptualización de lo que se entiende por Derecho, incluyendo otros factores al análisis, de manera que se visualicen los efectos que el género tiene en su definición, principios y prácticas.

Los temas escogidos, que se ordenan como capítulos y temas abordados por este manual, son los siguientes:

I. La importancia de la víctima y los testigos. Adhesión, protección y resguardo de sus derechos.

II. Construyendo la Teoría del Caso. Introducción y definición; oportunidad y características; metodología: pasos a seguir para construir la teoría del caso; relato y clasificación de los hechos; proposiciones fácticas; utilidad; teoría jurídica a sostener o cuestionar; evidencia y medios de convicción; teoría de la contraparte e identificación de fortalezas y debilidades; clasificación y tipos de evidencia; la visión de túnel y sus problemas.

III. Audiencia de Control de Detención y formalización. Introducción y definición; oportunidad y características; estructura de la alegación; resultado adverso y pasos a seguir; formalización de la investigación: introducción y definición, oportunidad y características, estructura de la alegación, estrategias y visión de futuro, reformalización.

IV. Medidas Cautelares. Especial referencia a la prisión preventiva; oportunidad y características; litigación de cautelares estructurada legalmente, proporcionalidad como parámetro, fines, y necesidad; estructura de alegación; vía recursiva y requisitos; otras medidas cautelares; la perspectiva de género en la discusión de medidas cautelares personales de imputadas.

V. Cierre de la Investigación y caminos a seguir. Comunicación de no perseverar; oportunidad y características; estructura de alegación; sobreseimiento definitivo; acusación, requisitos, características, modelos, forzamiento de la acusación.

VI. Audiencia de Preparación del Juicio Oral. Introducción, definición y objetivos; oportunidad y características; estructura y formas; incorporación de la prueba; exclusiones; prueba ilícita; prueba nula.

VII. Alegatos de Apertura y de Clausura. Concepto y objetivos; metodología; orden y sistematización; énfasis y persuasión; teorías del caso; distinciones de prueba directa e indirecta.

VIII. Examen de Testigos y Peritos. Introducción, propósito y preparación del examen; presentación de los hechos; tipos de pregunta; técnicas complementarias e incorporación de prueba relacionada; finalidad del examen directo; que no se debe hacer en el examen directo; testigos complejos y la especial situación de: acusado, víctima, policías y peritos. Contraexamen de testigos y peritos: introducción, propósito, técnica e impugnación; contraexamen: metodología, etapas y relación con el discurso de clausura; objeciones: definición y fundamento, requisitos y clasificaciones, pertinencia.

IX. Prueba Documental y Prueba Material. Concepto; confiabilidad; reglas para la incorporación de la prueba en juicio: conceptos básicos y principios: cuál prueba llevar, cómo llevar la prueba, incorporación v/s reconocimiento (valoración); prueba sobre prueba y prueba nula; cadena de custodia; conclusiones.

X. Litigación con Enfoque de Género. ¿Por qué tratar perspectiva de género en materia de litigación?; ¿qué significa litigar con perspectiva de género? explicación y superación de estereotipos; fundamentos normativos básicos y estándares a considerar en materia de litigación con enfoque de género; aspectos relevantes de la litigación con perspectiva de género: medidas de protección, medidas cautelares, retractación: buenas prácticas para enfrentarla; importancia de la preparación del examen directo; juicio oral: examen y contraexamen; objeciones.

El manual construido a partir de los aportes realizados por académicos que aceptaron nuestra invitación de participar en su elaboración, nos proporcionaron un marco conceptual, que luego con los directivos y docentes de la Academia nos permitieron materializarlo, no solo con el propósito de ir mejorando cada día los estándares de investigación de quienes somos responsables de la misma, sino que además los de litigación de todos los intervinientes y aquellos inherentes al desarrollo de la función jurisdiccional, todo ello en vista de la necesidad de mejora permanente que requiere un sistema de persecución penal de un Estado Democrático de Derecho.

El presente Manual da cuenta del excelente trabajo que ha venido desarrollando la Academia del Ministerio Público, con la conducción de su Consejo y de su Director, como asimismo de las y los docentes que la integran.

Jorge Abbott Charme
Ex Fiscal Nacional del Ministerio Público

Prólogo - Segunda versión

Como señala el prólogo de la primera versión de este Manual, nuestro mandato constitucional, junto con la realidad social y criminal, exigen una constante actualización de normas, criterios y actuaciones para abordarlos con eficacia y eficiencia. Esto nos motivó a ampliar la primera edición con nuevos enfoques e interpretaciones claves para la litigación. Esperamos que esta publicación se convierta en un recurso indispensable para la capacitación y las actividades diarias en el quehacer de nuestros fiscales y funcionarios/as.

Queremos lanzar esta nueva edición coincidiendo con el inicio del año académico 2024, durante el evento conocido como Hito del Año Académico. Con esto, buscamos promover un enfoque renovado en la capacitación de nuestros fiscales y funcionarios, orientado a optimizar su desempeño y estrategias ante la cambiante realidad delictual y los desafíos que implica litigar en tribunales.

Este año, en septiembre, celebramos 27 años de la Ley 19.519 que fundó el Ministerio Público, una institución que se ha consolidado como pilar del sistema de justicia penal. Este texto es fruto de la iniciativa de la Academia de la Fiscalía de Chile, que ha reunido a un destacado grupo de docentes para compartir en estas páginas sus conocimientos sobre procedimientos y conceptos claves para la investigación y litigación.

El Manual aborda temas procesales y etapas cruciales de los juicios penales, diseñados para que los fiscales puedan prepararse con anticipación y rigor técnico, que refleje el compromiso institucional que asumimos. Nos enfocamos en la protección de víctimas y testigos como un deber legal fundamental para alcanzar nuestros objetivos. A través de capítulos como “La Teoría del Caso”, “Audiencia de Control de Detención y Formalización”, y culminando con “Litigación con Perspectiva de Género”, este manual no solo educa, sino que también desafía estereotipos que impiden un acceso justo a la justicia para mujeres y personas LGBTIQ+.

Esperamos que este Manual se convierta en una herramienta indispensable de trabajo, aprendizaje y consulta diaria en todas las fiscalías del país, y reiteramos nuestro agradecimiento a quienes han contribuido con su tiempo y expertise para hacerlo posible.

Ángel Valencia Vásquez
Fiscal Nacional del Ministerio Público

ÍNDICE

I. VÍCTIMAS Y TESTIGOS 21
1. Criterios orientadores de la atención a víctimas y testigos 23
2. La víctima 25
2.1. Concepto 25
2.2. La víctima en la normativa internacional 26
2.2.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación 28
2.2.2. Derecho de acceso a la justicia 28
2.2.3. Derecho a protección 30
2.2.4. Medidas de protección a testigos durante su declaración en juicio oral 31
2.2.5. Protección especial para víctimas de delitos de violencia sexual 32
2.3. La víctima en la legislación nacional. 33
2.4. De la atención especializada. 35
2.4.1. Modelo de atención orientación, protección y apoyo a víctimas "OPA" 35
a) Modelo de intervención inmediata para víctimas de violencia intrafamiliar 36
b) Modelo de intervención especializada para NNA víctimas de delitos sexuales y delitos en contexto de violencia intrafamiliar 36
c) Modelo de protección a víctimas y testigos en casos complejos 37
d) Modelo de atención a víctimas y testigos que deben declarar en juicio oral 37
2.4.2. Víctimas NNA Ley Nº 21.157 sobre entrevista investigativa videograbada (EIV) 37
2.4.3. Atención y protección de las víctimas del delito de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes 38
2.4.4. Víctimas de violencia institucional 39
3. Ley de identidad de género 39
4. Víctimas y testigos no considerados en los modelos especializados 40
5. Marco normativo especial de NNA 40
5.1. Ámbito internacional 40
5.1.1. Interés superior del niño 41
5.1.2. Derecho de opinión y ser oíd 42
5.1.3. Igualdad y no discriminación 43
5.2. Ámbito normativo nacional 44
5.2.1. Prueba anticipada para evitar la victimización secundaria 45
5.2.2. Ley Nº 21.057 46
a) Entrevista investigativa videograbada "EIV" 46
b) Declaración judicial del NNA 47
c) Reproducción del video de la entrevista investigativa videograbada en la audiencia de juicio 47

II. LA TEORÍA DEL CASO 49
1. Aproximaciones iniciales 51
1.1. Intereses a considerar en el litigio estratégico 51
1.2. Foco estratégico referencial en el juicio oral 51
1.3. Relevancia de los relatos en sede judicial 53
1.4. Intervención de los hechos por parte de la Fiscalía 53
2. Teoría del caso como elemento metodológico 54
3. Teoría del caso como elemento estratégico 57
3.1.Relatos en el litigio estratégico 57
4. Concepto de teoría del caso 58
5. Fases del proceso, audiencias y teoría del caso 59
5.1. Audiencia de control de detención 60
5.2. Audiencia de formalización de la investigación 60
5.3. Audiencia de preparación del juicio 60
5.4. Audiencia de juicio oral 61
5.5. Forma definitiva de la teoría del caso y oportunidad procesal 61
6. Características de la teoría del caso como relato estratégico 62
6.1. Teoría del caso única 62
6.2. Teoría del caso simple 63
6.3. Teoría del caso creíble 63
6.4. Teoría del caso autosuficiente 64
6.5. Teoría del caso dotada de suficiencia jurídica 65
7. Análisis de la teoría del caso desde la perspectiva de la defensa 65
7.1. Criterios de clasificación de la teoría del caso de la defensa 66
7.1.2. Pasiva, o negativa, y activa, o positiva 66
a) Pasiva o negativa 66
b) Activa o positiva 66
7.1.3. Antes o durante el juicio 66
8. Construcción de la teoría del caso 67
8.1. Recepción de información por denuncia, querella, detención de un imputado o investigación de oficio 67
8.2.Determinación de una o más hipótesis de investigación o trabajo de modo de agotar las líneas razonables de investigación sin sesgos o visiones de túnel 69
8.2.1. Problemas con la denominada visión de túnel. 69
8.2.2. El sesgo de confirmación 70
8.2.3. Sesgo de anclaje 70
8.2.4. Otros problemas 70
8.2.5. Confrontar la visión de túnel 71
8.3. Búsqueda de información complementaria a las hipótesis de trabajo en curso 72
8.4. Conducción de la investigación hacia la hipótesis de trabajo definida 73
8.5. Identificación y clasificación de los hechos recopilados y obtenidos, de conformidad a su utilidad y consistencia con las líneas matrices definidas de las investigaciones 73
8.5.1. Los hechos buenos 73

a) Hechos buenos inamovibles 76
8.5.2. Los hechos malos 78
a) Hechos malos provenientes de las pruebas propias 78
b) Hechos malos provenientes de la prueba del contrario y que afectan nuestra teoría del caso 80
8.5.3. Los hechos neutros 82
8.6. Transformación de los hechos en proposiciones fácticas 83
8.6.1. Relevancia de las proposiciones fácticas 84
8.7. Teoría jurídica. Necesidad de identificar la teoría jurídica a la que se asocian los hechos del caso 85
8.7.1. Elementos de la teoría jurídica 86
a) Elementos procesales penales 86
b) Elementos penales sustantivos 87
8.8. Asociación de los hechos específicos y desagregados con las evidencias de respaldo 87
8.8.1. Ventajas de la vinculación entre proposiciones fácticas y evidencias 87
a) Ventajas asociadas a la calidad de las evidencias 88
b) Ventajas asociadas a la matriz de preguntas a utilizar 88
8.8.2. Análisis y elementos críticos sobre las pruebas de la Fiscalía. 88
a) Elementos generales 89
b) Elementos específicos 89
8.9. Tipos de evidencia 93
8.9.1. Evidencia directa 93
8.9.2. Evidencia indiciaria 94
a) Relevancia de la evidencia indiciaria en el litigio estratégico 94
8.9.3. Evidencia afirmativa o de refutación 95
8.9.4. Evidencia de credibilidad 95
8.9.5. Evidencia explicativa y emocional 96
9. Conclusiones y utilidad de la teoría del caso 96

III. AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN Y FORMALIZACIÓN 97

1. Audiencia de control de detención 99
1.1. Definición 99
1.2. Fuente normativa 99
1.3. La "detención" como objeto de control 100
1.3.1. Tipo de detenciones que son objeto de control 101
1.4. Control de legalidad 101
1.4.1. Situación legal de flagrancia y no delito flagrante 102
1.4.2. Orden judicial de detención 102
1.4.3. Detención del artículo 129, inciso 4º, del CPP 104
1.4.4. Presentación del detenido dentro de plazo legal 104
1.4.5. Estatuto del detenido 105
1.5. Actuaciones u omisiones cuya ilegalidad conlleva la declaración de ilegalidad de la detención 105

1.6. Desarrollo de la audiencia de control de la detención 106
1.6.1. Discusión y control sobre la legalidad de la detención 106
1.6.2. Actuaciones de la Fiscalía posteriores a la declaración de la legalidad de la detención 107
a) Manifestar que no realizará actuación ni petición 107
b) Requerir en procedimiento simplificado verbal 108
c) Solicitar la ampliación de la detención hasta por tres días 108
d) Formalizar la investigación y requerir la imposición de medidas cautelares 109
e) Detenciones del inciso 4º del artículo 129 del CPP 109
1.6.3. Actuaciones de la Fiscalía posteriores a la declaración de ilegalidad de la detención 109
a) No realizar actuación ni petición 110
b) Requerir en procedimiento simplificado verbal 110
c) Formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares. 110
d) Detenciones del inciso 4º del artículo 129 del CPP 111
e) Apelación de la declaración de ilegalidad de la detención. 111
1.7. Tribunal ante el que se desarrolla la audiencia de control de detención 112
1.7.1. Detención por situación de flagrancia. 112
1.7.2. Detención por orden judicial por incomparecencia 112
a) Ampliación de la detención 112
b) Prisión preventiva 113
2. Formalización de la investigación 113
2.1. Definición y características 113
2.2. Oportunidad de la formalización 115
2.3. Efectos de la formalización 116
2.4. La audiencia de formalización 117
2.4.1. Contenido de la comunicación 117
2.4.2. Actuaciones posteriores a la formalización. 119
2.5. Reformalización 120
2.6. Control judicial previo a la formalización 121

IV. MEDIDAS CAUTELARES 123

1. Concepto y naturaleza 125
2. Medidas cautelares personales en el CPP 126
3. La citación 126
4. La detención 127
4.1. Detención imputativa o por imputación 128
4.1.1. Detención imputativa mediante resolución judicial 128
4.1.2. Detención imputativa en caso de delito flagrante 129
4.2. Detención por incomparecencia 131
5. La prisión preventiva 132
5.1. Presupuestos. 132

5.1.1. El *fumus boni iuris* o *fumus delicti commisi* en el ámbito procesal penal ... 132
a) Requisitos ... 132
5.1.2. El *periculum in mora* o *periculum libertatis* en el ámbito penal ... 134
a) Requisitos ... 134
5.2. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva ... 137
5.2.1. La prisión preventiva como medida cautelar ... 138
5.3. La perspectiva de género en la discusión de medidas cautelares personales de imputadas ... 138
5.3.1.Situación de la mujer que mata a quien la agrede en un contexto de violencia intrafamiliar ... 141
5.4. Aproximación a la solicitud de medidas cautelares desde un punto de vista práctico ... 142
5.4.1. Objetivos ... 142
5.4.2. Actuación del Ministerio Público ... 142
5.4.3. Desarrollo de la audiencia ... 142
5.4.4. Estándar de convicción ... 143
5.4.5. Antecedentes calificados ... 144
5.4.6. Proporcionalidad ... 145
5.5. Vía recursiva y requisitos ... 147
5.5.1. El recurso de apelación ... 147
a) Apelación verbal ... 148
b) Debates en torno a la apelación verbal ... 150
5.5.2 Aplicación del Oficio FN N° 298/2023, de fecha 10 de abril de 2023 ("Criterio Valencia") ... 151
6. Otras medidas cautelares personales ... 152

V. CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN Y CAMINOS A SEGUIR ... 155

1. Normativa vinculada ... 157
2. Normativa indirecta ... 157
3. Formalización de cargos, el plazo legal y judicial de cierre de la indagatoria y su ampliación ... 157
3.1. Cierre de la investigación ... 157
3.2. Formalización de cargos ... 157
3.3. Plazos de la investigación. ... 158
3.3.1. Plazo legal y plazo judicial ... 158
3.3.2. Ampliación del plazo judicial ... 159
4. Naturaleza del plazo para efectuar la investigación, la rebeldía y el apercibimiento de cierre ... 160
5. Análisis del artículo 247 del CPP y sus consecuencias ... 161
6. Naturaleza de la decisión de cierre de la indagatoria y los efectos de esta ... 164
6.1. Naturaleza jurídica del cierre de la investigación ... 164
6.2. Efectos del cierre de la investigación ... 165
6.2.1. Efectos extintivos ... 166
a) Querella ... 166
b) Reformalización ... 166

6.2.2. Efectos hacia el futuro ... 166
a) Artículo 248 del CPP ... 166
b) Solicitar la reapertura de la investigación ... 166
7. Análisis en particular del artículo 248 del CPP y el derecho de opción del fiscal adjunto junto a las consecuencias de la decisión que adopte ... 169
7.1. Acusación ... 169
7.1.1. Requisitos ... 169
7.1.2. Principio de congruencia ... 171
7.2. Sobreseimiento y decisión de no perseverar ... 172
8. El forzamiento de la acusación o la facultad de acusar particularmente sin acusación fiscal previa ... 177
8.1. Sobreseimiento y forzamiento de la acusación ... 177
8.2. Decisión de no perseverar y acusación particular ... 178
9. Casos especiales de cierre ... 179
9.1. Juicio inmediato ... 179
9.2. Procedimiento abreviado ... 180

VI. AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL ... 181
1. Introducción: definición, características y objetivos ... 183
1.1. Definición ... 183
1.2. Características ... 183
1.3. Objetivos ... 183
2. Presencia de los intervinientes, oralidad y continuidad de la audiencia ... 185
2.1. Presencia de los intervinientes ... 185
2.2. Oralidad ... 186
2.3. Continuidad ... 186
3. Planificación de la audiencia de preparación de juicio oral. Algunas buenas prácticas ... 188
4. Estructura de la audiencia y actuaciones durante su desarrollo ... 188
4.1. Cuestiones previas ... 188
4.2. Excepciones de previo y especial pronunciamiento ... 189
4.3. Corrección de vicios formales de las acusaciones y demanda civil ... 191
4.4. Debate sobre la prueba ofrecida ... 194
4.4.1. Cuestiones generales ... 194
4.4.2. Exclusión de prueba manifiestamente impertinente o que tenga por objeto acreditar hechos públicos y notorios ... 196
4.4.3. Prueba testimonial y documental con fines puramente dilatorios. ... 196
4.4.4. Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas ... 197
4.4.5. Exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales ... 199
4.5. Unión y separación de acusaciones ... 203
5. Auto de apertura del juicio oral ... 204
6. Audiencia intermedia ... 205

VII. ALEGATOS DE APERTURA Y DE CLAUSURA EN EL JUICIO ORAL 207

1. Introducción 209
2. El alegato de apertura 210
2.1. Concepto y objetivos 210
2.2. Metodología 211
2.2.1. Orden y sistematización 211
2.2.2. Énfasis y persuasión 212
a) Relatos simples y verosímiles 213
b) Énfasis en la descripción objetiva de los hechos 214
c) Humanizar a la víctima y testigos del proceso 215
d) Adelantar debilidades 215
e) Referirse a la prueba propia 216
f) Tema idea movilizadora o etiqueta 217
2.2.3. Teorías del caso 218
2.2.4. Distinciones de prueba directa e indirecta o indiciaria 219
3. El alegato de clausura 220
3.1. Concepto y objetivos 220
3.2. Metodología 221
3.2.1. Orden y sistematización 221
3.2.2. Énfasis y persuasión 221
a) El alegato como borrador de sentencia 221
b) Promesas del alegato de apertura 222
c) Descripción objetiva de la evidencia, cuando corresponda. 222
d) Principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados 223
e) Agrupar evidencia. 224
f) Calificación jurídica 225
3.2.3. Teorías del caso 226
3.2.4. Distinciones de prueba directa e indirecta o indiciaria 227
4. Conclusiones 228

VIII. EXAMEN DE TESTIGOS Y PERITOS 231

1. Introducción 233
2. Cuestiones preliminares a propósito de testigos y peritos 233
2.1. Los testigos 233
2.2. Los peritos 234
3. Parte introductoria, concepto, propósito y preparación del examen directo 235
3.1. Concepto 235
3.2. Propósito del examen directo 236
3.2.1. Exactitud del relato 236
3.2.2. Detalles del relato 236

3.3. Legitimación del testigo o perito ... 237
3.3.1. Acreditación del testigo ... 237
3.3.2. Acreditación del perito ... 238
3.4. Preparación del examen directo ... 239
4. Desarrollo del examen directo ... 240
4.1. Preguntas cronológicas ... 241
4.2. Preguntas temáticas ... 241
5. Tipos de pregunta en el examen directo ... 242
5.1. Preguntas introductorias y de acreditación ... 242
5.2. Preguntas abiertas o narrativas ... 243
5.3. Preguntas cerradas ... 244
6. Especial situación del testigo menor de edad ... 244
7. Situaciones especiales de algunos testigos ... 245
7.1. Testigo que detenta un cargo público de autoridad ... 245
7.2. Testigo que por enfermedad grave u otro impedimento calificado se hallare con imposibilidad de concurrir al tribunal ... 246
7.3. Testigo sordo mudo y extranjero que no conoce el idioma castellano ... 247
8. Protección a las víctimas, testigos y peritos por su declaración en juicio ... 247
9. Técnicas relevantes e incorporación de prueba relacionada ... 248
9.1. Evitar muletillas ... 248
9.2. Preguntas claras y concreta ... 249
9.3. La teoría del caso intenciona las preguntas ... 249
9.4. Evitar salir a pescar ... 249
9.5. El que introduce la información es el testigo o perito ... 249
9.6. Ayuda de memoria ... 250
10. ¿Qué es lo que no debo hacer en el examen directo? ... 252
10.1. Preguntas sugestivas ... 252
10.2. Repetir preguntas ... 254
10.3. En general, no pedir opiniones ... 254
10.4. Preguntas compuestas ... 255
11. Los testigos complejos y la especial situación de la víctima ... 255
11.1. Declaración del acusado ... 256
11.2. Declaración de policías ... 256
11.3. Declaración de peritos ... 257
11.4. Declaración de la víctima ... 257
11.4.1. Otras discusiones judiciales relevantes en cuanto a la declaración o derechos de la víctima en el proceso penal ... 259
a) Declaración en juicio oral de víctima cuya individualización no está contenida en el auto de apertura ... 259
b) Querellante que representa a la víctima puede forzar la acusación, aun cuando el fiscal no decidió no perseverar en el procedimiento, sino que acusó extemporáneamente ... 261
c) Víctima como interviniente tiene derecho a ser notificada de las resoluciones de apercibimiento de la investigación, pues hasta ese hito procesal puede ejercer ciertos derechos, como presentar querella ... 261
11.4.2. La víctima y su declaración en juicio a la luz de lo dispuesto en el artículo 302 del CPP ... 262

12. Final del examen directo. ... 266
12.1. Nuevo examen directo ... 266
12.2. Preguntas aclaratorias del tribunal ... 266
12.3. Liberación del testigo ... 267
13. Contraexamen de testigos y peritos. Parte introductoria, concepto, propósito y técnica ... 267
13.1. Desacreditar la persona del testigo o perito ... 268
13.2. Desacreditar el testimonio ... 269
13.3. Contribuir a nuestra propia teoría del caso ... 270
14. Metodología y etapas del contraexamen ... 271
14.1. Etapa de preparación ... 272
14.2 Etapa de ejecución ... 274
15. Las objeciones ... 275
15.1. Objeciones por la forma de la pregunta ... 277
15.1.1. Preguntas sugestivas ... 277
15.1.2. Preguntas poco claras ... 277
15.1.3. Preguntas engañosas o capciosas ... 277
15.1.4. Preguntas que coaccionan al testigo ... 278
15.1.5. Preguntas que solicitan información inadmisible ... 279
15.1.6. Preguntas de opinión o conclusión del testigo ... 279
15.2. Etapas ... 280

IX. PRUEBA MATERIAL Y DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL CHILENO ... 283

1. Algunas definiciones esenciales ... 285
1.1. Prueba documental ... 286
1.2. Prueba material ... 286
1.3. Otros medios de prueba similares o evidencia electrónica ... 287
2. La confiabilidad de la prueba material y documental ... 288
3. Incorporación al juicio de estos medios de prueba ... 289
3.1. Prueba documental ... 289
3.1.1. Requisitos ... 289
3.1.2. Documentos públicos ... 289
3.1.3. Documentos privados ... 290
a) Documentos privados de general aparición ... 290
b) Documentos privados singulares ... 291
3.2. Prueba material ... 292
3.2.1. Credibilidad de la prueba material ... 294
3.3. Otros medios de prueba similares o evidencia electrónica ... 296
3.3.1. Mensajes a través de Whatsapp ... 296
3.3.2. Mensajes compartidos a través de otras plataformas electrónicas ... 296
3.3.3. Correos electrónicos ... 296
3.3.4. Fotografías y videos ... 297

3.3.5. Incorporación de la evidencia electrónica ... 297
a) Acreditación a través de alguno de los partícipes en la conversación o intercambio ... 298
b) Acreditación a través del funcionario que incautó la evidencia ... 298
c) Acreditación a través del perito que examinó la evidencia ... 298
3.4. Algunas breves consideraciones acerca de la jurisprudencia ... 299
3.4.1. Corte Suprema ... 299
3.4.2. Cortes de apelaciones ... 300
3.4.3. TJOP ... 300
3.5. Qué pruebas llevar al juicio ... 302
4. Prueba nueva y prueba sobre prueba ... 303
4.1. Prueba nueva ... 304
4.1.1. Noción ... 304
4.1.2. Requisitos ... 304
4.1.3. Hipótesis fácticas de prueba nueva ... 305
4.1.4. Procedimiento ... 305
4.2. Prueba sobre prueba ... 306
4.2.1. Noción ... 306
4.2.2. Requisitos ... 307
a) Veracidad del testimonio ... 307
b) Autenticidad del documento ... 307
c) Integridad del objeto ... 307
4.2.3. Procedimiento ... 308
a) Etapa procesal para levantar el incidente de prueba sobre prueba ... 308
b) Oferta de medios de prueba sobre prueba ... 308
c) La admisibilidad de la prueba sobre la prueba ... 308
d) Incorporación al juicio de la prueba sobre prueba ... 309
e) Decisión judicial acerca de su admisibilidad ... 310
f) Desahogo o incorporación efectiva al juicio del medio de prueba sobre prueba ... 310
5. La cadena de custodia ... 310
5.1. Noción ... 310
5.2. Distinciones de aquello que se conserva a través de la cadena de custodia ... 310
5.2.1. Objetos existentes que son modificados durante el suceso criminal ... 311
5.2.2. Improntas surgidas durante el suceso criminal ... 311
5.3. Esquirla fáctica ... 311
5.4. Fases que comprende la cadena de custodia ... 312
5.4.1. Llegada y búsqueda ... 312
5.4.2. Fijación ... 312
5.4.3. Recolección ... 313
5.4.4. Embalaje ... 313
5.4.5. Transporte y entrega ... 313
5.4.6. Análisis pericial ... 313

5.4.7. Devolución o destrucción ... 313
5.5. Recomendaciones prácticas en relación a la cadena de custodia ... 314

X. LITIGACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO ... 315
1. ¿Qué significa litigar con perspectiva de género ... 317
2. Elementos claves para una litigación con perspectiva de género ... 317
2.1. Actuar con la debida diligencia ... 317
2.2. Actuar sin sesgos, prejuicios ni estereotipos de género ... 318
2.3. Actuar teniendo en cuenta el contexto ... 321
2.4. Actuar articuladamente con otras instituciones públicas y con la sociedad civil ... 321
3. Normativa internacional ... 322
3.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) ... 322
3.2. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CBDP) ... 323
4. Aspectos relevantes a realizar previos al juicio ... 324
4.1. Contactar a la víctima antes del juicio ... 324
4.2. Evaluar la necesidad de solicitar medidas de protección o cautelares ... 324
4.3. Solicitar medidas para resguardar la integridad de la víctima durante el juicio ... 324
4.3.1. Medidas previas al juicio ... 325
4.3.2. Medidas durante el desarrollo del juicio ... 325
4.3.3. Medidas posteriores al juicio. ... 325
5. Buenas prácticas en la litigación con perspectiva de género ... 325
5.1. Utilización de argumentos con perspectiva de género, explicaciones en las alegaciones ... 325
5.2. Utilización de herramientas de litigación para evitar argumentos discriminatorios ... 326
6. Pautas de actuación durante el juicio oral ... 327
7. Declaración de la víctima ... 328
7.1. Realizar el interrogatorio de la víctima con perspectiva de género ... 328
7.2. Oponerse a líneas de contrainterrogatorio que resulten revictimizantes e impertinentes. ... 328
7.3. Respetar la voluntad de la víctima ... 328
7.4. Retractación de la víctima ... 329
7.4.1. Manifestaciones y variables que influyen en la conducta de la víctima ... 329
7.4.2. Elementos a considerar en las argumentaciones en juicio ... 330
7.4.3. Orientaciones en caso de una víctima que se retracta en audiencia ... 331

BIBLIOGRAFÍA ... 332
Actas ... 340
Oficios Fiscalía Nacional ... 340
Jurisprudencia ... 341

GLOSARIO ... 348

CAPÍTULO I

VÍCTIMAS
Y TESTIGOS

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

El presente capítulo desarrolla el estatuto internacional y nacional de la víctima, relevándola como sujeto de protección para la Fiscalía de Chile. A su vez, reconoce los deberes y obligaciones que se deben tener presente en la(s) interacción(es) y durante el proceso penal con víctimas y testigos para su atención, protección y apoyo.

1. Criterios orientadores de la atención a víctimas y testigos

La atención y protección a víctimas de delitos se funda en el reconocimiento de las consecuencias negativas que los delitos tienen sobre estas, así como en los derechos que les asisten. Tales derechos se encuentran consagrados en la CPR, las leyes y los tratados internacionales vigentes en Chile[1]. Se define así, como un tema prioritario, establecer una atención y protección teniendo como paradigma central el enfoque de derechos. En ese sentido, se consideran relevantes las líneas de acción destinadas a detener la violencia, proteger, evitar la victimización secundaria y propender a acciones eficientes que permitan facilitar la investigación del delito.

Al Ministerio Público, en virtud del mandato constitucional contenido en el capítulo VII de la CPR, en su artículo 83, y lo dispuesto en el artículo 1 de la LOCMP, Ley N° 19.640, ***"le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos".*** A su vez, el CPP, en su artículo 6, señala: ***"El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal"***, y en el artículo 78 dispone: ***"Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir".***

Tal deber de cautela se expresa en, a lo menos, cuatro funciones o dimensiones diferentes: protección en sentido estricto –esto es, protección de ciertos derechos fundamentales de la víctima frente a hostigamientos, amenazas o atentados–, atención –entendida como prevención de la victimización secundaria–, promoción de la reparación y promoción de la participación.

1 Convención americana de derechos humanos (CADH), de 1969; Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CEDAW), de 1979; Convención interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CBDP), de 1994; Convención sobre los derechos del niño (CDN), de 1989; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006.

En consecuencia, la atención, protección y apoyo a víctimas y testigos es labor de toda la Fiscalía, como agente del Estado, y las acciones que se desarrollen en este ámbito se sustentan en los siguientes principios:

1. Acceso a la justicia.
2. Debida diligencia del Estado.
3. Trato digno y no discriminatorio.
4. Prevención de la victimización secundaria.
5. Derecho a la información.
6. Derecho a ser oído.
7. Confidencialidad.
8. Oportunidad.
9. Continuidad del servicio.
10. Eficacia.

La Fiscalía, a fin de facilitar el acceso a la justicia, debe tener en especial consideración el comunicar la condición de víctima o testigo, la calidad de sujeto de derechos en el proceso penal, los derechos y deberes que ello importa, la manera de hacerlos efectivos, el derecho a que se decreten medidas de protección si concurren las circunstancias pertinentes y el marco de atención al que tenga acceso. Tales comunicaciones se deben realizar en contextos adecuados, así como en momentos oportunos, con el fin que se pueda comprender la información proporcionada, en el marco de un trato digno.

Asimismo, la Fiscalía debe identificar las necesidades específicas de atención, orientación y apoyo, a fin de adoptar las acciones apropiadas y activar la red interinstitucional que corresponda.

En seguida, para la determinación específica de las acciones a seguir, corresponde atender a las condiciones de vulnerabilidad que puedan presentar las víctimas. A su vez, hemos de entender que una persona, o grupo, se encuentra en condición o circunstancia de vulnerabilidad cuando "su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"[2], tales como las personas con discapacidad; las personas mayores; las personas migrantes; los NNA; las mujeres; las personas LGBTIQ+; personas pertenecientes a pueblos originarios, etc. Considerar además la posibilidad que en ciertas víctimas concurran una o más de las condiciones de vulnerabilidad, es decir, interseccionalidad.

2 XIV Cumbre judicial iberoamericana (2008), "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

2. La víctima

2.1. Concepto

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder[3] nos señala que "Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente (...) En la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.(...) Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico".

A su vez, desde la fenomenología, podemos distinguir varios conceptos asociados a las víctimas, a saber:

1. Victimización primaria: Es aquel daño que se produce como consecuencia directa del actuar punitivo.

2. Revictimización: "(...) se utiliza para referirse a múltiples victimizaciones producidas por el mismo agresor o diferentes agresores en diferentes momentos, esta situación se describe especialmente en delitos como la agresión sexual (generalmente por parte del cónyuge o pareja, o en casos como el incesto) (...) y la violencia conyugal, donde la víctima es una y otra vez agredida por su compañero, padre o padrastro"[4].

3. Polivíctima: La polivictimización "es un concepto acuñado por Finkelhor, Ormrod, y Turner (2007) que hace referencia a un proceso de trauma acumulativo que sufren aquellos individuos expuestos a múltiples tipos de violencia a lo largo de sus vidas. El concepto de polivictimización alude a la experimentación de diferentes tipos de violencia (ej., violencia intrafamiliar, acoso escolar y abuso sexual), lo que es diferente a haber vivido múltiples episodios de un solo tipo de victimización". En razón de lo expuesto, debemos entender como polivíctima, a aquella persona expuesta a distintos tipos de conductas delictivas violentas que son efectuadas a lo largo de su vida. Es esencial que sean distintos tipos de violencia, pues en caso de existir reiteración de un mismo tipo de violencia estaríamos en presencia de la "revictimización"[5].

4. Victimización secundaria: "una reacción social negativa generada como consecuencia de la victimización primaria, donde la víctima reexperimenta una nueva violación a sus derechos legítimos, cuando la policía, las instituciones sociales y gubernamentales intervienen con el fin de reparar la situación de la víctima, a nivel económico, social, físico y psicológico"[6].

3 ONU, "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder". Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

4 GUTIÉRREZ DE PIÑERES *et al.* (2009), señalando las concepciones de CAMPBELL y RAJA (2005) y RISSER *et al.* (2006).

5 GUERRA *et al.* (2017).

6 GUTIÉRREZ DE PIÑERES *et al.* (2009), refiriendo la definición a partir de Montada (1991; 1994) y Albarrán (2003).

Se debe tener presente que la victimización secundaria no se produce como consecuencia directa del actuar punitivo, sino del cómo reaccionan las instituciones y personas que interactúan con la víctima a raíz del hecho delictivo. Estas interacciones siempre deben realizarse con total respeto a sus derechos y poniendo especial atención a su individualidad, tales como cultura, nacionalidad, religión, raza, etnia, edad, género, entre otras. Como señala la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985 (a la cual adhiere nuestro país), "Las víctimas deberán ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad".

Finalmente, a nivel legislativo, la Ley N° 21.057 en su artículo 1 inciso 2 nos da un concepto de victimización secundaria, señalándola como "toda consecuencia negativa que puedan sufrir los niños, niñas y adolescentes con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos señalados en el inciso anterior".

2.2. La víctima en la normativa internacional

Tradicionalmente es el imputado quien aparece como centro de protección de las normas internacionales, siendo titular de garantías que permiten afirmar que solo será condenado en base a un proceso justo y legalmente tramitado, y siempre que se logre destruir el principio de inocencia. Sin embargo, se debe entender el proceso penal como un instrumento de garantía, de salvaguarda del régimen de valores, derechos y libertades fundamentales reconocidos[7]. En este sentido, las garantías consagradas en el sistema internacional se hacen extensivas no solo al imputado, sino también al resto de los ciudadanos, quienes podrán constatar la aplicación del *ius puniendi* ante un delito, y también, por cierto, para las víctimas de delitos, las que deben ser protegidas y tuteladas en sus derechos.

La marcada nota humanista del Estado social y democrático de derecho posibilita el reconocimiento de que la persona constituye un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin[8]. Lo expuesto no es menor, ya que la extensión de garantías a favor de la víctima tiene importancia, implica y "puede contribuir de manera directa a la recuperación de la víctima, al aumento de la eficacia del proceso penal y al sentido –individual y colectivo– de justicia. De otro, evitar la victimización secundaria"[9].

Por su parte, debemos señalar que en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe un tratado dedicado a la víctima en general, sino más bien instrumentos internacionales que regulan y reconocen derechos a ciertas categorías de víctimas especialmente vulnerables. Esto no significa que las víctimas, sobre todo aquellas que están fuera de las categorías específicas o especialmente reconocidas, carezcan de un estatuto internacional de protección, toda vez que siempre, en atención de su condición de persona, quedarán sujetas al estatuto general de protección que otorga el Sistema de Derechos Humanos.

7 SANZ (2009), p. 25.

8 NOGUEIRA (2010), p. 14.

9 NOGUEIRA (2010), p. 14.

Dentro del Sistema Universal, tanto la Declaración universal de los derechos humanos[10] (artículo 2, párrafo 1), como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos[11] (artículo 2, párrafo 1) y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales[12] (artículo 2, párrafo 2), aun cuando son tratados de carácter general, sus disposiciones resultan aplicables a las víctimas al prohibir distinciones entre las personas en el ejercicio de los derechos que ellos prevén.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención americana de derechos humanos (CADH)[13] (artículo 1, párrafo 1) y su Protocolo adicional sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3), al igual que en los casos anteriores, siendo tratados internacionales de derechos humanos de carácter general, resultan plenamente aplicables a las víctimas.

Por otra parte, encontramos los tratados circunscritos a categorías de víctimas relativas a grupos de personas en especial situación de vulnerabilidad, destacando la Convención sobre los derechos del niño (CDN)[14], la Convención interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CBDP)[15] y las circunscritas a ciertas actividades delictuales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; tráfico de armas (Convención de Palermo)[16].

Luego, además de los tratados internacionales referidos, dentro del ámbito del *soft law*, existen declaraciones y recomendaciones adoptadas por organismos internacionales que se hacen cargo de los derechos de las víctimas y los testigos de delito y la responsabilidad de los Estados, como ocurre con el Sistema General de la ONU, en que encontramos:

1. Resolución 40/34 de la Asamblea General, adoptada el 29 de noviembre de 1985, "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder", que define conceptos de víctimas de delitos y víctimas del abuso de poder, acceso a justicia y trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia para estas, conceptos que sirven de guía para los Estados en la regulación de aspectos concretos relacionada con la víctima.

2. Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, "Sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas".

3. Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de 19 abril del 2005, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".

10 Ratificada por Chile con fecha 20 octubre 1971.

11 Ratificado por Chile con fecha 10 febrero 1972.

12 Ratificado por Chile con fecha 10 de febrero 1972.

13 Ratificada por Chile con fecha 14 de agosto 1990.

14 Ratificada por Chile con fecha 26 de enero 1990.

15 Ratificada por Chile con fecha 24 de octubre de 1996.

16 Publicada con fecha 16 febrero 2005.

Por consiguiente, el reconocimiento de derechos a favor de las víctimas y el trabajo jurisprudencial de los tribunales internacionales han establecido un estándar mínimo de protección, que busca no solo evitar la impunidad del delito, sino que además asegurar su protección y asistencia por parte del Estado.

Habiendo especificado y nombrado los instrumentos aplicables en materia internacional, nos corresponde hacernos cargo respecto de tres temáticas que forman parte de este estándar mínimo.

2.2.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación es la base del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y se encuentra desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, sobre el que descansan el orden público nacional e internacional e integran todo el ordenamiento jurídico[17].

Su fundamento normativo internacional se encuentra tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano de Derechos Humanos. Respecto del primero, tomando como base los tratados internacionales de derechos humanos en general, el derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene su fundamento en la Declaración universal de los derechos humanos (artículos 1 y 7), en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículos 2 –párrafo 1–, 3 y 26) y en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 2 –párrafo 2– y 3). Por su parte, en el Sistema Regional, tanto la Convención americana sobre derechos humanos (CADH) (artículos 1 –párrafo 1– y 24), así como el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –"Protocolo de San Salvador"– (artículo 3), los reconocen.

2.2.2. Derecho de acceso a la justicia

Existe la obligación para las autoridades judiciales de asegurar un acceso a la justicia, lo que implica que se lleven a cabo todas las medidas necesarias para que toda persona pueda ejercer ese derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población, debiendo para ello realizar las adecuaciones que se requieran. El derecho de acceso a la justicia tiene una doble noción, pues a la vez que se constituye como un derecho autónomo, es un medio para la realización y concreción de todos los demás derechos.

17 CIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

El derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido en los artículos 2.3[18] y 14.1[19] del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en la Convención americana sobre derechos humanos (CADH) en sus artículos 8.1.[20] y 1.1.[21]. De esta forma, se establece el derecho al recurso (acción) efectiva que tiene toda persona.

Al respecto, el Comité de derechos humanos, en su OG Nº 31 sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el pacto, destacó en su párrafo 15 que "además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados partes [deben garantizar] que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños"[22].

Por su parte, la CIDH ha considerado que la imposibilidad de la víctima de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implica un trato que no toma en cuenta la situación de vulnerabilidad de la víctima basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia[23].

18 Artículo 2.3: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

19 Artículo 14: "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores …".

20 Artículo 8: "Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter …".

21 Artículo 1: "Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

22 OG Nº 31 (2004), Comentarios generales adoptados por el Comité de los derechos humanos, la índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225.

23 CIDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216: "Párrafo 185. La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia… Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia".

Por último, las reglas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre judicial iberoamericana, celebrada en Brasilia en marzo de 2008, establecieron un conjunto de reglas destinadas a garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a las víctimas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

2.2.3. Derecho a protección

De acuerdo al artículo 2° de la Convención americana sobre derechos humanos (CADH)[24], los Estados partes están obligados a adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la convención, las medidas legislativas para hacer efectivos los derechos humanos y libertades de las personas establecidos en la convención. Y, si bien no existe referencia expresa a la víctima de delitos, no nos olvidemos que el propio artículo 1° de la Convención americana sobre derechos humanos (CADH) establece la obligación de respeto de los derechos y libertades, así como a garantizar su libre y pleno ejercicio a "toda persona", sin hacer distinción.

Para efectos de interpretación de la normativa interna relacionada con la protección de la víctima, no podemos dejar de considerar la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder", que al referirse al acceso a la justicia y trato justo, establece el deber de garantizar la seguridad de la víctima, así como la de sus familiares y la de sus testigos, contra todo acto de intimidación y represalia[25].

Por último, en las Reglas de Brasilia de la XIV Cumbre judicial iberoamericana, se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos, así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses. De igual forma, dispone que se debe poner especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja[26].

24 Artículo 2: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

25 ONU, "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder". Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985: "6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de la víctima... d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia...".

26 XIV Cumbre judicial iberoamericana (2008): "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad": "4.- Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad (75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses. (76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja".

2.2.4. Medidas de protección a testigos durante su declaración en juicio oral

La Ley Nº21.523[27], publicada en el diario oficial el 31 de diciembre de 2022, efectuó, entre otras, modificaciones al artículo 308 del CPP, ampliando su ámbito de aplicación. Quedando de la siguiente manera:

"**Protección** a los testigos. El tribunal, en casos graves y calificados, **o para evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los testigos con ocasión de su interacción en un juicio oral**, podrá, por solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo, disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último, las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de vídeo conferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.

De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.

Se entenderá que constituye un caso grave y calificado, especialmente cuando existan malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal. Para adoptar esta decisión, el tribunal podrá oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio".

Se modifican los incisos primero y tercero del artículo 308 del CPP, incorporando como circunstancia que el tribunal debe valorar a la hora de decretar medidas de protección para testigos, la evitación de las consecuencias negativas que puede traer la comparecencia en juicio a ellos. Se trata de una situación adicional, de manera que ya no requiere probarse que se está ante un caso grave o calificado.

A través de esta medida se busca mejorar las condiciones para garantizar la adherencia al proceso de los testigos, disponiendo de medidas que permitan protegerles. Para solicitarla, se deberán aportar los antecedentes necesarios que permitan dar cuenta de las consecuencias negativas que podrían devenir debido a su comparecencia.

Por último, se modifica el inciso tercero de esta disposición, en lo relativo a lo que se entiende por *casos graves o calificados* que fundamenten la solicitud. En tal sentido, se elimina la exigencia de fundamentación exclusivamente en la existencia de malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal, disponiendo que la concurrencia de dichos malos tratos o amenazas es solo ejemplar.

27 Esta ley modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales y proteger los derechos de las víctimas y evitar su revictimización.

2.2.5. Protección especial para víctimas de delitos de violencia sexual

La Ley N°21.523, incorporó a nuestro CPP un nuevo artículo 109 bis, del siguiente tenor:

"**Medidas de protección especiales para víctimas de delitos de violencia sexual.** En los delitos contemplados en el Código Penal, en los artículos 141, inciso final; 142, inciso final; 150 A, 150 D, 361, 362, 363, 365 bis; 366, incisos primero y segundo; 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367 y 367 ter, 372 bis, 411 quáter cuando se cometa con fines de explotación sexual y 433, número 1, en relación con la violación, el juez de garantía y el tribunal de juicio oral en lo penal, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, deberá adoptar una o más de las siguientes medidas para proteger la identidad, intimidad, integridad física, sexual y psíquica de la o las víctimas:

a) Suprimir de las actas de las audiencias todo nombre, dirección o cualquier otra información que pudiera servir para identificar a las víctimas, sus familiares o testigos, directa o indirectamente.

b) Prohibir a los intervinientes que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social relativas a la identidad de la o las víctimas, a menos que ellas consientan de manera libre e informada en dar a conocer su identidad.

c) Impedir el acceso de personas determinadas o del público en general a la sala de audiencia, y ordenar su salida de ella, si alguna de las víctimas lo solicita.

d) Prohibir a los medios de comunicación social el acceso a la sala de audiencia, si alguna de las víctimas lo solicita.

e) Decretar alguna de las medidas establecidas en el artículo 308 para favorecer su declaración judicial.

El Ministerio Público y los tribunales de justicia deberán tomar todas las medidas que correspondan para impedir la identificación de la o las víctimas por parte de terceras personas ajenas al proceso penal, a menos que ellas consientan de manera libre e informada en dar a conocer su identidad".

Estas medidas se encuentran dirigidas a proteger a las víctimas de delitos de violencia sexual durante su intervención o participación en instancias judiciales, pues se tuvo en consideración que la exposición pública de la víctima puede traducirse en victimización secundaria y violencia[28].

Las cuales serán aplicables al catálogo de delitos ya referido y tratándose de delitos de tortura y apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, estos deberían ser comprendidos en tanto se trate de hechos de violencia sexual.

Los tribunales, deberán decretar estar medidas en las audiencias que se desarrollen en relación con estos delitos, las cuales podrán ser **solicitadas por los intervinientes o decretadas de oficio por parte del tribunal.**

28 Informe Comisión Mixta de Seguridad Ciudadana, p. 14.

Cabe señalar que esta norma amplía las facultades del tribunal de juicio oral dispuestas en el artículo 289 del CPP, que podrán ser fundadas en el deber de protección a la integridad física y psíquica de las víctimas. Estas medidas son similares a las establecidas en el artículo 24 de la Ley N° 21.057, por lo que en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de los delitos establecidos en el artículo 1° de dicha ley, se debe fundamentar la solicitud primordialmente en esa norma por el principio de especialidad.

2.3. La víctima en la legislación nacional

El CPP aborda en diversas normas a las víctimas y los testigos. Entre ellas, el artículo 6 inciso 1° señala el deber que asiste al Ministerio Público de proteger, en sentido amplio, a las víctimas en todas las etapas del procedimiento penal, añadiendo, además, que corresponde al tribunal garantizar conforme a la ley la vigencia de los derechos de las víctimas durante el procedimiento. Por su parte, el artículo 108 dispone que la víctima es el "ofendido por el delito", y en su inciso segundo expone el orden de prelación de las víctimas indirectas –para los casos de delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido, o cuando este no pudiere ejercer los derechos que el código le otorga–, enumerando al cónyuge, al conviviente civil y a los hijos; los ascendientes; al conviviente; a los hermanos, y, por último, al adoptado o adoptante. En este orden de ideas, el artículo 109 da cuentas de ciertos derechos de las víctimas, resultando sustancial el establecido en la letra a): "Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia" (lo expuesto, sin perjuicio de los demás derechos consagrados en el referido artículo).

Se debe considerar que, en muchos casos, la motivación de la víctima para acudir ante los órganos de la justicia consiste en interrumpir una situación de agresiones continuas o precaver agresiones futuras vinculadas con aquellas que son objeto del proceso. En este sentido surge la necesidad de proteger a la víctima frente a represalias que puedan derivarse de la denuncia o de otros actos de colaboración con el proceso penal. Y como se adelantara, el artículo 6 del CPP obliga al Ministerio Público a proteger a la víctima en todas las etapas del procedimiento, esto es, desde el inicio de la investigación hasta su término. Esto implicará evaluaciones de riesgo mediante la intervención de la URAVIT y el otorgamiento de medidas de protección autónomas decretadas directamente por la Fiscalía o de medidas cautelares solicitadas previamente al tribunal.

Por otra parte, al momento de declarar en juicio a la víctima y los testigos les asiste, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 307 del CPP, la posibilidad de reservar su domicilio particular en resguardo de su seguridad. Si además cuentan con el respectivo fundamento, se puede efectuar la solicitud establecida en el artículo 329 del CPP, que establece que en caso de concurrir un motivo grave y difícil de superar que impida comparecer a declarar a la audiencia de juicio, pueden ser autorizados a hacerlo a través de videoconferencia, o a través de cualquier medio tecnológico apto para ser interrogados y contrainterrogados.

En cuanto a los testigos, el artículo 308 del CPP se hace cargo de manera expresa de su protección en casos graves y calificados, estableciendo la posibilidad de solicitar medidas especiales destinadas a proteger su seguridad. Estas medidas pueden consistir en deponer bajo sistema de video conferencia, separados del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. Como se trata de medidas que

dependen de la resolución del tribunal, para solicitarlas resulta fundamental contar con el respectivo informe de la URAVIT, con el objeto de justificar su necesidad (esto es sin perjuicio de las medidas que puede adoptar la Fiscalía de manera autónoma antes o después de prestada la declaración de la víctima o testigo).

En su inciso final, la norma referida nos señala, sin ser taxativa, lo que debiese entenderse como caso grave y calificado, esto es, la existencia de malos tratos y amenazas.

Por su parte, la víctima es un sujeto de derecho, digno de respeto y consideración, que requiere entablar una "relación de justicia" con quien tiene a cargo la investigación de su caso.

A la víctima se le debe garantizar un trato digno y no discriminatorio, así como ser tratada sin estereotipos de lo que se espera sea "una víctima" de parte de las policías, la Fiscalía, otros intervinientes y del juzgador. También tiene derecho a ser oída, y a los otros derechos que constituyen el estatuto de la víctima en nuestro sistema.

Y así como la presunción de inocencia no inhibe de investigar con objetividad al imputado, el trato de la víctima bajo el respeto de sus derechos y garantías tampoco exime de investigar con objetividad los hechos denunciados.

En definitiva, de la normativa se puede extraer el catálogo o estatuto de los derechos de las víctimas en el proceso penal, a saber:

1. Derecho a ser atendida: La víctima de un delito tiene derecho a ser recibida y atendida por los jueces, los fiscales del Ministerio Público y la policía.

2. Derecho a recibir un trato digno: La víctima de un delito tiene derecho a recibir un trato digno, acorde a su condición de víctima.

3. Derecho a denunciar el delito: La víctima de un delito puede denunciarlo a Carabineros, a la Policía de Investigaciones, en las fiscalías del Ministerio Público, en los tribunales con competencia criminal o en Gendarmería, en casos de delitos cometidos dentro de recintos penitenciarios.

4. Derecho a ser informada: La víctima de un delito tiene derecho a ser informada del estado y resultado del proceso, de sus derechos y de las actividades que deba realizar para ejercerlos.

5. Derecho a solicitar protección: La víctima de un delito tiene derecho a pedir a los fiscales del Ministerio Público medidas de protección frente a presiones, atentados o amenazas a ella o a su familia. Los tribunales deben garantizar la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

6. Derecho a obtener reparación: La víctima de un delito tiene derecho a obtener la restitución de las cosas que le hubieren sido hurtadas, robadas o estafadas; a que los fiscales del Ministerio Público promuevan medidas para facilitar o asegurar la reparación del daño sufrido, y a demandar la indemnización de los perjuicios sufridos.

7. Derecho a ser escuchada: La víctima de un delito tiene derecho a ser escuchada por el fiscal o el juez de garantía, antes de decidirse la suspensión o el término anticipado del procedimiento, como, asimismo, por el tribunal antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término al proceso.

8. Derecho a interponer una querella: La víctima de un delito tiene derecho a querellarse a través de un abogado.

9. Derecho a participar en el proceso: La víctima de un delito tiene derecho a obtener de la policía, de los fiscales y de los organismos auxiliares apoyo y facilidades para realizar los trámites en que deba intervenir y a asistir a las audiencias judiciales en que se trate su caso.

10. Derecho a impugnar: La víctima tiene derecho, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento, a impugnar la resolución que sobresea temporal o definitivamente la causa y la sentencia absolutoria.

11. Derecho a reclamar: La víctima de un delito tiene derecho a reclamar ante las autoridades del Ministerio Público por actos de los fiscales o abogados, a fin de que se investiguen administrativamente y se adopten las medidas disciplinarias pertinentes, si procedieren.

2.4. De la atención especializada

El artículo 1 de la LOCMP, Ley N° 19.640, establece que le corresponde al Ministerio Público, la función de *"la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos"*. El artículo 20 letra f), del referido texto legal, establece que la Fiscalía Nacional contará con una *"División de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal. Asimismo, le corresponderá prestar asesoría a quienes sean víctimas de delitos que la ley califica como terroristas".* Por su parte, el artículo 34 letra e) dispone que *"Cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas: e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal".*

La DAVT, en el ejercicio de su deber constitucional y legal, ha elaborado reglamentos, procesos, sistemas y modelos que los fiscales y abogados(as) del Ministerio Público deben cumplir. Se desarrollan a continuación algunos de estos.

2.4.1. Modelo de atención orientación, protección y apoyo a víctimas "OPA"

Este modelo tiene por objeto incentivar la participación de víctimas y testigos en el proceso penal, a través de la entrega de los servicios de orientación en concordancia con la etapa del proceso penal en que se encuentran; protección basada en la realización de evaluaciones de intimidación o riesgo, y apoyo para su participación en el proceso penal. Especialmente tiene por objeto la atención especializada a determinadas víctimas o testigos, atención que deben brindar los profesionales de las URAVIT.

Víctimas y testigos que requieren intervención de las URAVIT, según los siguientes modelos especializados:

a) Modelo de intervención inmediata para víctimas de violencia intrafamiliar[29]

Se focaliza la intervención de la URAVIT en aquellos casos con víctimas adultas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar y el delito de desacato de las resoluciones dictadas en una causa de violencia intrafamiliar, puestos en conocimiento del Ministerio Público, y que reúnan alguna de las siguientes condiciones:

1. Riesgo vital/alto[30].
2. Riesgo medio de mayor complejidad[31].
3. Víctimas respecto de quienes no es posible la aplicación de la pauta de evaluación de riesgo, debido a que presentan discapacidad intelectual o física (enfermedad mental, psiquiátrica) y que existen antecedentes que indiquen riesgo alto.

Los casos de riesgo medio, de menor complejidad y bajo, quedan en manos del equipo de investigación de la Fiscalía para efectos de otorgar a las víctimas lo necesario para asegurar su debida protección y apoyo (Modelo OPA general)[32].

b) Modelo de intervención especializada para NNA víctimas de delitos sexuales y delitos en contexto de violencia intrafamiliar[33]

Focaliza la intervención en aquellos casos con NNA víctimas de delitos sexuales y de delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

El(La) funcionario(a) de la Fiscalía o profesional URAVIT debe efectuar acciones iniciales para recopilar información que permita evaluar preliminarmente el riesgo y determinar la necesidad de implementar medidas de protección urgentes[34].

Posteriormente, el(la) profesional URAVIT asignado(a) ha de realizar la intervención especializada que se encuentra orientada a:

29 DAVT: Modelo de Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar.

30 Conforme a las orientaciones técnicas sobre protección en relación al nivel de riesgo.

31 Se consideran casos de riesgo medio de mayor complejidad aquellos en que por las características de la víctima, u otras circunstancias, se evalúa que las medidas de protección serán de difícil implementación y que requieren de un reforzamiento por parte de un profesional especializado.

32 Oficio FN N°1032/2021, de 3 de diciembre de 2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intra familiar, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

33 DAVT: Modelo de intervención especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

34 DAVT: Modelo de intervención especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

1. Profundizar la evaluación de riesgo inicial.

2. Definir la estrategia de protección para implementar las medidas y acciones de protección que resulten procedentes a la situación de la víctima.

3. Evaluar la necesidad de intervención reparatoria para el NNA y sus referentes.

4. Entregar una orientación psicosocial y del proceso penal.

Como resultado de este análisis, el(la) profesional URAVIT podría resolver que, por las características del caso, no requiera de intervención especializada.

c) Modelo de protección a víctimas y testigos en casos complejos[35]

Este modelo tiene por objeto otorgar protección especializada, inmediata y eficaz a quienes se encuentren participando, deban participar o hayan participado en el contexto de un proceso penal en calidad de víctima, testigo o perito, y a su familia, por encontrarse en una situación de riesgo excepcional que sea calificada como caso complejo.

d) Modelo de atención a víctimas y testigos que deben declarar en juicio oral[36]

Este modelo tiene por objeto facilitar la participación de la víctima y los testigos en el juicio oral, a través de la entrega de orientación y de la detección de las necesidades de protección y apoyo que requieran para ello. Se trata de víctimas y testigos que no sean abogados(as) públicos(as), salvo las excepciones legales.

Las actividades consideradas en este modelo pueden ser ejecutadas por abogados del equipo del fiscal o por abogados de URAVIT, según la organización regional. La evaluación de las necesidades de las víctimas y testigos que el fiscal determine que han de comparecer a declarar al juicio oral, debe realizarse a través de la aplicación de la pauta contenida en el modelo una vez presentada la acusación por el fiscal, o dictado el auto de apertura del juicio oral. Asimismo, se deberá evaluar la necesidad de implementar medidas de protección, antes o durante el juicio, y se establecerán las necesidades de apoyo.

Terminado el proceso penal el fiscal a cargo de la causa deberá disponer que se informe a la(s) víctima(s) la sentencia respectiva.

2.4.2. Víctimas NNA Ley N° 21.057 sobre entrevista investigativa videograbada (EIV)

De conformidad a lo dispuesto por la Ley N° 21.057, se debe realizar la evaluación previa por un(a) profesional de URAVIT, a quien le corresponde evaluar las condiciones físicas, las condiciones psíquicas y efectuar la indagación de la voluntariedad del NNA para su participación en la EIV decretada por el fiscal (artículos 7 y 3 de la Ley N° 21.057).

35 DAVT: Modelo protección a víctimas y testigos en casos complejos.

36 DAVT: Modelo de atención a víctimas y testigos que deben declarar en juicio oral.

Esta evaluación previa se realiza mediante la interacción con el(la) adulto(a) responsable y/o el NNA, con el objeto preciso de levantar información sobre las condiciones físicas/psíquicas y la voluntariedad del NNA. Por tanto, esta interacción no tiene un carácter pericial, ni diagnóstico de capacidades testimoniales o terapéuticas.

La evaluación previa presenta cuatro momentos: el primero, cuando el fiscal decreta la EIV; el segundo cuando el(la) jefe(a) de la URAVIT designa a un(a) profesional de esta unidad para ser evaluador(a); el tercero cuando se realiza la interacción por el medio más expedito con el(la) adulto(a) y/o NNA para levantar información de las condiciones y voluntariedad, y el cuarto, cuando el(la) evaluador(a) determina si el NNA está disponible o no para participar en la EIV. En caso de estar disponible se coordina la realización de EIV, y en caso contrario se determina un nuevo contacto.

De conformidad a la Ley N° 21.057 la evaluación previa es un hito que puede coincidir o no con la evaluación inicial, pues en miras de efectuar los contactos necesarios y eficaces, solo cuando un NNA derivado no haya sido objeto de evaluación inicial por los equipos de atención del Ministerio Público, le corresponderá al equipo URAVIT efectuarla.

Respecto de las demás interacciones, se debe estar a lo dispuesto en el Oficio FN N° 892, de 30 de septiembre de 2019, que contiene los criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las regulaciones contenidas en la Ley N° 21.057.

2.4.3. Atención y protección de las víctimas del delito de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes

El artículo 78 bis del CPP llama a proteger la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público debe adoptar las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta.

Las víctimas de trata de personas y/o tráfico ilícito de migrantes pueden presentar conjuntamente condiciones de pobreza, desarraigo, ser migrante, niño, niña adolescente, mujer, pertenecer a una etnia o no comprender el idioma. Tales circunstancias deben ser claramente visualizadas al momento de interactuar con ellas.

Cabe agregar que estas víctimas muchas veces no se perciben como tales y se pueden mostrar desconfiadas hacia las autoridades, ello sumado a su situación migratoria irregular, o por la dependencia o amenaza de parte de los tratantes u organizaciones delictivas que las captaron.

Por lo anterior, el(la) profesional de la URAVIT a cargo del caso deberá realizar un análisis de aquellos elementos y condiciones de vulnerabilidad de la(s) víctima(s), así como también de sus características particulares, para los efectos de otorgar los servicios de orientación, protección y apoyo que correspondan, debiendo entregar las prestaciones acordes a sus necesidades.

2.4.4. Víctimas de violencia institucional

Se entenderán como víctimas de violencia institucional, aquellas contempladas en el Oficio FN Nº 618/2021, de 28 de julio de 2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional.

Para estos casos se instruye que los fiscales velen por el cumplimiento de los siguientes criterios:

1. Derivación a la URAVIT para atención especializada de aquellas víctimas que por el grado de afectación del delito y/o las consecuencias físicas y psicológicas así lo requieran.

2. Derivación a la URAVIT para la atención especializada de aquellas víctimas que sean NNA.

3. Derivación de víctimas y testigos que, por otros criterios relevantes, en especial el de interseccionalidad, para los cuales se estime necesaria la atención especializada de la URAVIT.

La respectiva URAVIT deberá reevaluar el riesgo del caso derivado.

3. Ley de identidad de género

La Ley Nº 21.120 da respuesta a una de las problemáticas más complejas a las que se enfrentaban las personas transgénero: la falta de reconocimiento legal de su identidad de género cuando esta no se correspondía con el sexo asignado al nacer. En este sentido, esta ley reconoce el derecho a la identidad de género, establece una serie de garantías derivadas y regula dos tipos de procedimientos para el cambio de nombre y sexo registral: un procedimiento administrativo y uno judicial.

En relación con el ámbito de acción del Ministerio Público, el reconocimiento de este derecho implica asegurar su pleno respeto en el ejercicio de las funciones constitucionales de investigación y persecución penal de delitos, de protección a víctimas y testigos y, de igual manera, salvaguardar su aplicación en el ámbito organizacional de la institución.

Las orientaciones jurídicas para abordar la Ley de identidad de género en el proceso penal se encuentran en el Oficio FN N° 526/202137, y refuerzan algunas de las orientaciones indicadas para la atención por parte de los fiscales, así como de los abogados:

1. Trato digno con pleno respeto a la orientación sexual, identidad y/o expresión de género de las personas usuarias.

2. Establecimiento de las medidas conducentes a garantizar el derecho a la no discriminación.

3. Respeto a la identidad de género, orientación sexual y nombre social de la persona.

37 Oficio FN Nº 526/2021, de 6 de julio de 2021, Instrucción general sobre implementación de la Ley N° 21.120 sobre identidad de género al interior del Ministerio Público, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Conforme al derecho de toda persona a su identidad, su nombre social es el nombre real con el cual se identifica, independientemente que en causas anteriores se consigne un nombre diferente o que al momento de acudir a la Fiscalía no haya realizado el trámite de cambio de nombre registral conforme a la Ley N° 21.120.

Si la persona no ha realizado la rectificación conforme a la Ley N° 21.120, o su cambio de nombre registral se encuentra en tramitación, y plantea que desea que se registre su nombre social en las causas en las que es interviniente, la o el recepcionista deberá entregarle el formulario respectivo, ingresará una solicitud de registro del nombre social en sus causas –utilizando la solicitud correspondiente del Sistema de información de atención de usuarios (SIAU)– y le informará el plazo de respuesta a su requerimiento. También se le deberá explicar que el registro del nombre social se realizará manualmente en cada causa.

4. Utilización de un lenguaje inclusivo y no binario para que la persona que le escuche se sienta reconocida de forma positiva en la conversación.

5. Informar en lenguaje claro y entregar información de redes de apoyo.

6. Entregar información de otras entidades que puedan orientar a personas cuya identidad de género es diversa.

Como parte del trabajo de coordinación que la fiscalía local o las URAVIT realizan con las redes que brindan atención a usuarios, es importante identificar las redes institucionales y/o comunitarias existentes en su región o ciudad (nivel regional y local) que otorguen servicios y recursos de apoyo a personas usuarias cuya orientación sexual, identidad y/o expresión de género es diversa.

4. Víctimas y testigos no considerados en los modelos especializados

Son aquellos víctimas y testigos no considerados en los modelos o numerales anteriores que, en virtud de la consideración del fiscal, procede sean derivados a la URAVIT por tratarse de personas en una situación de especial vulnerabilidad, estimándose fundadamente que requieren de atención especializada.

Es facultad del jefe de la URAVIT aceptar o rechazar dicha derivación, previa evaluación, debiendo fundamentarse su rechazo. En caso de insistencia del fiscal a cargo del caso, corresponde dirimir la divergencia al fiscal regional.

5. Marco normativo especial de NNA

5.1. Ámbito internacional

Desde el punto de vista normativo internacional, se ha producido una evolución desde un sistema en que el NNA era considerado un objeto procesal en que los órganos del Estado efectuaban su intervención, ya sea de manera proteccional o sancionatorio, a un sistema en el cual, primeramente la Convención americana

de derechos humanos (CADH) y luego la Convención sobre los derechos del niño (CDN)[38], los considera como sujetos de derechos que, al igual que cualquier persona, pero en atención a las particularidades de su desarrollo evolutivo y vulnerabilidad, requieren de especial protección.

En efecto, conforme a la Convención americana de derechos humanos (CADH), toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, en un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial –establecido con anterioridad a la ley– en la sustanciación y juzgamiento de un proceso penal. A su vez, el artículo 19 de la Convención americana de derechos humanos (CADH)[39], dispone que los niños tienen derecho a una protección especial. Dicha obligación recae sobre la familia, la sociedad y, desde luego, el Estado.

En el mismo sentido, la Convención sobre los derechos del niño (CDN) establece las normas mínimas que aseguren la vida, el bienestar, la protección y la libertad de todo NNA. Para dichos efectos descansa en pilares fundamentales, que revisaremos a continuación.

5.1.1. Interés superior del niño

El primer pilar de protección del NNA lo encontramos en el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3, párrafo 1º, de la Convención sobre los derechos del niño (CDN) que dispone en su numeral 1:

"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El artículo 3º de la Convención sobre los derechos del niño (CDN), por su parte, viene a otorgar al concepto de interés superior del niño una triple manifestación.

En primer lugar, como un derecho sustantivo de consideración primordial, con el cual se puedan sopesar distintos intereses para la toma de decisiones respecto de cuestiones debatidas, y con la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un NNA. Esto constituye una obligación para los Estados, con aplicación inmediata y que puede invocarse ante los tribunales[40].

En un segundo aspecto, debe entenderse el concepto de interés superior del niño como un principio jurídico interpretativo a la hora de buscar el verdadero sentido de cada precepto referido a NNA, de manera que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva este interés superior.

38 Convención sobre los derechos del niño (CDN), de 1990.

39 Artículo 19 CADH: "Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

40 Comité de los derechos del niño, OG Nº 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

El tercer aspecto dice relación con que el interés superior del niño debe ser considerado una norma de procedimiento, esto es, que al momento de adoptar una decisión judicial se debe previamente efectuar una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el(los) niño(s) interesado(s) y consignar los criterios utilizados, lo que debe quedar explicitado en el razonamiento pertinente. En este sentido, reviste un carácter garantista, estableciéndose como un marco límite.

Por último, cabe referir que lo anterior debe ser entendido como un concepto flexible, esto es, que "debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales"[41].

5.1.2. Derecho de opinión y ser oído

El segundo pilar que emana de la Convención sobre los derechos del niño (CDN), establecido en su artículo 12, dispone:

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Como se observa, se consagra el derecho de todo NNA a opinar sobre las cuestiones que le atañen, debiendo para ello ser informado y oído de la forma que lo requiera su nivel de desarrollo, por ser sujetos de derecho.

El ejercicio del derecho de un NNA a ser escuchado "es un elemento fundamental, y el concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la valoración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños"[42].

De esta forma, resulta fundamental el principio al momento de la participación de NNA ante el proceso penal, ya sea como víctima o testigo, al poder manifestar lo que sucede y ser escuchado por quienes tomarán decisiones en el proceso tomando en consideración su vulnerabilidad y la necesidad de prevenir su victimización al momento de hacer efectivo su derecho a ser oído. De igual forma, en lo aplicable al trato digno, que implica considerar sus especiales características y nivel de madurez, con respeto a su integridad física, psíquica y que su participación se realice en un ambiente adecuado.

No obstante, el NNA "tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior"[43].

41 Comité de los derechos del niño, OG Nº 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

42 Comité de los derechos del niño, OG Nº 12 (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado.

43 Comité de los derechos del niño OG N°12, párrafo 16.

Vale decir, corresponde otorgar un rol preponderante a la voluntariedad de la víctima, lo que ha quedado refrendado en fallos de la CIDH frente a apremios dirigidos contra una víctima NNA para obligarla a participar en el proceso penal y la existencia de prácticas revictimizantes[44].

De igual forma, no es posible pretender escuchar a un NNA en un entorno intimidatorio, hostil o inadecuado, siendo de relevancia el contexto y oportunidad en que la víctima NNA preste declaración[45]. En este sentido, se deben tomar en consideración "las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño"[46].

Asimismo, respecto de la intervención en procesos penales, se dispone por el Comité de la CDN que "el derecho del niño víctima y testigo también está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el "interrogatorio", los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, las posibilidades de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación"[47].

Por último, cabe señalar que la palabra del NNA, como titular de derechos, es fundamental en la sustanciación del proceso y, la mayoría de las veces, constituye una prueba conducente y categórica. Por lo que es relevante garantizar, a los efectos de su participación en las distintas fases del proceso, que se reúnan los recaudos mínimos que permitan que el NNA se sienta seguro, entendido y escuchado.

5.1.3. Igualdad y no discriminación

El artículo 2.1. de la Convención sobre los derechos del niño (CND) dispone:

"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

De esta forma, no se permiten distinciones sobre la base de la "raza, el color, el sexo" que afecten el goce de derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño (CDN). El principio de igualdad y no discriminación "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorias y de combatir las prácticas

44 En este sentido, CIDH, Caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua" sentencia 08 marzo de 2018 Serie C N° 350.

45 Comité de los derechos del niño OG N° 12 (2009), párrafos 32 a 34, 40 a 42, 49 y 62 a 64.

46 Comité de los derechos del niño, OG N° 12 (2009), en cuanto esté en condiciones de formar su propio juicio.

47 Comité de los derechos del niño, OG N° 12 (2009), párrafo 64.

discriminatorias"[48]. Para estos efectos, es discriminatoria una distinción, cuando sea considerada carente de justificación objetiva y de razonabilidad[49].

Asimismo, la CIDH ha entendido que "la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndole las condiciones necesarias para que viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismo sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicos que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos"[50].

El acceso a la justicia y la eliminación de todo estereotipo o prácticas de estigmatización que lleven a discriminar a un NNA, es un deber del Estado que no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar o tolerar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo, se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas[51].

5.2. Ámbito normativo nacional

En la CPR no existe un reconocimiento explícito a la infancia como categoría constitucional formal, ni a los derechos del niño, sino más bien su reconocimiento se ha dado progresivamente por medio de dos formas. De un lado, a través de una interpretación dinámica del propio texto constitucional, por el otro, por medio de la progresiva incorporación del derecho internacional de derechos humanos en el derecho interno[52]. A lo que podemos agregar, leyes destinadas a lograr su protección, como por ejemplo, la Ley de entrevista videograbada.

Por medio de esta incorporación progresiva, establecida por medio del artículo 5° de la CPR que establece como límite a la soberanía los derechos fundamentales reconocidos en ella y en los tratados internacionales, se integra la normativa internacional de derechos humanos con la nacional, y para algunos autores reviste el carácter de rango constitucional o supra legal.

No obstante, por tener la calidad de persona y sujeto de derechos, es posible destacar, entre otros, lo dispuesto en el artículo 19 de la CPR, en tanto asegura a todas las personas: 1° el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; 2° la igualdad ante la ley, y 3° la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que en relación a NNA implica disponer de las condiciones necesarias para equipararlos a los adultos.

La Ley Nº21.523, incorporó a nuestro CPP una norma específica tendiente a prevenir la victimización secundaria, del siguiente tenor: **"artículo 109 ter. Deber de prevención de la victimización secundaria.** Las

48 CIDH, OC 18/03.

49 CIDH, OC 17/02.

50 CIDH, OC 24/17.

51 Caso Servellón García y otros vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006.

52 ESPEJO (2017), pp. 12 - 13.

personas e instituciones que intervienen en el proceso penal, en sus etapas de denuncia, investigación y juzgamiento tienen el deber de prevenir la victimización secundaria, esto es, evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir las víctimas con ocasión de su interacción en el proceso penal".

Se incorpora un deber genérico de prevención de la victimización secundaria, con independencia del tipo de víctima y/o delito que se trate. Esta obligación se extiende durante todo el proceso investigativo y las correspondientes instancias judiciales que le sigan, por lo que se debe tener en consideración a la hora de decretar diligencias investigativas que requieran de la participación de la víctima, como por ejemplo, en la toma de declaración de la víctima, reconstitución de escena, o someterse a diligencias de reconocimiento fotográfico, entre otras.

5.2.1. Prueba anticipada para evitar la victimización secundaria

Una de las medidas más innovadoras de la reforma legal introducida por la Ley N°21.523, es la creación de una nueva hipótesis que fundamenta la solicitud del fiscal de rendir declaración anticipada de las víctimas de los delitos establecidos en el catálogo de delitos que se indica, a fin de evitar su victimización secundaria.

"**Artículo 191 ter. Anticipación de prueba con el fin de evitar la victimización secundaria.** El fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba la declaración anticipada de aquellas víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Código Penal, en los artículos 141 inciso final, 150 A, 150 D, 361, 365 bis, 366 incisos primero y segundo, 372 bis, 411 quáter cuando se cometa con fines de explotación sexual y 433 N° 1, cuando se cometa violación, con el fin de evitar victimización secundaria.

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

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

Según el tenor de la norma, no se requeriría de otras fundamentaciones ni antecedentes para solicitar la declaración anticipada de la víctima, que indicar la finalidad de evitar la victimización secundaria. Sin embargo, se sugiere aportar igualmente en la audiencia en que se discuta la solicitud, antecedentes que den cuenta de los efectos negativos que podría traer su participación en juicio oral.

Es preciso señalar que en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de los delitos establecidos en el artículo 1° de la Ley N°21.057, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 16 y siguientes de esa normativa, aplicándose a su respecto el nuevo artículo 191 ter en caso de ser víctimas de los delitos tipificados en los artículos 150 A y 150 D del Código Penal.

Por último, se modifica el inciso segundo del artículo 280, incorporando la finalidad de evitar la victimización secundaria como una más de las situaciones que habilitan a los intervinientes a solicitar la declaración anticipada. "**Artículo 280. Prueba anticipada.** Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.

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

Por su parte, el artículo 191 bis del CPP regula la prueba anticipada de NNA, permite al fiscal solicitar, previo al juicio oral, la recepción de la declaración de NNA víctima de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del CP, en atención a las circunstancias personales y emocionales del NNA. Decretada esta prueba anticipada, las preguntas se le deben efectuar por intermedio del juez de garantía, en una sala especialmente acondicionada y con la citación de todos los intervinientes que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

Por último, dentro de la normativa aplicable, encontramos la Ley Nº 21.057 que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos, las que por su extensión desarrollaremos en los acápites siguientes.

5.2.2. Ley N° 21.057

La Ley N° 21.057[53-54], regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, dispone un nuevo estatuto normativo para la denuncia, investigación y juzgamiento de delitos graves cometidos contra NNA. Por su parte, el Oficio FN N° 892, del 30 de septiembre del 2019, instruye criterios de actuación, para todos los fiscales y abogados del Ministerio Público en relación con esta materia.

a) Entrevista investigativa videograbada "EIV"[55]

La entrevista investigativa videograbada la decreta el fiscal y solo puede ser realizada por un(a) entrevistador(a) que cuente con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En el caso del Ministerio Público, podrán acreditarse como entrevistadores fiscales, abogados asistentes y profesionales de las URAVIT. Igualmente podrán ser entrevistadores abogados de ambas policías y profesionales del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Esta diligencia investigativa solo puede llevarse a cabo en una sala especialmente acondicionada para ello. Por su parte, esta sala debe asegurar la privacidad y seguridad de la víctima, así como también registrar, de manera fidedigna y clara, en audio y video la diligencia. Asimismo, se debe contar con una sala o espacio de observación, para presenciar la entrevista sin intervenir directamente en la diligencia.

Al momento de la realización de la entrevista, estarán presentes en la sala el(la) entrevistador(a) y el NNA, sin embargo, el fiscal podrá autorizar la presencia de un(a) intérprete u otro(a) especialista profesional o técnico(a) idóneo(a) que, únicamente, permita la comunicación del NNA.

53 Publicada en el Diario Oficial el 20 de enero del 2018.

54 Vigencia gradual de la Ley: Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Maule, Aysén y Magallanes el 3 de octubre de 2019; Atacama, Coquimbo, Ñuble, Bio-Bío, Araucanía y Los Ríos el 3 de junio de 2021; Valparaíso, Región Metropolitana, O´Higgins y Los Lagos el 3 de octubre de 2022.

55 Protocolo letra i) del artículo 31 de la Ley N° 21.057.

b) Declaración judicial del NNA[56]

Se efectuará la declaración judicial en una sala especial destinada al efecto y en ella, al momento de su realización, solamente estarán presentes el(la) intermediario(a) y el NNA. Solo en el caso de que el NNA presente algún problema de comunicación, se podrá autorizar la presencia de un(a) intérprete u otro(a) especialista profesional o técnico idóneo(a).

Podrán ser intermediadores los(as) profesionales de las URAVIT; abogados de las policías; los(as) profesionales del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los jueces y abogados del Poder Judicial, todos con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

c) Reproducción del video de la entrevista investigativa videograbada en la audiencia de juicio

"Artículo 18.- Reproducción del video de la entrevista investigativa videograbada en la audiencia de juicio.

Durante el desarrollo de la audiencia de juicio, el tribunal podrá permitir la exhibición del registro de la entrevista investigativa videograbada sólo en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

En el caso de la letra c), toda la confrontación a que hubiere lugar se realizará entre el registro videograbado de la entrevista investigativa y el de la declaración judicial. La exhibición de la entrevista investigativa, cuando fuere autorizada, se realizará una vez concluida la participación del niño, niña o adolescente en la audiencia de juicio, y bajo ninguna circunstancia se autorizará a que se reanude su participación"[57].

56 Protocolo letra i) del artículo 31 de la Ley N° 21.057.

57 Los destacados son nuestros.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA
DEL CASO

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Aproximaciones iniciales

1.1. Intereses a considerar en el litigio estratégico

La recepción de un caso por parte de la Fiscalía supone una enorme responsabilidad frente a la víctima o víctimas del caso y frente a la comunidad que le ha confiado la representación jurídica de los intereses de persecución criminal. Todo ello impone dirigir investigaciones que logren satisfacer altos estándares de excelencia y que deben ser consistentes con las exigencias de los principios de responsabilidad, legalidad y objetividad. Al mismo tiempo resulta fundamental asegurar el mayor respeto de las garantías procesales de todas las personas justiciables y rodear las investigaciones de altos niveles de independencia y autonomía de los restantes poderes del Estado.

Junto a lo anterior es necesario tener en consideración las exigencias institucionales que forman parte de las acciones de un ente central como es la Fiscalía Nacional y que se traducen en instrucciones y protocolos de trabajo para satisfacer una investigación criminal y el sostenimiento de la pretensión penal en juicio conforme a los más altos estándares de profesionalismo en nuestro trabajo.

Algunos autores[58] han sostenido a este respecto que la recepción de un caso criminal y la determinación del camino procesal a seguir suponen considerar entre otros los siguientes aspectos:

1. Intereses públicos que pueden estar asociados al caso, y que en algunos casos se relacionan con criterios o estándares de actuación internos.

2. La voluntad e intereses de la víctima y su disponibilidad para acompañar el caso en todas las instancias.

3. Criterios y estándares institucionales.

4. Posibilidades de buscar soluciones alternativas, dependiendo del caso, condiciones y características del imputado.

5. Calidad de las evidencias y antecedentes disponibles.

6. Probabilidad de éxito en la fase de juicio.

1.2. Foco estratégico referencial en el juicio oral

Sin perjuicio de los elementos enunciados, resulta fundamental determinar uno de los focos centrales en base al cual debieran considerarse y evaluarse el conjunto de las variables anotadas, siendo el mismo el juicio oral.

58 LORENZO (2012), p. 134; BLANCO *et al.* (2021), p. 36.

En efecto, el juicio es o debiera ser considerado uno de los parámetros más valiosos y relevantes a la hora de tomar decisiones estratégicas sobre un caso.

Lo anterior posee como fundamentos los siguientes elementos:

1. El juicio es la promesa que se realiza a todo justiciable, en el sentido que su caso siempre podrá ser dirimido en última instancia ante un tribunal imparcial en un contexto de inmediación, contradicción, publicidad y concentración para conocer y resolver la controversia sostenida por las partes.

2. El juicio es el espacio institucional más exigente para quienes litigan, pues para llegar allí se requiere contar con evidencias que sostengan la acusación y logren sortear con éxito los controles de admisibilidad de prueba que el proceso penal posee.

3. La alta exigencia del juicio está relacionada asimismo con el modo de controlar la información que llega al mismo, siendo cada evidencia sometida a un test de consistencia y confrontación que exige que la prueba propia sea de alta calidad. Por otra parte, y junto a lo anterior, las partes poseen en juicio dispositivos para evaluar y confrontar credibilidad y coherencia de la prueba mediante mecanismos para evidenciar contradicciones o instituciones como la prueba sobre prueba.

4. Otro argumento a favor de establecer el juicio oral como parámetro de referencia para la toma de decisiones estratégicas refiere a su capacidad simbólica de modelamiento de conductas, y su alto nivel de impacto público en el sistema social, por lo que debe siempre evaluarse con razonabilidad y necesidad el llevar la causa hasta esa instancia y asegurar condiciones de realización favorables desde el punto de vista probatorio.

5. Otra consideración relevante dice relación con los mecanismos alternativos de resolución de controversias, pues la pertinencia y justificación de los mismos tiene bordes conectores con el juicio. En efecto, la capacidad de negociación de la Fiscalía depende en gran parte de la calidad de información y evidencias disponibles, razón por la cual se requiere siempre efectuar un juicio de probabilidad o prognosis de resultado del caso en el evento de llevarse el mismo a juicio. En la medida que los antecedentes o pruebas proyectadas en fase de juicio no resultan suficientes, confiables o de calidad, surgen incentivos para pensar en soluciones alternativas al caso, como serían las opciones de no perseverar, solicitar un sobreseimiento, instar por mecanismos negociados de autoinculpación del imputado o bien la aplicación de salidas alternativas. En cualquiera de los casos, uno de los parámetros útiles y fundamentales para fundar la razonabilidad y consistencia de la opción alternativa será precisamente el juicio oral.

6. Un último elemento en este listado refiere a la complejidad que suponen los estándares de valoración de la prueba, pues ellos son ciertamente más complejos y exigentes que la valoración de indicios que realiza un TG para confirmar la legalidad de un control de identidad o los estándares con arreglo a los cuales se determina la concurrencia de los requisitos de una medida cautelar personal. Esa alta exigencia se traduce en la necesidad de producir información que logre alcanzar una convicción más allá de toda duda razonable por parte del TJOP.

7. Estimar que el juicio oral, público y contradictorio, con los citados estándares de valoración es la conclusión del proceso investigativo, por lo que la investigación que la Fiscalía realiza debe estar siempre enfocada a cumplir con los objetivos de acreditación desde las primarias etapas. Esto es, investigar para juzgar.

1.3. Relevancia de los relatos en sede judicial

Un tercer elemento que resulta útil de destacar como variable introductoria refiere a la relevancia que poseen los relatos y argumentaciones de las partes en las distintas instancias procesales, a lo que se unen, por cierto, los respaldos en antecedentes o evidencias de los hechos que se presentan como base fundante de los mismos y la capacidad de los litigantes de relacionar tales hechos con las demandas o exigencias normativas.

Lo anterior es la base del debate en los sistemas orales y adversariales como el proceso penal chileno, pues los mismos se construyen sobre la base de audiencias orales que se desarrollan en contextos de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En ello radica la necesidad de llevar a todas las audiencias la información necesaria y de calidad para sostener las pretensiones penales y procesales, desarrollar las capacidades para exponer y argumentar oralmente en base a la información disponible, confrontar los argumentos del adversario, entregar versiones y relatos que sean capaces de soportar y cumplir las exigencias normativas y legales que derivan de la teoría jurídica que se pretende transmitir, y articular los mensajes de modo que los mismos sean comprensibles para terceros imparciales y al mismo tiempo creíbles y suficientes.

La relevancia a que aluden los relatos en sede judicial es trascendental, pues el registro de las audiencias judiciales, sus alegaciones y declaraciones previas, pueden ser útiles en forma directa o indirecta para el juicio oral. En forma directa, se puede utilizar la declaración del imputado en sede de garantía para efectos del contrainterrogatorio y, de modo indirecto se pueden emplear, por ejemplo, la carencia de alegaciones sobre ilegalidad de la detención o exclusión de pruebas, en la audiencia de preparación de juicio oral.

Lo anterior es la base fundante de la relevancia que se le atribuye en los sistemas acusatorios y de fuerte raigambre adversarial a la denominada teoría del caso que pasaremos a revisar con detalle en los siguientes apartados.

1.4. Intervención de los hechos por parte de la Fiscalía

Un cuarto elemento y final de estas consideraciones iniciales refiere a la relevancia que posee para la Fiscalía el análisis y verificación de los hechos que se presentan durante el curso de las investigaciones criminales y su capacidad de evaluarlos con rigurosidad, objetividad y responsabilidad. Lo anterior importa deberes de registro, respeto al principio de congruencia, de debido acceso a la información de la carpeta investigativa al resto de los intervinientes –salvo las excepciones legales justificadas– y de transitar y conducir investigaciones evitando las denominadas visiones de túnel. Siempre teniendo presente el respeto al principio de legalidad y a las instrucciones internas y generales del Ministerio Público.

Pero junto a lo anterior debe señalarse que la Fiscalía tiene el deber de representar los intereses de la comunidad en la persecución del delito, que muchas veces serán además coincidentes con los intereses de las víctimas. Ello supone a su turno presentar los planteamientos que permitan fundar y justificar las alegaciones que la Fiscalía realiza en audiencia frente a los tribunales de garantía y de juicio oral. Esta última acción supone siempre la realización de una actividad denominada "intervención de los hechos por parte de la Fiscalía". En efecto, no se llevan todos los hechos indagados o todos los antecedentes con los que se cuenta. La Fiscalía debe analizar aquellos hechos o porciones de información relevantes que le sean útiles de cara a la solicitud que efectuará en sede judicial y que puede estar referida a la justificación de un control de identidad, flagrancia, medida cautelar o bien la justificación de la existencia de un determinado delito y participación del acusado en fase de juicio. En todo caso, la Fiscalía ejerce la acción penal más allá del interés de la víctima, la que debe ser escuchada, pero no determina el accionar penal, incluso –en ocasiones–, en pos de la persecución penal objetiva, debe ir contra los intereses particulares de los afectados por el delito (por ejemplo, delitos patrimoniales en que ya fue resarcida la víctima, delitos de violencia intrafamiliar con víctima retractada, etc.).

En todas estas acciones la Fiscalía debe analizar el conjunto de hechos conocidos y los antecedentes o pruebas que le sirven de respaldo, desechando o descartando otros diferentes, que no le resultan útiles, pertinentes o bien resultan poco confiables y contradictorios. Lo anterior no significa por cierto la destrucción o falta de acceso a tales hechos y antecedentes descartados por parte del resto de los intervinientes, solo significa que la Fiscalía, en uso de sus legítimas atribuciones, ha realizado una intervención del conjunto de los hechos y antecedentes o pruebas disponibles y ha resuelto utilizar porciones acotadas de los mismos.

Esta acción es la que se realiza frente al parte o antecedentes policiales, o frente a la información proporcionada por los declarantes o los peritajes desarrollados.

Lo que justifica las acciones descritas anteriormente se relaciona con la idea que la Fiscalía, luego de analizar los hechos y antecedentes disponibles, toma decisiones estratégicas sobre los mismos, arriba a convicciones y determinaciones y opta por un determinado camino procesal, penal y estratégico que supone y requiere solo algunos de los hechos encontrados, identificados y analizados, al igual que solo algunos de los antecedentes y evidencias que les sirven de respaldo. En efecto, la Fiscalía tiene el deber de registro de todos los antecedentes de la investigación, incluyendo a aquellos que han sido acompañados por la defensa en el proceso, pero –asimismo– tiene la facultad y el deber estratégico de optar por cual de aquellos presentará a juicio.

2. Teoría del caso como elemento metodológico

El litigio en el sistema procesal penal acusatorio supone contar, por parte de la Fiscalía, con una estrategia sobre el curso de la investigación que se seguirá y que se desea llevar a las distintas audiencias de la fase de investigación, la fase intermedia y la fase de juicio oral. Desde luego ello es aplicable a las fases recursivas y a la fase de ejecución.

En otras palabras, no es posible desarrollar adecuadamente el trabajo de persecución criminal sin contar con una matriz conductora y articuladora con elementos de apoyo y una metodología que permita ordenar los distintos elementos del litigio estratégico.

Dentro de los elementos centrales que es posible identificar en el litigio encontramos lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio. Es decir, ***la investigación criminal supone conocer los hechos centrales del caso, las variables normativo-jurídicas a los que se asocian tales hechos y las evidencias que respaldan los presupuestos fácticos.*** Esta es la razón por la cual se requiere contar con una metodología y dispositivos que permitan y faciliten el orden de este conjunto de elementos.

La teoría del caso viene, entonces, a representar, por una parte, el método que el litigante debe emplear para ordenar, sistematizar y relacionar información, de modo de facilitar la conducción de las investigaciones, por otra parte, y al mismo tiempo, ser la base para ordenar las presentaciones en las distintas audiencias del proceso penal.

Lo anterior resulta a todas luces evidente, pues todo debate en sede judicial supone peticiones que la Fiscalía realiza, argumentaciones que desarrolla o contraargumentaciones para repeler las pretensiones de la parte contraria. En todas estas acciones existe una base material o de hechos que denominaremos la **teoría fáctica**, una base normativa y jurídica en la que se apoya y relaciona la base fáctica que denominaremos **teoría jurídica** y un elemento de apoyo y sustento a la base material o fáctica que denominaremos **teoría probatoria**.

La conjunción y relación entre hechos-derecho-prueba es el nudo crítico de todo ordenamiento estratégico para el litigante, pues cada debate supone explicitar variables fácticas como base de los relatos que se articulan en las audiencias, la relación de tales hechos con las variables normativas donde pueden ser subsumidos los hechos y las evidencias que respaldan la existencia de los hechos invocados.

A modo de ejemplo puede indicarse que, si se pretende convencer al tribunal sobre la existencia de violencia como elemento jurídico, se debe verificar, por ejemplo, si existen lesiones que presente la víctima y que habrían sido ocasionadas por un determinado agresor, existiendo, asimismo, pruebas de respaldo de tales lesiones. Para ello, se debe en primer lugar identificar el hecho o base material, esto es, la existencia de hematomas (o elementos similares) en un determinado lugar del cuerpo de la víctima. Igualmente se requiere la vinculación objetiva de dichas lesiones con el actuar del acusado, que establezca su participación en el hecho. Además de lo anterior, se requiere de una o más evidencias que den cuenta de la existencia de tales hechos (hematomas, escoriaciones o similares) y posteriormente establecer que los hechos acreditados por las evidencias incorporadas corresponden normativamente a la violencia regulada en la legislación penal en una determinada norma. Este último proceso podemos denominarlo ejercicio de subsunción de los hechos en las normas, de modo que el hecho invocado pueda dar cuenta y satisfacer la exigencia normativa.

Desde luego puede añadirse que, para satisfacer la exigencia normativa, será necesario en la mayoría de los casos incorporar varios hechos que permitan de este modo arribar a la exigencia normativa específica, lo que implicará al mismo tiempo la existencia de varias evidencias que permitan sustentar el hecho en debate.

Veamos lo señalado en el siguiente gráfico:

Elementos jurídicos	Elementos fácticos	Elementos probatorios
1.- Violencia.	1. Andrea presenta hematomas en la espalda.	1. Declaración de la víctima; fotografías; declaración del perito.
	2. Andrea presenta escoriaciones en la mama derecha.	2. Declaración de la víctima; declaración del policía que pudo observar las lesiones al llegar al sitio del suceso; fotografías.
	3. Andrea presenta escoriaciones en la zona vulvar.	3. Declaración del perito; fotografías; declaración de la víctima.

De lo que se trata al observar el gráfico anterior es que el elemento jurídico, esto es, la violencia, pueda ser relacionado con hechos que la contienen, de modo que la incorporación de los hechos por parte del litigante permita realizar el ejercicio de subsunción de tales hechos en la teoría jurídica. A su turno, los hechos descritos deben poder ser acreditados a través de una o más evidencias que los respalden (teoría probatoria).

Este ejercicio inicial debe repetirse para cada elemento normativo, identificando los hechos en los que reposa y las evidencias que sostienen cada hecho.

Como es posible advertir, *la teoría del caso es en parte significativa un método de ordenamiento de información*, correlacionando las variables jurídicas, fácticas y probatorias. Ello es útil en el curso de las investigaciones criminales pues permiten ir identificando, ordenando y dando sentido a los hechos, estableciendo al mismo tiempo la relevancia jurídica de cada hecho e identificando la(s) evidencia(s) que debe(n) estar disponible(s) para acreditar el hecho en cuestión.

Este modo de ordenar la información permite dar mayor claridad a las investigaciones, pues en cada momento se puede observar el material recopilado, la relevancia jurídica del mismo y los medios de prueba con los que se cuenta. De este modo se pueden ir orientando y focalizando las pesquisas criminales en aquellas áreas donde falte información o hechos y las evidencias correlativas y guiar asimismo la labor de la investigación policial.

Una teoría del caso es trascendente para el inicio de la investigación, es una carta de navegación, pero esta carta no es inamovible o intransable , pues toda investigación es susceptible de descubrimientos o cambios que puedan –durante ese desarrollo– cambiar el sustento fáctico de la misma o, de otra forma, reforzarlo. Si la teoría del caso es fuerte y bien fundada, podrá incluso salvar escollos probatorios que –de no ser así– la podrían hacer caer. A modo meramente ejemplar, en una investigación por tráfico de drogas, que cuente con un peritaje a las sustancias químicas, el que arroja como resultado que solamente parte de las especies incautadas son droga y que otras no lo son. Por ello, solo las primeras estarán sujetas a la Ley Nº 20.000, y las restantes no. Debiendo actualizarse el componente fáctico de le teoría del caso a esta nueva realidad que, si bien existe droga, esta es menor a la que originariamente se indicó.

3. Teoría del caso como elemento estratégico

Además de la utilidad que presta la teoría del caso como elemento metodológico y de ordenamiento y sistematización de información, podemos identificar una segunda función central de la teoría del caso, cual es, el dotar de sentido al conjunto de variables fácticas, jurídicas y probatorias que se identifican en una determinada investigación y proporcionar una guía o relato estratégico y conductor que permite entender y explicar lo que ocurrió desde la perspectiva del litigante.

En otras palabras, la teoría del caso se constituye en la base material para integrar los elementos jurídicos, fácticos y probatorios para dar cuenta de la explicación que sostiene el litigante sobre la existencia de los hechos que invoca y que a su turno dan cuenta de una teoría jurídica determinada como sería una violación, un robo con violencia o un homicidio calificado.

De este modo la teoría del caso se constituye en el foco o prisma estratégico a partir del cual se integran elementos y se construye una explicación de los mismos.

Este foco resulta valioso pues en el litigio estratégico y en cada audiencia judicial en particular se pueden observar relatos explicativos en competencia que intentan ser presentados ante los tribunales como la explicación de lo que ocurrió y que justifican, a su turno, las peticiones que las partes realizan a los tribunales.

Este modo de entender la teoría del caso es central, pues se constituye en la línea matriz explicativa de los hechos desde la perspectiva de parte y permite ir dando sentido a los hechos, las evidencias y el derecho en un todo coherente y persuasivo.

Los relatos cumplen entonces un rol pedagógico para terceros (tribunales), a los que les permite entender los hechos que son presentados por la Fiscalía, sin haber sido parte de las investigaciones y descubrir en ellos los nudos críticos de lo ocurrido.

Este foco es lo que denominamos la teoría del caso de la Fiscalía, o relato conductor, y tiene como ventaja ofrecer un prisma, un lente u óptica que resulta útil a terceros para acceder a información y al mismo tiempo darle un sentido y explicación a la misma.

3.1. Relatos en el litigio estratégico

El litigio estratégico no consiste únicamente en un conjunto ordenado y mecánico de hechos, derecho y prueba, supone, tal como hemos dicho, un relato conductor que permite dar sentido, coherencia, consistencia y credibilidad a los hechos que se pretenden usar como base de las argumentaciones.

Sin un relato conductor y coherente de los hechos que se exponen por la parte, sería imposible o difícil intentar persuadir al tribunal sobre la razonabilidad, consistencia y verosimilitud de nuestras peticiones. Los hechos aislados no pueden ser entendidos a menos que el destinatario del mensaje pueda ver en forma ordenada y coherente el conjunto de los hechos que dan cuenta de una determinada historia, de modo de explicar quiénes participan en la misma, de qué modo, sus interacciones y motivaciones, lugar, contextos,

etc. En otras palabras, **se requiere que la historia presentada como teoría del caso pueda responder a las interrogantes de quién, cómo, cuándo, dónde, por qué, etc. De esta forma, opera como una guía explicativa para un tercero que no conoce los hechos ni ha participado de las investigaciones.**

Asimismo, **resulta relevante resaltar que la existencia de este relato cumple asimismo el rol de desacreditar el posible relato alternativo que pueda presentar la contraparte**, relevando de este modo las virtudes de consistencia y credibilidad del relato propio y la falta de las mismas en el relato del oponente.

Resulta evidente, pero es necesario recordar en todo momento, que el juez no conoce la base material de las alegaciones de la Fiscalía, por lo que el trabajo de persuasión tiene como punto de inicio el conocimiento base de los hechos sobre los cuales se desea arrancar una determinada decisión del tribunal. Además de la comprensión, se requiere que el relato resulte persuasivo y creíble, motivo por el cual se deberán añadir al mismo aquellos elementos que mejoran o aumentan su capacidad de ser aceptado como posible y la base de la decisión del respectivo tribunal.

Sumando las orientaciones y características del relato de teoría del caso, podemos decir que el mismo debe ser único, simple, verosímil, autosuficiente y capaz de integrar todos los elementos jurídicos penalmente relevantes. Volveremos con el análisis de estas características en apartados siguientes.

4. Concepto de teoría del caso

A partir de los elementos que hemos entregado en los apartados anteriores podemos ensayar y revisar algunas definiciones sobre lo que se denomina teoría del caso.

De esta forma encontramos la concepción que ofrece Thomas Mauet, para quien la teoría del caso es aquella "simple, lógica y persuasiva historia sobre lo que realmente sucedió, desde nuestro propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con nuestra propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo"[59].

Otra definición, de los autores Blanco, Decap, Moreno y Rojas señala que la teoría del caso es "una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica"[60]. Estos mismos autores, presentan una nueva definición que recoge y enfatiza de mejor manera las variables estratégicas y metodológicas subyacentes a una teoría del caso señalando lo siguiente: "La Teoría del Caso es una metodología de trabajo orientada a la toma de decisiones estratégicas en un litigio. La entendemos como un conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirá determinar la versión fáctica que sostendrá ante un Tribunal, su sustento normativo y probatorio, para decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarla ante un Tribunal, persuasivamente,

59 MAUET (2007), p. 491.

60 BLANCO *et al.* (2005), p. 18.

mediante argumentaciones y evidencias que la acrediten, con el propósito de obtener las consecuencias jurídicas que se correspondan con ella, sea en una audiencia de la etapa investigativa o en un juicio oral"[61].

Como es posible observar, las definiciones hacen énfasis en la idea de teoría del caso como un relato guía, basado en hechos determinados y seleccionados que permiten explicar lo sucedido desde la óptica de parte y que permite dar cuenta de una determinada teoría jurídica. Asimismo, es posible observar que la teoría del caso supone que el relato escogido sea posible de anclar en las evidencias disponibles de la parte, y que serán empleadas como sustento de las variables fácticas.

Asimismo, las definiciones insisten en las dos variables centrales de la teoría del caso como método de recopilación y ordenamiento de información y como estrategia a desplegar en las distintas fases del proceso penal y las audiencias judiciales.

Ahora bien, hemos llegado a estos conceptos a propósito de lo que ocurre al interior del proceso penal, en que los abogados suelen entregar toda la información posible que sostenga su hipótesis y el TG, en primer lugar, filtra esta información permitiendo que solamente ingrese al conocimiento del TJOP una parte limitada de acuerdo a los requisitos de admisión de prueba, y en segundo lugar, se limita la cantidad de información que se pretende ingresar al juicio por el control de la contraparte al momento del debate sobre exclusión de prueba. Cada litigante representará al tribunal la manera en cómo ocurrieron los hechos, y paralelamente, debilitará la hipótesis de la contraria.

5. Fases del proceso, audiencias y teoría del caso

Como es posible desprender de las aproximaciones y definiciones iniciales, la investigación que conduce la Fiscalía supone desde un inicio recibir información y ordenarla, y luego construir una o varias hipótesis plausibles de lo ocurrido, que naturalmente puede(n) ir mutando o ajustando según los datos y antecedentes que la propia investigación vaya arrojando.

Dicha hipótesis inicial permite guiar las pesquisas e investigaciones y dotar de sentido a las solicitudes, actividades, y líneas de trabajo que se seguirán. En otras palabras, ***desde el inicio de una investigación se requiere contar con una teoría del caso o versión de los hechos*** para desplegar un método y estrategia ordenadora que permita ir evaluando y procesando los datos que se logren obtener. Debe ser autosuficiente, en base a la prueba existente en cada momento del proceso investigativo.

Dicho lo anterior parece obvio, entonces, que la teoría del caso es la guía, relato y explicación que la Fiscalía entrega en cada audiencia judicial. De esta forma se requiere contar con una versión intencionada o teoría del caso en la audiencia de control de detención, en la audiencia de formalización, en la audiencia de preparación del juicio oral y, ciertamente, en la audiencia de juicio oral.

61 BLANCO *et al.* (2021), p. 18.

5.1. Audiencia de control de detención

En esta audiencia el relato, versión estratégica o teoría del caso, estará al servicio de la necesaria acreditación de la hipótesis de flagrancia que se invoque[62], o del relato de detención mediante orden judicial o bien la hipótesis de control de identidad y los indicios necesarios[63], seguido de una situación de flagrancia. En el relato deberán incorporarse, asimismo, las acciones que den cuenta de la lectura de derechos y trato físico y sicológico de la persona imputada y tiempo transcurrido desde la detención hasta la puesta a disposición de la persona detenida ante el TG.

Es importante resaltar que la teoría del caso, en esta etapa, no es inamovible, porque de lo contrario, privaría de importancia a la investigación que la Fiscalía realiza. Sí, y en todo caso, debe ser fundada en base a los antecedentes con los que se cuenta hasta ese control inicial.

5.2. Audiencia de formalización de la investigación

En esta etapa la teoría del caso será usada para dotar de sentido a los hechos de la imputación que la Fiscalía realizará en la audiencia y, asimismo, al relato que acompañará la solicitud de medidas cautelares personales, pues las mismas suponen acreditar tres variables normativas centrales, cuales son, la existencia del delito, presunciones fundadas de participación y la hipótesis de necesidad de cautela invocada. Para cada elemento jurídico se requerirá acompañar elementos fácticos que puedan ser subsumidos en las reglas y posteriormente apoyar con antecedentes específicos cada hecho o dato fáctico.

En síntesis, se vuelve a producir la tríada teoría jurídica, teoría fáctica, teoría probatoria[64].

Como vemos, esta teoría está más avanzada que la de control de detención, pues ya debe contarse con un sustrato fáctico y jurídico superior en contenido al citado.

5.3. Audiencia de preparación del juicio

Aquí la teoría del caso tendrá utilidad como base fáctica del escrito de acusación[65] y fundamentalmente para explicar la pertinencia de las pruebas que se presentan y que sean controvertidas por la contraparte.

62 En este relato será fundamental incorporar como variables fácticas la hora del ilícito, la hora en la que se informa la policía del mismo y la hora en que se produce la detención.

63 En este punto el relato deberá contener la información de contexto con la que contaba la policía para determinar la consistencia y suficiencia de los indicios invocados.

64 La teoría del caso comprende tres componentes básicos: hechos, derecho y prueba. La teoría del caso puede estar orientada a ilustrar la actuación del litigante en las audiencias preliminares y en el juicio oral. MORENO (2012), p. 15.

65 En este punto es útil resaltar que el escrito de acusación debe contener los requisitos exigidos por el CPP y satisfacer el principio de congruencia en relación a los hechos materia de la imputación. Sin embargo, no resulta necesario, o incluso conveniente, incorporar la teoría del caso en forma explícita o detallada, salvo en cuanto sea útil o necesaria para evitar exclusiones de prueba por impertinencia o sobreabundancia.

Este es un punto relevante pues muchas veces el escrito de acusación resulta acotado en relación a los hechos y circunscrito a aquello que resulta esencial para satisfacer las exigencias normativas y de principio, sin embargo, en el desarrollo de la audiencia se pueden producir debates de exclusión de prueba que impliquen riesgos para las pretensiones probatorias de la Fiscalía, razón por la cual es útil y pertinente echar mano a la teoría del caso subyacente a la acusación para acreditar ante el tribunal, el que las evidencias que se están presentando son necesarias para acreditar la versión de los hechos o teoría del caso de la Fiscalía y, por tanto, no resultan impertinentes o sobreabundantes.

Necesario es destacar la importancia del conocimiento de la teoría del caso en esta etapa, porque la audiencia de preparación de juicio oral corresponde al "filtro de legalidad y pertinencia de la prueba", ergo una adecuada fundamentación y vinculación de cada medio ofrecido con dicha teoría, es esencial para salvar debates de exclusión, sea por impertinencia o ilegalidad.

Si la defensa presenta prueba de descargo, deberá exponer o adelantar su teoría del caso en la audiencia de preparación de juicio oral, toda vez que solo de esa forma se podrá establecer su pertinencia o vinculación con la misma. En sentido concordante, deberá exponer en dicha audiencia las excepciones de previo y especial pronunciamiento que estime pertinentes, toda vez que –salvas las excepciones de las letras c) y e) del artículo 264 del CPP– es la última oportunidad para deducirlas, de lo contrario su derecho precluye.

5.4. Audiencia de juicio oral

En esta etapa la teoría del caso es fundamental, y corresponde exponerla con ocasión del alegato de apertura, de modo de facilitar la comprensión del tribunal de los hechos y pruebas que se presentarán a lo largo de su desarrollo, permitiendo dar coherencia y credibilidad a la versión que se presenta ante este tribunal.

La defensa puede tener o no una postura sobre la ocurrencia de los hechos, eso no quiere decir que carezca de teoría del caso, simplemente que su estrategia es que la Fiscalía o querellante no tendrán elementos propios para su acreditación, siendo una estrategia pasiva.

5.5. Forma definitiva de la teoría del caso y oportunidad procesal

Como hemos señalado, se requiere contar con una teoría del caso que logre auxiliar y apoyar la litigación, argumentaciones y solicitudes de la Fiscalía en cada audiencia judicial, y, asimismo, hemos explicitado que la teoría del caso inicial puede ir modificándose a lo largo de la investigación, dependiendo de la información y antecedentes que se recopilen. Sin embargo, existe un momento procesal en el que la Fiscalía requiere contar una teoría del caso definitiva y que no debiera sufrir alteraciones o modificaciones. Ese momento procesal corresponde al cierre de la investigación y posterior presentación del escrito de acusación. Tal como se adelantó, la Fiscalía al acusar toma una postura determinada sobre la prueba recabada en la investigación y puede desechar medios que no tengan trascendencia o vinculación con su lógica persecutoria.

La explicación de ello reside en el hecho que el cierre de la investigación supone tener claridad sobre lo que se recopiló y la utilidad y suficiencia para determinar los pasos procesales a seguir y en especial de la presentación del escrito de acusación. Ello se relaciona asimismo con la necesidad de contar en la carpeta de investigación de la Fiscalía con los antecedentes que justificarán las solicitudes de incorporación de prueba en la fase de preparación de juicio. En síntesis, no es posible cerrar una investigación para posteriormente presentar acusación sin tener la versión definitiva de la teoría del caso que se presentará en fase de juicio.

A modo de ejemplo de esta lógica, en la audiencia de preparación de juicio oral, la Fiscalía –a diferencia de la defensa– no tiene que exponer su teoría del caso, pues –se entiende– que la acusación es la manifestación de la misma, solo tiene que justificar la concordancia de dichos medios con la acusación y la legalidad de tales.

6. Características de la teoría del caso como relato estratégico

Ya hemos señalado que la teoría del caso cumple un rol explicativo y pedagógico para los tribunales, pues les permite entender y conocer la versión que presenta la Fiscalía sobre los hechos del caso en cada fase procesal. Ahora bien, para que ese relato cumpla a cabalidad los objetivos que hemos descrito se requiere que logre satisfacer simultáneamente varios requisitos entre los que merecen especial mención los siguientes:

1. Única
2. Simple
3. Verosímil
4. Autosuficiente
5. Jurídico-penalmente relevante y suficiente

6.1. Teoría del caso única

Para que la teoría del caso resulte útil y creíble es requisito el que sea única, es decir, ***un relato que no admite versiones subsidiarias o alternativas.*** Ello parece de toda lógica, pues no resulta imaginable que la Fiscalía presente ante los tribunales dos versiones posibles de un mismo suceso. Ello es lógica y estratégicamente imposible e inaceptable. Lo señalado no obsta, tal como lo indicamos en apartados precedentes, que al inicio o en el curso de una investigación se cuente con más de una hipótesis de trabajo o se vayan modificando y complementando las hipótesis iniciales. Sin embargo, cuando se presenta el momento de definir la última versión de la teoría del caso –antes del cierre de la investigación– es necesario que la teoría del caso con la que se cuente tenga el carácter de única. Lo señalado resulta auto-explicativo tratándose de versiones alternativas y compromete la credibilidad del caso cuando se recurre a versiones subsidiarias.

6.2. Teoría del caso simple

La teoría del caso debe reunir, además, la característica de ser simple. ***Ello supone que el relato articulador de los hechos pueda ser comprendido por el tribunal sin dificultades, lo que obliga a realizar un esfuerzo de síntesis de lo más relevante,*** tanto desde el punto de vista fáctico como desde el punto de vista jurídico, pues ello contribuye al ejercicio de subsunción de los hechos en la norma jurídica pertinente[66].

Por otra parte, la simpleza del relato en sede de juicio oral permite que, en la fase de discurso de apertura, se pueda entregar al tribunal una versión que cumpla simultáneamente los roles de ser explicativa y guía de la prueba que luego se presentará durante el juicio y permita entender los elementos fácticos más relevantes. Ello se constituye en una guía útil para luego comprender las preguntas que la Fiscalía realiza a los testigos y peritos y su respectiva pertinencia.

Conviene realizar acá una breve detención para resaltar el rol estratégico que cumple el alegato de apertura en juicio a propósito de la teoría del caso, pues ese es precisamente el momento en que el litigante debe realizar un esfuerzo para proporcionar la versión de los hechos que intentará probar. Dicha versión debe ser posible de entender y retener por parte del tribunal, de modo que sirva como guía o parámetro explicativo para la posterior presentación e incorporación de la prueba en el juicio.

Una teoría del caso que permita cumplir tales objetivos estratégicos debe ser simple en cuanto a su capacidad de incorporar los componentes centrales y críticos de los hechos que deberán ser valorados por el tribunal, lo que supone apelar a un poder de síntesis del litigante. A lo anterior podemos agregar aun, la necesidad de apoyarse en relatos cronológicos que en ocasiones auxilian la simpleza de las explicaciones y finalmente al uso de principios como el de primacía y lo más reciente, que impone la obligación de elegir las partes más relevantes del relato al inicio y al final de la presentación[67] para clarificar y simplificar la retención del relato del litigante.

6.3. Teoría del caso creíble

Otra característica que debe reunir la teoría del caso refiere a la idea de credibilidad, es decir, que ***el tribunal, aun antes de recibir los antecedentes o la prueba de los hechos, no solo logre entender y retener la versión proporcionada, sino que además la perciba como posible y verosímil.*** Esto es lo que algunos autores denominan credibilidad en abstracto[68].

En efecto, resulta esencial que el relato que contiene la teoría del caso sea presentado de un modo que pueda traspasar distintas capas de escrutinio por el tribunal. La primera capa de escrutinio o análisis básico que el relato debe ser capaz de satisfacer es la de ser percibido por el tribunal como una versión posible[69], razonable, plausible. Es lo que podríamos denominar asimilación y aceptación inicial. Además de plausible,

66 BLANCO *et al.* (2021), p. 30.

67 FONTANET (2010), p. 45.

68 MORENO (2012), p. 36; PABÓN GÓMEZ (2019), pp. 78 y ss.

69 PABÓN GÓMEZ (2019), pp. 78 y ss.

y apelando a una segunda capa de credibilidad, aparece la necesidad de que el relato no solo sea posible o percibido como razonable, sino que logre conectar específicamente con las reglas valorativas que el tribunal debe usar y aplicar al momento de evaluar las evidencias, esto es, ***las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.***

Los elementos de credibilidad enunciados deben encontrar posteriormente en la fase de incorporación de la evidencia, los apoyos necesarios cuando el litigante presente la prueba, más específicamente, la prueba de testigos y peritos, y en que resalte la información de credibilidad de tales evidencias.

Otra variable a considerar para resaltar la credibilidad del relato que el litigante presente en el alegato de apertura refiere al uso de la cronología como base de apoyo. Ello permite en ocasiones dotar de mayor simpleza la exposición o relato y al mismo tiempo fundamentar la verosimilitud del mismo.

6.4. Teoría del caso autosuficiente

Una tercera característica que debe reunir la teoría del caso está referida a la necesidad de autosuficiencia fáctica, es decir, que el relato articulador de los hechos posea la capacidad de entender, comprender y explicar todos los hechos relevantes del caso y se cuente con los antecedentes o evidencias necesarias para respaldarlos. Dicho en palabras más sencillas, ***de lo que se trata es que la versión de teoría del caso que el litigante presente pueda ser comprobada por los datos disponibles y antecedentes de respaldo en la fase de investigación y con las pruebas en la fase de juicio. Asimismo, se requiere no dejar cabos sueltos relevantes que no resulten posibles de explicar a partir de la versión de los hechos que se presenta.*** En síntesis, se trata de que cada parte de los sucesos, las personas que intervienen, sus motivaciones, decisiones, acciones, los lugares donde ocurren y los efectos ocasionados puedan ser entendidos y aceptados desde la óptica de teoría del caso que el litigante presenta.

Este es uno de los elementos centrales y más complejos de la teoría del caso, pues requiere en primer lugar optar por la versión definitiva que se presentará en fase de juicio y una exhaustiva revisión de la forma en que tal versión final es capaz de integrar todos los elementos fácticos centrales de los hechos. Debe agregarse que la aparición de un suceso que no resulta posible de explicar desde la óptica de la teoría del caso del litigante impacta fuertemente en su credibilidad y posee costos asociados a los estándares de convicción que el tribunal requiere, con especial mención a la duda razonable. Lo anterior impone a la Fiscalía un especial deber de cuidado en las investigaciones que realiza de modo de chequear y re chequear los datos y antecedentes existentes antes de construir y presentar la teoría del caso definitiva.

Otro aspecto que debe ser expuesto a propósito del punto de autosuficiencia que estamos tratando refiere a la necesidad de prestar atención a los hechos que confrontan la versión de la teoría del caso y que serán potencialmente presentados por la contraparte. Este punto refuerza la revisión de autosuficiencia y su criticidad, exigiendo que la Fiscalía realice esfuerzos por conocer la teoría del caso de la parte contraria y esté en condiciones de evaluar los hechos dañinos o malos[70] y al mismo tiempo pueda repelerlos y entregar una explicación sobre su falta de suficiencia o credibilidad. Ello, por cierto, será un foco de trabajo asociado

70 BLANCO *et al.* (2021), p. 31.

al contraexamen, pero en relación a la teoría del caso es relevante preocuparse por la necesidad de que ella no se vea debilitada por la versión alternativa, razón por la cual es necesario construirla de modo que resista los embates de la contraparte o las dudas del tribunal.

Precisamente, al ser autosuficiente no puede depender del relato del acusado, aunque este haya mostrado una actitud colaborativa con la Fiscalía durante la investigación. Queda de manifiesto este requisito de la autosuficiencia en orden legal, con lo previsto por la norma del artículo 340 del CPP[71].

En síntesis, la autosuficiencia requiere considerar los siguientes elementos:

1. Los hechos propios y las evidencias propias de respaldo de los mismos para presentar y respaldar la versión propia.

2. Ausencia de cabos sueltos –hechos no explicados– en la versión de teoría del caso presentada.

3. Determinar los hechos y evidencias de la parte contraria que pueden dañar la autosuficiencia de la teoría del caso propia y el modo de repelerlos.

6.5. Teoría del caso dotada de suficiencia jurídica

Una última característica que debe reunir necesariamente la teoría del caso, ***refiere a la necesidad de dar cuenta de todos y cada uno de los elementos de la teoría jurídica***, esto es, ser capaz de integrar en la versión de los hechos que entrega el litigante cada variable normativa importante. Ello por cierto abarca los elementos del tipo penal invocado, y las reglas para determinar la culpabilidad del acusado, además de las circunstancias agravantes y, por razones basadas en el principio de objetividad, las atenuantes del caso.

En este punto de la teoría del caso resulta relevante revisar los aspectos normativos de la conducta o conductas materia de la imputación o acusación, así como las variables dogmáticas o doctrinarias que militen a favor de la figura jurídica invocada, así como la jurisprudencia pertinente que auxilie la interpretación sostenida por el litigante frente a la regla penal invocada.

7. Análisis de la teoría del caso desde la perspectiva de la defensa

Ahora bien, la elección del tipo de defensa tendrá directa relación con la teoría del caso de la Fiscalía, así, distinguimos al menos dos criterios que nos permiten clasificar las estrategias en la defensa.

71 Artículo 340 del CPP: Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.
El tribunal formará s u convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.
No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

7.1. Criterios de clasificación de la teoría del caso de la defensa

7.1.2. Pasiva, o negativa, y activa, o positiva

El primero de ellos es ***según si la defensa impone o no la obligación de generar una versión de hechos distinta a la sostenida por la Fiscalía en su imputación,*** pudiendo ser:

a) Pasiva o negativa

La experiencia ha demostrado que en un número no despreciable de casos, el defensor –conjuntamente con el imputado–, lo que harán al determinar su estrategia para enfrentar el proceso será ampararse fundamentalmente en la presunción de inocencia y en que la carga de la prueba recae sobre la Fiscalía, de manera tal que su labor será, fundamentalmente, atacar aquellos puntos débiles de la teoría del caso del Ministerio Público, con la finalidad de introducir en el juzgador la duda razonable respecto de la versión de hechos de la Fiscalía que lo lleve a absolver. En otras ocasiones, la defensa no discutirá el sustrato fáctico del caso, sino las consecuencias jurídicas que de esos hechos se desprenden, proponiendo que en el caso en concreto las consecuencias jurídicas planteadas por la Fiscalía al tribunal no son las correctas[72].

Las situaciones descritas anteriormente corresponden a una defensa pasiva, en que el defensor no realiza un esquema de hipótesis, sino que trabaja sobre el realizado por la Fiscalía o contraparte, estudiándolo detalladamente y buscando las incoherencias y falencias que permitan debilitar la acusación fiscal. En palabras de Traversi, la defensa se limitará a negar los cargos, objetando la credibilidad de las pruebas de cargo o la coherencia lógica del teorema acusatorio[73].

b) Activa o positiva

A diferencia de la anterior, nos encontramos en este caso con dos hipótesis contrarias o alternativas en el juicio. El defensor ya no se limita solo a buscar las falencias de lo realizado por la contraria, sino que presenta su propia teoría que competirá con aquella. Optar por esta línea de defensa implica que el defensor deberá no solo elaborar la plantilla íntegra de su teoría del caso, sino que también le impone desplegar las actividades de investigación y de recopilación de evidencias que fueren necesarias y suficientes para acreditar esa versión de hechos ante el tribunal de juicio[74].

7.1.3. Antes o durante el juicio

El segundo criterio distingue ***según si las estrategias se utilizarán antes del juicio o durante este***.

72 MORENO (2012), p. 57.

73 TRAVERSI (2005), p. 55.

74 MORENO (2012), p. 59.

Según los autores, es posible distinguir y diferenciar el tipo de defensa dependiendo de la etapa del juicio. De esta forma, si el abogado decide iniciar su estrategia antes del inicio del juicio oral, nos encontraremos con una defensa previa al juicio y que se relaciona con todas aquellas herramientas encaminadas a dilatar, entorpecer o evitar la realización de la audiencia de juicio, tales como, excepciones, alegaciones de nulidad, prescripciones, cuestiones previas y prejudiciales, etc.

Por lo tanto, conocer la teoría del caso desde la perspectiva contraria es un insumo importante para desarrollar la propia estrategia de litigación en el caso y en el juicio, siendo relevante exigirla en su descubrimiento en la etapa de preparación de juicio oral.

No obstante aquello, es posible deducirla del mero comportamiento de la contraparte. Así, si existe una postura pasiva, generalmente esta no va incorporada con prueba propia de la defensa, basándose en la obligación del ente persecutor de dar por acreditados sus presupuestos (fácticos y jurídicos).

Por el contrario, si la defensa incorpora medios propios, es porque tiene una teoría del caso propia y buscará acreditar sus elementos de exclusión, ya sea por la base de la falta de participación, eximentes u otras de carácter jurídico.

De lo anterior se debe entender que, si bien la Fiscalía tiene la carga procesal probatoria, ello no excluye la posibilidad de la defensa de desacreditarla, lo que implica el necesario conocimiento de su teoría y medios de descargo.

8. Construcción de la teoría del caso

Un proceso clave para lograr éxito en el litigio penal refiere a la capacidad de construir adecuadamente la teoría del caso. Ello requiere dedicación y exhaustividad de modo de contar con todos los hechos e información relevantes, tener todos los antecedentes o pruebas –según el momento procesal– de respaldo, y correcto conocimiento de las variables jurídicas relacionadas con los hechos.

Veamos cuáles deben ser considerados los pasos esenciales para efectuar este ejercicio de preparación[75].

8.1. Recepción de información por denuncia, querella, detención de un imputado o investigación de oficio

El primer paso de toda investigación criminal consiste en recibir información por las vías procesales y legales establecidas e integrarlas en la carpeta de investigación como deber ineludible de la obligación de registro, pero además por razones de conveniencia estratégica, pues el deber de registro mencionado puede ser objeto de control por parte de los tribunales en fase de admisibilidad de la prueba de la Fiscalía.

75 Los pasos identificados para elaborar la teoría del caso están basados en el método descrito por BLANCO *et al.* (2021), pp. 52 y ss.

La recepción de información puede ir además acompañada de la determinación de reserva de la misma, conforme a los parámetros establecidos en la legislación procesal penal o a deberes de protección de víctimas y testigos según los protocolos y antecedentes del caso.

La recepción de información supone asimismo acciones positivas y proactivas por parte de la Fiscalía para asegurar que se haya recepcionado toda la información relevante proveniente de la víctima, testigos, policías o peritos, según el caso.

Además de lo anterior, debe tenerse especial cuidado con los deberes de custodia de los antecedentes y futuras evidencias materiales, de modo de resguardar la indemnidad de las mismas.

Si el caso es iniciado por detención en contexto de flagrancia se requiere recopilar rápidamente la información que permitirá justificar la legalidad de dicha detención y que, por tanto, supone la siguiente información de respaldo para la audiencia de control de detención:

1. Hechos que configuran la hipótesis de flagrancia invocada y los antecedentes de respaldo. En este punto es útil aplicar los elementos propios de la teoría del caso.

2. Determinación de la hora de la ocurrencia del hecho, la hora en la que la policía toma conocimiento del ilícito y la hora en que se produce materialmente la detención, a objeto de determinar la configuración de la flagrancia y continuidad de la persecución criminal.

3. Lectura de derechos del detenido; derechos que le fueron leídos y lugar de ocurrencia de tal obligación; explicación y contexto si no pudieron ser leídos en el lugar mismo de la detención y antecedentes de respaldo de todo lo anterior.

4. Trato físico y sicológico recibido por el imputado y justificación en caso de existir lesiones y su explicación y respaldo en antecedentes específicos.

5. Determinación de la hora en la que el detenido es puesto a disposición del TG.

6. Antecedentes personales del imputado y características de los hechos a objeto de verificar si se justifica y puede respaldar una eventual ampliación de la detención.

Si de la recepción de la información se desprende la inexistencia de delito, que el mismo se encuentra prescrito, o la posibilidad de aplicar archivo por falta de evidencias o la aplicación de un principio de oportunidad, se actuará de conformidad con los estándares y parámetros definidos institucionalmente, luego de agotar la investigación y realizar un exhaustivo control y chequeo de la información y antecedentes disponibles.

Se debe tener presente que es un deber exigir a las policías que practiquen en la detención flagrante el adecuado registro de las instrucciones que la Fiscalía dé post detención, el que será un insumo de importancia, pues permitirá guiar desde un inicio el proceso investigativo.

8.2. Determinación de una o más hipótesis de investigación o trabajo de modo de agotar las líneas razonables de investigación sin sesgos o visiones de túnel

Una vez recibida la información inicial, puede(n) irse elaborando una o más hipótesis de trabajo que permita(n) definir líneas de investigación pertinentes, sin cerrar necesariamente el curso inicial a una sola de las posibles explicaciones o tesis criminales en juego. Ello es relevante para evitar que la determinación excesivamente temprana de una única hipótesis genere efectos negativos en las pesquisas criminales.

8.2.1. Problemas con la denominada visión de túnel

La investigación criminal se enfrenta a varios problemas entre los cuales aparece la denominada visión de túnel.

Este problema está asociado a sesgos cognitivos[76] o prejuicios de los investigadores y en muchos casos a la falta de exhaustividad y rigurosidad de las investigaciones, que tienen como consecuencia el focalizar las mismas en una sola línea de trabajo que supone descartar otras potencialmente válidas y necesarias.

Según lo señala Víctor Beltrán[77], la visión de túnel ocurre cada vez que los diferentes actores del sistema desarrollan una creencia inicial o sospecha, se aferran a ella, y luego interpretan toda la información posterior de manera tal que sea consistente o confirme la creencia inicial.

La denominada visión de túnel presenta, entonces, entre otros, los siguientes problemas:

1. Descartar información o antecedentes relevantes por haber configurado tempranamente una explicación única de lo sucedido en el caso.

2. Descartar líneas de investigación alternativas que podrían haber proporcionado información o evidencias útiles.

3. Afectar el principio de objetividad en el actuar de la Fiscalía.

4. Perder material probatorio por falta de acopio o búsqueda oportuna.

5. Generar imputaciones o acusaciones equivocadas o erróneas.

6. Condena de inocentes.

7. Dejar de perseguir delitos efectivamente cometidos.

76 BELTRÁN (2021), p. 18.

77 BELTRÁN (2021), p. 19.

8.2.2. El sesgo de confirmación

Un segundo problema, relacionado con el anterior, que nos recuerda la literatura es el denominado sesgo de confirmación.

El sesgo de confirmación es entendido y definido como "la tendencia humana natural a buscar, seleccionar, interpretar y recordar información de forma tal que sea consistente y apoye creencias, expectativas o hipótesis preexistentes"[78].

Este sesgo de confirmación incide en la forma de determinar líneas de investigación posibles, estrategias e incluso en la capacidad de recordar información vinculada a un caso, privilegiando o focalizando la información que resulta consistente con las creencias iniciales. El sesgo de confirmación incide asimismo en las interpretaciones que se realizan de los hechos investigados[79].

Las hipótesis iniciales de una investigación criminal poseen un peso y relevancia importante a la hora de desarrollar y conducir una investigación, pues el sesgo de confirmación también opera a favor de aquellas, generando como consecuencia que las evidencias que resultan contrarias total o parcialmente a las hipótesis iniciales tienden a ser evaluadas con un mayor rigor que las que apoyaban las hipótesis iniciales que se usan como guía de las pesquisas. Tal como lo afirma Beltrán Román, "las personas somos incapaces de evaluar la fuerza o peso de una evidencia de forma independiente a nuestras creencias iniciales, por ello la evidencia confirmatoria es sobreestimada en su valor y, por el contrario, aquella que contradice la hipótesis es infravalorada"[80].

8.2.3. Sesgo de anclaje

Un elemento distorsionador de las investigaciones criminales que se relaciona con la visión de túnel y el sesgo de confirmación es el denominado sesgo de anclaje, que puede ser descrito, tal como lo señala la doctrina, como una inclinación a depositar excesiva relevancia o confianza en las informaciones preliminares o iniciales que son obtenidas en las investigaciones penales, generando un ancla o efecto referenciador en tales datos o informaciones, que tiene el poder de influir los procesos de decisiones posteriores en las mismas investigaciones, ya sea para validar la información posterior por su consistencia con las ideas iniciales, o descartarlas por resultar contrarias a las mismas[81].

8.2.4. Otros problemas

Un último grupo de problemas que debe tenerse presente a la hora de evaluar la rigurosidad y exhaustividad de las investigaciones se refiere a los siguientes temas:

78 BELTRÁN (2021), pp. 22 y ss.
79 BELTRÁN (2021), pp. 22 y ss.
80 BELTRÁN (2021), p. 24.
81 BELTRÁN (2021), p. 28.

1. Problemas relacionados con los sistemas o mecanismos de reconocimiento del imputado.

2. Uso de testigos de baja calidad o confiabilidad.

3. Necesidad de verificar y testear los potenciales conflictos de interés a los que estén expuestos los testigos propios y que puedan generar informaciones erróneas o distorsionadas, o bien generar problemas de credibilidad en la etapa de contra examinación de los mismos.

4. Necesidad de verificar la necesidad y, en su caso, la calidad de las pericias, a objeto de acreditar adecuadamente el conocimiento científico o técnico necesario, el uso y conocimiento en la metodología empleada, entre otros factores.

5. Evitar que el transcurso del tiempo deteriore la calidad de la información.

8.2.5. Confrontar la visión de túnel

Hacer frente a la visión de túnel y a los sesgos de confirmación o de anclaje, supone revisar permanentemente aspectos procedimentales y organizacionales de las investigaciones criminales.

Entre las medidas que pueden identificarse como correctivas de estos problemas están las siguientes:

1. Establecer sistemas de revisión y supervisión de investigaciones criminales por equipos o fiscales o abogados asistentes distintos al que llevó la investigación. Ello es particularmente relevante en aquellas causas en las que se decide llevar el caso a juicio[82].

2. Establecer sistemas de monitoreo más intensos sobre investigaciones relacionadas con casos donde existe mayor presión mediática que pudiere afectar o predisponer resultados en la pesquisa criminal.

3. Generar instancias de control y revisión más exhaustivas en aquellos casos donde la prueba principal reposa únicamente en el reconocimiento del imputado por parte de la víctima o un testigo. Ello es particularmente relevante en los casos donde no existe conocimiento previo entre ambos.

4. Establecer sistemas de trabajo con las policías que permita un control más periódico y exhaustivo en aquellos casos que por su complejidad, existencia de cautelares o probabilidad de acusación, sea necesario revisar la existencia de potenciales errores que pudieren conducir a una condena injustificada o bien, en el otro extremo, a la desestimación del caso o la solución por una vía de acuerdos que no resulta justificada.

5. En casos de mayor impacto y complejidad se puede recurrir incluso a la presentación del caso ante equipos de control, previo a materializar la acusación, a objeto de evaluar la incorporación de información de baja calidad o la evaluación sobre las razones que llevan a descartar otras líneas de investigación. En este punto aparece la idea incluso del *compliance officer*[83] como elemento complementario y de control.

82 BELTRÁN (2021), pp. 59 y ss.

83 BELTRÁN (2021), p. 51.

6. Establecer un sistema de revisión y control en aquellas causas en las que se presentó acusación y se obtuvo una sentencia absolutoria. Ello debe extenderse incluso a las causas donde, habiéndose decretado prisión preventiva, se desestima finalmente el caso, se sobresee o no se persevera. Desde luego, ello puede obedecer a razones perfectamente ajenas a la calidad de las investigaciones, pero, sin lugar a dudas, son luces amarillas y rojas que deben generar instancias de revisión institucionales.

7. Exigencia de mecanismos de respaldo de investigaciones. Referidas a la necesidad de grabar diligencias, interrogatorios –incluso filmarlos– para evitar que producto de los riesgos de sesgo, deje de incorporarse en las carpetas de investigación determinada información.

8.3. Búsqueda de información complementaria a las hipótesis de trabajo en curso

Si la información disponible no resulta suficiente para definir un curso definitivo y preciso de investigación, se requiere solicitar nueva información o complementaria a la existente y que permita ir analizando las opciones procesales y criminales con que se cuenta. Lo anterior puede suponer:

1. Nuevos requerimientos de información a la policía, víctima, o testigos identificados[84].

2. Búsqueda de nuevos testigos que puedan proveer información complementaria.

3. Realización de peritajes para esclarecer asuntos que requieran de información técnica o científica.

4. Realización de nuevas declaraciones u otros métodos de investigación disponibles.

Por cierto, debe considerarse el interrogatorio del imputado de la causa si es posible su identificación, sin perjuicio del derecho del mismo a guardar silencio sobre los hechos. Lo señalado supone paralelamente la búsqueda de información sobre la persona imputada, sus antecedentes penales, los datos relacionados con salidas alternativas vigentes o que haya tenido en el pasado. Importante es resaltar que la declaración del imputado, aunque no la ratifique en juicio oral, es posible de ser introducida por otros medios vinculados (testigos de oídas), sin perjuicio del valor probatorio que le otorgue el tribunal.

Al mismo tiempo se debe verificar si se requiere desplegar acciones investigativas que supongan contar con autorizaciones judiciales[85], o bien si se cuenta con la información necesaria para imputar los hechos en el contexto de una audiencia de formalización de la investigación para solicitar medidas cautelares personales, o bien instar por salidas alternativas o negociadas.

84 Sobre este punto, se complejiza la posibilidad de nuevos requerimientos a la víctima, en caso de delitos que afecten a NNA, por cuanto –por disposición legal y reglamentaria– la entrevista investigativa videograbada solo puede efectuarse una vez, con excepcionalidad de una nueva declaración con autorización del fiscal regional. Por lo anterior, la declaración inicial del NNA es trascendental y debe ser autovalente para evitar estas trabas.

85 Este es el caso de solicitudes de medidas intrusivas cuando se pueden satisfacer las exigencias de necesariedad, idoneidad y proporcionalidad.

8.4. Conducción de la investigación hacia la hipótesis de trabajo definida

Una vez que la investigación logra arrojar resultados en una dirección determinada puede comenzar a trabajarse en esa línea de teoría del caso y profundizar pesquisas para asentar los requerimientos fácticos, de antecedentes y posteriores evidencias.

En este momento es útil organizar la información de modo que resulte estratégicamente ordenada y fácil de emplear en la fase de audiencias, distinguiendo entre los elementos normativos, fácticos y probatorios.

8.5. Identificación y clasificación de los hechos recopilados y obtenidos, de conformidad a su utilidad y consistencia con las líneas matrices definidas de las investigaciones

Con una versión más acotada y encaminada de teoría del caso[86] resulta posible ordenar los hechos de conformidad a su consistencia con la estrategia y versión definida.

De este modo, y solo como clasificación preliminar usada por algunos autores, puede señalarse que existen tres tipos o categorías de hechos relevantes[87] a considerar desde la perspectiva de la teoría del caso predefinida inicialmente:

1. Hechos buenos.
2. Hechos malos.
3. Hechos neutros.

Esta es una clasificación sencilla y ordenadora que permite emplear categorías genéricas y agregadas que facilitan el ordenamiento de los hechos y la asociación de los mismos a los antecedentes o evidencias de respaldo y a las categorías jurídicas con las que se vinculan.

8.5.1. Los hechos buenos

Tal como su nombre lo indica, son aquellos hechos que contribuyen a confirmar la versión que se presentará en el juicio, o bien en una determinada audiencia, y pueden estar referidos a la existencia del delito, la participación o bien a cuestiones relacionadas con aspectos de contexto, o credibilidad del relato que se intenta acreditar. Asimismo, los hechos buenos en el curso de la fase de investigación pueden ser aquellos que confirman la existencia de una situación de flagrancia, o bien un aspecto de necesidad cautelar que debe acreditarse.

86 Lo cual supone contar con un relato fáctico sobre lo que sucedió y que permite dar sentido y explicación a las peticiones de la Fiscalía, cuando se lleva ese relato a sede judicial para arrancar decisiones del tribunal.

87 Esta clasificación es recogida en BLANCO *et al*. (2021), pp. 61 y ss., la que a su vez corresponde a metodologías empleadas por docentes del Colegio de Abogados de Quebec (Canadá).

Tal como hemos señalado, esto corresponde solo a una clasificación preliminar y sencilla que luego requerirá de mayores precisiones que surgen de la necesidad de transformar el hecho bueno en una "proposición fáctica".

Este punto es relevante, pues de lo que se trata es de ir acotando, precisando y otorgando a los hechos una estructura y fisonomía cada vez más específica que pueda desde luego relacionarse con un aspecto jurídico penalmente relevante y que a su vez pueda apoyarse en antecedentes o evidencias concretas y disponibles.

Resulta útil ejemplificar esta categorización para dar luces de lo que debe tenerse en cuenta:

Relato: Una mujer ha denunciado que fue agredida físicamente por una determinada persona que ella conoce y que en el contexto de agresiones fue penetrada vaginalmente sin su voluntad, usando el atacante golpes y amenazas y desgarrando la blusa y falda que llevaba puesta. La víctima se defiende y sin embargo, el sujeto logra penetrarla vaginalmente provocándole lesiones en la zona de la mama derecha y en la entrepierna. La víctima logra gritar que la violaron, y pide ayuda. Testigos llegan al lugar y ven a la víctima con diversos golpes y desgarros en sus ropas.

A partir de este relato, se requiere ir seleccionando y clasificando los hechos en esta primera categoría denominada "hechos buenos", por lo que, *prima facie*, podría decirse que desde la perspectiva de la teoría del caso que se puede ir perfilando, serían hechos buenos de este relato, los siguientes:

1. La víctima presenta lesiones extra-genitales en diversas partes del cuerpo.

2. La víctima, al resistirse, gritó pidiendo ayuda y fue escuchada por testigos.

3. La víctima presenta escoriaciones genito-anales.

4. La víctima conoce a su agresor.

5. La víctima tiene sus ropas destruidas por la agresión.

Este conjunto de hechos, puede ser asociado a la versión preliminar escogida como teoría del caso y pueden, por tanto, catalogarse como hechos buenos dada su consistencia y pertinencia con los intereses y ángulo o relato seleccionado como explicativo de los hechos.

Sin embargo, la estructura y conformación de cada hecho descrito posee un carácter aún genérico y grueso, por lo que se requiere trabajar cada hecho para llevarlo a una estructura más definida y posible de relacionar con las variables jurídicas en juego y, al mismo tiempo, relacionarlos con los antecedentes o evidencias específicos. Esta estructura definida y específica del hecho que permite relacionarse con uno o más elementos de la teoría jurídica y con uno o más antecedentes o evidencias se denomina proposición fáctica y volveremos sobre ella en apartados siguientes.

De esta forma se debería intentar la siguiente transformación desde un hecho bueno a la denominada proposición fáctica:

Punto 1.-

Hecho bueno: La víctima presenta lesiones extra genitales en diversas partes del cuerpo.

Proposiciones fácticas que derivan del hecho bueno:

- María tiene hematomas en la mejilla derecha.

- María tiene escoriaciones en la entrepierna.

- María tiene hematomas en la mama derecha.

Punto 2.-

Hecho bueno: La víctima al resistirse gritó pidiendo ayuda y fue escuchada por testigos.

Proposiciones fácticas:

- María gritó a Juan que no la golpeara.

- María gritó a Juan que no quería que la penetraran.

- María gritó: "auxilio, me están violando".

- Daniel, vecino de María escuchó gritos de auxilio.

Punto 3.-

Hecho bueno: La víctima tiene sus ropas destruidas por la agresión.

Proposiciones fácticas:

- María tiene la blusa de color blanca que llevaba puesta el día de los hechos desgarrada en la parte frontal.

- Todos los botones frontales de la blusa blanca de María están arrancados.

- La falda que llevaba puesta María el día de los hechos está descocida y desgarrada en la parte frontal.

Como puede observarse, de lo que se trata en este ejercicio de aproximaciones sucesivas es identificar en los hechos que se presenta un hilo conductor y explicativo que podemos denominar versión o teoría del caso y a partir de ese relato o versión, identificar hechos buenos que resultan consistentes, coherentes y que dan forma a la explicación de lo sucedido desde la perspectiva de una violación.

Posteriormente se requiere precisar el contorno y contenido exacto de tales hechos buenos para correlacionarlos de modo más sencillo con cada variable jurídica involucrada y vincularlos al mismo tiempo con los antecedentes o evidencias de que se dispone. Este puente fáctico corresponde a las denominadas proposiciones fácticas que analizaremos en profundidad en el punto 8.6. de este listado.

a) Hechos buenos inamovibles

Dentro de las categorías de hechos buenos es fundamental identificar la que corresponde a los denominados hechos buenos inamovibles, que son aquellos que, siendo útiles a los intereses del caso, y confirmando la versión que se presenta ante los tribunales, resultan irrefutables por la contraparte. De este modo se convierten en una piedra angular, en torno a la cual presentar la teoría del caso, pues, no son posibles de controvertir.

Un ejemplo de hecho bueno inamovible en un caso de homicidio puede estar constituido por la existencia de una inscripción del arma utilizada a nombre de quien ha sido acusado por la Fiscalía. Un segundo hecho bueno inamovible podría ser el que el arma periciada por ambas partes acredita que está apta para el disparo. Un tercer hecho bueno inamovible, podría estar dado por la existencia de una huella digital del acusado en el arma y que fue periciada conforme a los procedimientos y estándares de la ciencia forense respectiva.

- Utilidad y relevancia de los hechos buenos inamovibles

1. Esta especial característica de los hechos buenos inamovibles permite construir líneas argumentales asociadas o relacionadas que tendrán una base sólida de apoyo y sustentabilidad.

2. Es recomendable incorporarlos en los relatos centrales de la teoría del caso por su firmeza y seguridad. En este sentido es aconsejable incorporarlos en los relatos del alegato de apertura en juicio. Sin embargo, es necesario verificar previamente su ratificación real en juicio, porque efectuar esta promesa en el alegato antes mencionado, para luego no ser ratificado, es un riesgo innecesario.

3. Dependiendo de las características de cada caso y las consideraciones estratégicas pertinentes, puede resultar útil intentar efectuar convenios o acuerdos probatorios sobre estos hechos, a objeto de evitar los riesgos que puede implicar el que la prueba que los sostiene no llegue por algún motivo a juicio.

- Problemas de los hechos buenos inamovibles

Pese a la enorme cantidad de ventajas asociadas a esta categoría de hechos, es útil tener a la vista algunas prevenciones.

En ocasiones los hechos buenos inamovibles pueden resultar aparentes ventajas y no serlo en la realidad. Ello ocurre cuando la versión o teoría del caso de la parte contraria emplea estos hechos como parte explicativa de su propia estrategia o versión. Esta es una estrategia asociada a los denominados puntos de inclinación[88].

88 MORENO (2012), pp. 70-75.

Los puntos de inclinación permiten entender las razones o motivaciones que explican por qué los hechos de la historia se suceden de la forma como se presentan[89]. Esto es muy útil, pues es una base crítica que permite a terceros –el tribunal– entender una secuencia, una reacción, una motivación o la cadena de conductas que se suceden en un determinado momento y que se ancla en este denominado punto de inclinación.

Ejemplo:

Si la Fiscalía presenta un caso de homicidio, es decir, intenta convencer al tribunal que Pedro mató a Juan, se requiere explicar cómo sucedieron los hechos. En este punto de la historia se podrá explicitar que Pedro tomó una pistola apuntó a Juan y disparó cuatro tiros que ocasionaron la muerte de Juan. Sin embargo, esta descripción no permite entender las razones o contexto en que dicho suceso acontece. Ello puede exigir retroceder en el tiempo para descubrir motivos que pueden asociarse a una disputa vinculada a rivalidades económicas que ocasionaron fraudes o estafas entre víctima y victimario, o bien disputas por razones sentimentales, etc.

La estafa de la que fue objeto de la víctima del caso, o bien el engaño sentimental descubierto por el victimario pueden o permiten entender y explicar la razón por la cual los hechos y las sucesiones de los mismos se producen. Estos serían los denominados puntos de inclinación y deben ser incorporados en los contextos de la teoría del caso por parte del litigante. Adicionalmente podemos decir que los puntos de inclinación incorporan a los relatos, no únicamente una explicación plausible, sino que agregan elementos de credibilidad[90], esto es, dotan de mayor verosimilitud a las historias que se presentan frente al tribunal, permitiéndole simultáneamente, entonces, entender y creer en la versión que se presenta.

Regresando por un momento a la desventaja del hecho bueno inamovible y los puntos de inclinación, podemos ahora entender por qué un hecho bueno inamovible puede dar una aparente sensación de ventaja o tranquilidad, que deberá ser analizada bajo la lupa de la versión alternativa que presente la parte contraria.

Un ejemplo preciso de lo señalado puede apreciarse en el siguiente caso: la Fiscalía alega un caso de homicidio en riña en el que Juan mata a Pedro con un objeto cortopunzante. Podría ser un hecho bueno inamovible el que la navaja con la que se dio muerte a Pedro tiene el nombre de Juan incrustado en la misma; o bien que un testigo neutral y presencial de los hechos pudo observar que Juan saca de sus ropas la navaja con la que se dio muerte a Pedro; o incluso que hay huellas dactilares de Juan en la navaja.

Todo ello es sin duda relevante, debe ser acreditado por la Fiscalía –dada la carga probatoria– y representan efectivamente hechos buenos inamovibles, sin perjuicio de lo cual debe tenerse a la vista la posible versión o teoría del caso de la defensa que podría estar asociada a una agresión previa de Pedro con un arma de fuego por la ingesta de alcohol y drogas que motivó una disputa entre ambos, pudiendo preconfigurarse una hipótesis de legítima defensa.

En síntesis, el consejo estratégico radica en tres pasos relevantes:

89 BLANCO *et al.* (2021), pp. 69-71.

90 BLANCO *et al.* (2021), p. 70.

1. Identificar hechos buenos inamovibles para la teoría del caso propia.

2. Verificar la teoría del caso de la contraparte para entender qué rol juegan estos hechos buenos inamovibles en esa versión.

3. Identificar el punto de inclinación de la contraparte y la forma de enfrentarlo desde la versión y foco propios.

8.5.2. Los hechos malos[91]

Este tipo de hechos corresponde a porciones de información que dañan o perjudican el relato e intereses sostenidos por la Fiscalía y deben ser especialmente tenidos en cuenta para orientar tres tipos de caminos posibles:

1. Una decisión de obtener más información para verificar la existencia o consistencia de los hechos malos, particularmente aquellos que pueden conducir a decisiones de sobreseimiento, archivo o no perseverar en el caso.

2. Una decisión de investigar nuevos antecedentes ligados a los hechos malos para verificar consistencia y credibilidad.

3. En caso de descartar la consistencia y credibilidad de los hechos malos debe buscarse información para atacar y desacreditar o explicar los hechos malos existentes.

Tal como señalan varios autores, el trabajo sobre los hechos malos y su desarticulación, explicación o desacreditación resulta clave y relevante, pues "demostrará al Tribunal que conocemos y estamos en condiciones de trabajar todos los hechos del caso y no sólo aquellos que son favorables a nuestra posición e intereses"[92].

En este punto es relevante aclarar que el foco del litigante debe estar puesto especialmente en los hechos malos que poseen una entidad o relevancia alta, dado que los mismos probablemente serán conocidos por la contraparte y utilizados en las líneas de contra examinación de testigos o peritos.

A su turno, los hechos malos pueden estar referidos a dos variables diferentes:

a) Hechos malos provenientes de las pruebas propias

Como ejemplo de hechos malos podemos identificar los siguientes:

Tratándose de un delito de robo con violencia (teoría jurídica) donde existe un testigo (teoría probatoria) que afirma haber visto el rostro del autor de los hechos pues vive a dos cuadras del lugar, siempre transita a esa hora para ir a su trabajo y que, además, logró ver que el perpetrador del hecho poseía un arma de fuego con la que apuntó a la víctima para sustraerle la cartera que llevaba (versión de los hechos preliminar).

91 MORENO (2012), pp. 77 y ss.

92 BLANCO *et al.* (2021), p. 63.

1. Un primer hecho malo podría ser el que la acción delictiva se produjo de noche, cuestión que podría ser negativa si se piensa en las condiciones de visibilidad que el tribunal puede asumir por máximas de la experiencia y cuestionar la credibilidad del reconocimiento.

2. Un segundo hecho malo podría ser el que el testigo de los hechos tiene miopía.

3. Un tercer hecho malo podría ser el que el único testigo del hecho ocurrido ha sido condenado anteriormente por obstrucción a la justicia.

- Líneas de trabajo frente a los hechos malos

1. Descartar los **hechos malos irrelevantes**, o que no inciden en la consistencia, coherencia y credibilidad de la versión de los hechos de la Fiscalía.

2. Frente a los **hechos malos relevantes e inamovibles**, esto es, los que no pueden ser refutados, se requiere buscar información que posibilite una explicación razonable de tal hecho, a objeto de evitar que el mismo aparezca y sea conocido por el tribunal a partir de información que entregue la contraparte. En otras palabras, de lo que se trata es presentar el hecho malo frente al juzgador, proporcionando al mismo tiempo alguna explicación razonable del mismo.

Las ventajas de trabajar en esta dirección son las siguientes:

2.1. Otorga credibilidad al trabajo de la Fiscalía, pues aparece entregando ella misma la información que parece dañina, y no ocultándola y sembrando sospechas sobre la consistencia del resto de la información o evidencias.

2.2. Permite, a través del propio testigo o perito, proporcionar información adicional que explica y potencialmente diluye la gravedad, intensidad o centralidad del hecho malo. Esta técnica es la denominada "adelantamiento de debilidades" que se usa en materia de examen directo de testigos o peritos.

2.3. El tratamiento del hecho malo permite eventualmente usar la mecánica de objeciones, pues al adelantar la existencia y contenido del hecho malo, se estará en condiciones de repeler las preguntas repetitivas que realice la contraparte durante el curso del contra examen.

En el ejemplo del robo descrito precedentemente es posible indicar como hecho malo inamovible la existencia de antecedentes penales anteriores del testigo. En efecto, es un hecho que no puede ser modificado, pero que sí puede y debe ser adelantado y explicado por la Fiscalía a objeto de evidenciarlo, transparentarlo y eventualmente proporcionar una explicación del mismo.

- Hechos malos relevantes pero modificables

Existe una tercera categoría de hechos malos denominada modificable, esto es, hechos que perjudican *prima facie* la versión de los hechos e intereses propios, pero que pueden ser trabajados, intervenidos y explicados. Para ello se requiere, desde luego, agotar las distintas aristas de las investigaciones y obtener la mayor cantidad de información posible de los testigos, peritos, contextos, etc.

En el ejemplo planteado, sería un hecho malo modificable el que el testigo tiene miopía, pues no cabe duda que, a la luz de los conocimientos científicos, la persona con miopía posee dificultades de visión. Sin perjuicio de ello, el hecho malo podría adquirir el carácter de modificable si se acredita que el testigo tenía sus lentes correctivos de la miopía puestos al momento en que observó la ocurrencia de los hechos.

Otro ejemplo de hecho malo modificable sería la nocturnidad, en relación a la visibilidad del testigo, si se acredita que la identificación del atacante tuvo lugar justo debajo de una luminaria que permitía ver con mucha claridad los rasgos y características del atacante.

Una investigación acuciosa y ordenada impone ordenar y listar desde el inicio de las investigaciones los hechos que se van encontrando y, al mismo tiempo, desarrollando una clasificación de los mismos de cara a las investigaciones y su progreso, y de cara a las actuaciones que se realizarán en las audiencias y en el juicio oral.

Estimamos que es conveniente agregar como hecho malo la propia retractación de la víctima, sobre la cual la Fiscalía debe estar preparada para poder explicar que se encuentra dentro del "ciclo de la violencia intrafamiliar o de pareja", por ejemplo, obteniendo prueba al respecto (sentencias previas entre las partes, declaraciones de testigos de contextos, pruebas periciales que acrediten que se trata de una víctima de violencia). Esto requiere de preparación y conocimiento previo de la víctima y su estado.

b) Hechos malos provenientes de la prueba del contrario y que afectan la teoría del caso[93]

Existe otra categoría distinta de hechos malos que está referida a los que provienen de las pruebas o antecedentes del contrario. En efecto, estos son hechos malos, pues afectan la teoría del caso propia y, por tanto, la versión que se entregue al tribunal sobre el modo en que los sucesos ocurrieron y las explicaciones e interpretaciones jurídicas que se hacen de los mismos.

Para enfrentar este tipo de hechos malos se debe estar atentos a diseñar una estrategia que posee tres ejes o variables:

1. Por una parte, los hechos malos que provienen de la prueba de la defensa pueden ser controvertidos buscando y presentando antecedentes y evidencias de mejor calidad (mejores testigos, peritos, documentos o prueba material). Este punto obliga a tener en cuenta que el trabajo del Ministerio Público no consiste únicamente en desarrollar una investigación propia acuciosa, sino que además requiere conocer la estrategia y versiones presentadas por el contrario como su versión de los hechos o teoría del caso.

   Resulta importante, entonces, poder identificar en las distintas fases procesales la estrategia contraria, lo que ocurre particularmente en los siguientes momentos:

- Declaración del imputado en fases tempranas de la investigación

  Este es un hecho relevante que debe ser aprovechado al máximo, ya sea para aplicar correctamente el principio de objetividad y descartar ilícitos o participación del imputado, o bien para identificar las

93 Estos hechos son malos para la Fiscalía y de ahí su denominación de negativos, siendo por tanto buenos o positivos para la estrategia de la parte contraria.

explicaciones y probables estrategias procesales de la contraparte. Sirve asimismo como base para la posterior y eventual posibilidad de confrontación de la declaración del acusado en juicio versus la que prestó ante la Fiscalía.

- Debate de medidas cautelares personales

  Este es un segundo momento en el que es posible, normalmente, identificar la estrategia de la contraparte, dado que, frente a la solicitud de medidas cautelares, la defensa presenta y confronta argumentos para explicar las razones por las que aduce que no hay delito o no existen presunciones fundadas de participación, o bien no concurre una necesidad cautelar respecto del imputado.

- Debate de admisibilidad de pruebas

  Un tercer momento en el que aparecen elementos relevantes para determinar la posible estrategia o versión del acusado, refiere a la fase intermedia y, concretamente, al debate que se produce con ocasión de la admisibilidad de pruebas, pues a propósito de los debates que se producen por pertinencia, la defensa deberá proporcionar datos y antecedentes para justificar las razones por las cuales una determinada evidencia es necesaria para explicar su teoría del caso, o bien, para evitar la exclusión de la prueba por razones de sobreabundancia. En estos debates serán importantes las argumentaciones que se presenten para solicitar, a través del tribunal, mayores antecedentes sobre los puntos de prueba de las evidencias de la defensa apoyando tales peticiones en la necesidad de satisfacer los requerimientos del principio de contradicción que también le asiste al Ministerio Público, y que permite ofrecer información de mejor calidad para el proceso adjudicativo del TJOP.

  Para el conocimiento de estos aspectos, estimamos que el registro interno de alegaciones que efectúe la defensa es trascendental para conocer por parte de la Fiscalía dichas posturas, las que pueden ir incluso mutando a través del proceso investigativo. Una minuta es siempre recomendable para tener la constancia de su existencia.

2. Otro modo de enfrentar y controvertir los hechos malos que proviene de la prueba de la defensa se produce con ocasión de las contra examinaciones de testigos y peritos en la fase de juicio, o eventualmente en las audiencias de las fases anteriores.

   Este modo de enfrentar las evidencias de la parte contraria supone, a su turno, determinar si lo que vamos a controvertir refiere a la persona del testigo o perito, o bien, al contenido de su declaración. En este punto cobra especial relevancia el dispositivo que permite usar las declaraciones anteriores para evidenciar contradicciones.

3. Un tercer modo de controvertir o enfrentar los hechos malos de la contraparte está relacionado con el dispositivo denominado prueba sobre prueba.

   Este mecanismo permite en fase de juicio presentar pruebas para acreditar o demostrar un problema de veracidad, autenticidad o integridad de la prueba que presenta el contrario.

8.5.3. Los hechos neutros

Una tercera categoría de hechos que es posible identificar en los relatos, versiones estratégicas o teoría del caso está referida a los denominados hechos neutros, que son aquellos que las partes no disputan, o controvierten. Estos hechos son relevantes para la Fiscalía, pues la parte acusadora es quien motiva el juicio y presenta las pruebas para justificar y fundar el escrito de acusación, pudiendo la defensa sostener simplemente una estrategia pasiva o negativa. Es por ello que la Fiscalía, con independencia de la postura que la defensa defina antes o durante el juicio, debe estar en condiciones de presentar evidencias respecto de los hechos neutros si resultan parte de su versión o relato para sostener la pretensión penal en juicio.

Estos hechos pueden eventualmente adquirir la forma de acuerdos o convenciones probatorias que permitirán focalizar adecuadamente el debate en sede de juicio. En este punto vale la pena tener en consideración que la negociación de hechos neutros por parte de la Fiscalía debe tener en consideración la importancia que estos poseen para presentar adecuadamente la prueba y versión en sede de juicio, pues existen casos en los que la mera presentación de la prueba en juicio, con prescindencia de su carácter neutral, puede ser útil para explicar de mejor forma o predisponer favorablemente al tribunal frente a la teoría del caso del Ministerio Público. Un buen ejemplo de lo señalado es el posible acuerdo de las partes en torno a una fotografía que muestra las 20 heridas cortopunzantes que presenta la víctima[94].

Otra dimensión de relevancia que poseen los hechos neutros está referida, en juicio, a la necesidad de usarlos como parámetros de referencia para medir y focalizar los aspectos relevantes de las examinaciones o contra examinaciones, pues dado que no son aspectos controvertidos o que puedan generar mayor daño en las estrategias del contrario, pueden significar una mala focalización del tiempo y concentración en las pruebas. En efecto, y solo a modo de ejemplo, si la defensa no cuestiona la presencia del acusado en el lugar de los hechos, las excesivas preguntas de la Fiscalía a un testigo sobre aspectos relacionados con ello puede ser un gasto innecesario e injustificado del tiempo y foco que se entrega al tribunal. En esta dirección podría ser innecesario, injustificado o bien excesivo preguntar a un testigo, dónde estaba el acusado, cómo vestía, por qué está seguro de su presencia en el lugar, qué visibilidad había en el momento en que lo vio, etc. Desde luego la carga de la prueba es del acusador y ello exige agotar cada arista del tema, pero si en un determinado juicio declara el acusado al inicio del mismo y reconoce haber estado en el lugar de los hechos, es evidente que la carga de prueba de la Fiscalía se trasladará o focalizará en otros aspectos del hecho. Se debe tener presente que el tribunal está tomando nota o registro de las consultas y las respuestas del testigo, por lo que redundar solo con el objeto de asegurar el punto es innecesario, y hasta peligroso, pudiendo incluso afectar la propia reputación del fiscal o abogado asistente.

94 Aunque esta presentación puede estar sujeta desde luego a la necesidad de acreditar la pertinencia de la prueba. En los modelos comparados, y especialmente en el modelo de Puerto Rico y Estados Unidos, este tipo de evidencia puede quedar sometida a un test de daño versus valor probatorio.

8.6. Transformación de los hechos en proposiciones fácticas

Siguiendo la secuencia y línea de trabajo planteado hasta este punto, corresponde ahora transformar cada hecho bueno, y hecho neutro necesario, por razones de carga de prueba, en afirmaciones más específicas, acotadas y desagregadas, lo que se denomina como proposiciones fácticas. En efecto, y tal como lo adelantáramos en el apartado de la teoría del caso como elemento metodológico, es necesario ordenar el conjunto de los hechos que serán presentados e incorporados efectivamente en cada una de las audiencias y, en particular, en la audiencia de juicio a través de estructuras más definidas y precisas denominadas proposiciones fácticas y que corresponden a la traducción en lenguaje fáctico de las exigencias normativas y doctrinarias de la teoría jurídica[95] que el litigante intenta acreditar desde su versión estratégica del relato.

También puede decirse que las proposiciones fácticas son hechos que poseen relevancia jurídica, pues se asocian a la figura normativa que se debe acreditar. Paul Bergman define las proposiciones fácticas como "una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Una proposición fáctica es un elemento reformulado en un lenguaje frente al cual un testigo puede declarar"[96].

Este trabajo obliga a realizar un pulcro y preciso ejercicio de desagregación de los hechos del caso[97] en afirmaciones que puedan ser sostenidas por la evidencia y que se relacionen directa o indirectamente con uno o más elementos de la teoría jurídica.

En otras palabras, de lo que se trata es de asociar a cada elemento fáctico, su correspondencia con cada uno de los elementos que componen la teoría jurídica que se sostiene.

De este modo el análisis normativo y estratégico que se está llamado a hacer, consiste en verificar que cada elemento de la teoría jurídica pueda ser debidamente acreditado por el conjunto de hechos que pueden ser subsumidos en la norma correspondiente.

Ejemplo

Si se está investigando un determinado caso cuyos hechos pueden cuadrar con una hipótesis de violación, será necesario tener claridad sobre los elementos fácticos con los que se cuenta y al mismo tiempo los elementos normativos de tal teoría jurídica, que son, entre otros, penetración en alguna de sus formas, violencia o intimidación, falta de consentimiento, etc.

En el curso de las investigaciones van surgiendo hechos y antecedentes de respaldo que permiten ir corroborando o modificando las hipótesis originales, pero en la medida que surgen los hechos se deben ir asociando de modo ordenado a cada área o segmento correspondiente. De este modo los hechos que se asocian o se pueden subsumir en el elemento jurídico violencia se colocarán en ese cuadrante o vínculo. Este

95 La teoría jurídica comprende el conjunto de exigencias y requisitos normativos que demanda la figura legal seleccionada por el litigante. Ella comprende los elementos del tipo, los elementos de antijuridicidad, los elementos de culpabilidad, las circunstancias agravantes y desde luego las atenuantes que deban ser evidencias por razones de objetividad.

96 BERGMAN (1995), p. 23.

97 BLANCO *et al.* (2021), pp. 23 y ss.

modo de organizar la información es más ordenado, permite verificar y corroborar el número de afirmaciones fácticas con las que se cuenta para subsumirlas y satisfacer el elemento jurídico correspondiente.

Volviendo al ejemplo y la hipótesis de violencia, se podrán identificar los hechos en este punto:

1. Proposición fáctica 1: Pedro (acusado) golpeó a Teresa en el pómulo derecho con una manopla.

2. Proposición fáctica 2: Pedro (acusado) rasgó la falda de Teresa en su parte frontal y luego se la desprendió.

3. Proposición fáctica 3: Pedro (acusado) le propinó a Teresa un corte en la entrepierna con una navaja.

Vistos los ejemplos y análisis previos podemos concordar que para que la investigación de un caso avance de forma segura, se requiere que se tenga claridad de la teoría jurídica que puede ser alegada y sostenida, y que ello esté determinado, a su vez, por la existencia de hechos jurídicamente relevantes, o proposiciones fácticas, que puedan ser subsumidos en las reglas legales y de ese modo terminar por satisfacer las exigencias tanto normativas como dogmáticas y jurisprudenciales que la teoría jurídica demanda.

Para lograr lo anterior, es relevante definir la cantidad de proposiciones fácticas necesarias por cada elemento de la teoría jurídica, pues es poco frecuente que un solo hecho logre acreditar por sí solo la exigencia normativa específica. Normalmente será necesario contar con varios hechos que pueden relacionarse directa o indirectamente con el elemento jurídico determinado.

El ejercicio más preciso y casi clínico, requiere que se establezca, en un determinado punto, si se cuenta con la cantidad de hechos jurídicamente relevantes y suficientes para acreditar debidamente el elemento de la teoría jurídica de que se trata. Ello, por cierto, estará asociado a las variables normativas específicas del tipo o figura jurídica invocada, pero también con las exigencias derivadas de la doctrina correspondiente y las decisiones previas que la jurisprudencia y, por cierto, que el mismo tribunal haya adoptado precedentemente[98].

8.6.1. Relevancia de las proposiciones fácticas

La relevancia y utilidad que poseen las denominadas proposiciones fácticas es inmensa y variada, y va desde cuestiones de método a variables estratégicas, pasando por mecanismos de corroboración normativa.

En efecto, entre las utilidades que es posible evidenciar de estos dispositivos denominados proposiciones fácticas aparecen las siguientes:

1. Permiten eliminar la distancia entre la teoría jurídica, en un extremo, y las evidencias de respaldo por la otra.

   Lo señalado se debe cumplir, pues la teoría jurídica en un extremo de la ecuación es una abstracción que no puede ser acreditada, por lo que se requiere que ella aparezca en el juicio o audiencia en términos fácticos, es decir, posibles de asociar a las evidencias, tal como lo sostiene Bergman.

98 KAHNEMAN (2012), pp. 25 y ss.

Desde este punto de vista las proposiciones fácticas cumplen el rol de trasformar el elemento normativo en elementos de hecho, que pueden ser incorporados al juicio a través de las pruebas que pueden sostenerlos.

2. Las proposiciones fácticas permiten asimismo ordenar los hechos en función de su correspondencia con un determinado elemento jurídico y verificar de este modo si tales hechos jurídicamente relevantes son suficientes para acreditar la exigencia normativa. Dicho en otras palabras, permiten determinar si se cuenta con la cantidad suficiente de proposiciones fácticas para dar por acreditado ese elemento específico de la teoría jurídica.

3. Las proposiciones fácticas permiten, asimismo, determinar las evidencias que logran incorporar. De este modo, frente a cada testigo o perito, se pueden definir *a priori* las afirmaciones que están vinculadas con dichas evidencias.

4. Asociado a lo anterior, puede señalarse que las proposiciones fácticas permiten asimismo determinar las preguntas que deben hacerse a cada testigo o perito, pues ellas son el vehículo para incorporar cada afirmación fáctica jurídicamente relevante. Ello no necesariamente supone llevar preguntas previamente armadas, lo que por lo demás resulta desaconsejable, pero sí permite tener claridad sobre los temas a tratar con cada testigo o perito y las afirmaciones que es necesario extraer de los mismos antes de dar por finalizada la interrogación directa.

5. Las proposiciones fácticas son el material base que el tribunal necesita para poder construir la resolución judicial. En efecto, las afirmaciones del litigante, o sus argumentaciones en los alegatos de apertura y clausura, no tienen el carácter de evidencia, ello está determinado por las proposiciones fácticas y su correspondencia con las pruebas que las sostienen. De las afirmaciones provenientes de las evidencias pueden construirse las resoluciones del tribunal en el contexto del juicio.

8.7. Teoría jurídica. Necesidad de identificar la teoría jurídica a la que se asocian los hechos del caso

Un séptimo elemento que debe ser considerado y que se desprende precisamente de los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, es la necesidad de identificar la teoría jurídica precisa que puede desprenderse de los hechos investigados.

En efecto, desde el primer momento de la investigación de un caso es posible asociar los hechos que se denuncian o conocen con determinados elementos jurídicos en los cuales es posible subsumir tales hechos[99]. Este es un ejercicio diacrónico que se va desarrollando de modo progresivo y sucesivo y que, desde luego, puede sufrir alteraciones o ajustes en la medida que avanza la investigación, pues del surgimiento de nuevos hechos aparecen nuevas consecuencias y relaciones jurídicas.

99 Estos hechos son los que denominamos proposiciones fácticas.

También hemos sostenido que la variabilidad, ajustes o cambios en la estrategia o hipótesis de investigación criminal tienen un fin, que en el caso de la Fiscalía se asocia con el cierre de la investigación y posterior presentación de la acusación.

Dicho cierre de investigación coincide con la existencia de suficientes hechos –proposiciones fácticas– y evidencias en los que se apoyan y que dan cuenta de modo suficiente de las exigencias normativas de la teoría jurídica determinada.

También hemos señalado anteriormente que para acreditar suficientemente cada elemento jurídico debe contarse con al menos un hecho o proposición fáctica relevante, e idealmente más de uno para tener mayores dosis de seguridad y suficiencia jurídica.

En otras palabras, en el curso de las investigaciones penales se deben asociar permanentemente hechos con teoría jurídica y desde los hechos o proposiciones fácticas verificar las evidencias de las que se dispone para acreditar los hechos relacionados.

Este modo de ordenar los componentes de la teoría del caso como método de investigación se sostiene, entre otros argumentos, en que lo que puede ser acreditado son los hechos materiales y no la abstracción de una regla jurídica. Siguiendo este simple razonamiento podemos señalar que lo que se prueba no es la violencia, sino el que alguien golpeó a otra persona ocasionándole una fractura y sin que hubiese habido una provocación previa.

Al mismo tiempo debe recordarse que las evidencias tampoco corresponden a las opiniones o preferencias argumentativas del litigante, sino que a las pruebas materiales de que se dispone para sostener la existencia de una determinada proposición fáctica.

8.7.1. Elementos de la teoría jurídica

Cuando nos referimos a la necesidad de satisfacer los elementos jurídicos a los que se asocian los hechos investigados, nos referimos a la tarea de dar por acreditadas todas las exigencias materiales de la teoría jurídica.

Esta teoría puede estar asociada a elementos procesales penales[100], o bien a elementos penales sustantivos[101].

a) Elementos procesales penales

El debate de los elementos procesales penales de la teoría jurídica normalmente está centrado en debates de la fase de investigación, o bien de la fase intermedia, y pueden estar referidos a los siguientes temas:

1. Existencia de una causal de legalidad de la detención.

100 Referida, por ejemplo, a la argumentación que hace el litigante para evitar la exclusión de una prueba alegando la existencia de un vínculo atenuado o una fuente independiente.

101 BLANCO *et al.* (2021), p. 73.

2. Concurrencia de un indicio que permite justificar normativamente el control de identidad investigativo.

3. Justificación de la necesidad de cautela en la petición de prisión preventiva.

4. Argumentación sobre la existencia de un hallazgo inevitable.

b) Elementos penales sustantivos

En materia penal sustantiva las exigencias a las que se enfrentan los litigantes cubren al menos los siguientes aspectos[102]:

1. Elementos de la teoría general del delito.

2. Elementos del tipo penal específico invocado.

3. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Atenuantes, agravantes, y elementos que califican el ilícito.

4. Elementos jurídicos que corresponden a exigencias doctrinarias de la figura penal invocada.

5. Elementos jurídicos que se desprenden de interpretaciones jurisprudenciales relevantes.

8.8. Asociación de los hechos específicos y desagregados con las evidencias de respaldo

El ejercicio de desarrollo y preparación de la teoría del caso exige respaldar cada proposición fáctica con las evidencias que la sostienen. En efecto, cada hecho relevante jurídicamente y que puede ser subsumido en algunos de los elementos de la teoría jurídica debe ser incorporado al juicio a través de algunos de los medios de prueba de que se disponga.

Este ejercicio de desagregación específica de los hechos que hemos venido analizando tiene, entre otras razones, el que cada porción específica de información que se incorpora al juicio debe estar vinculada con una o más evidencias que respalden y acrediten tal hecho.

8.8.1. Ventajas de la vinculación entre proposiciones fácticas y evidencias

La identificación específica de las evidencias a las que se asocia cada porción de información jurídicamente relevante, o proposiciones fácticas, posee las siguientes ventajas:

102 BLANCO *et al.* (2021), p. 75.

a) Ventajas asociadas a la calidad de las evidencias

1. Permite analizar durante el curso de la investigación aquellos hechos o proposiciones fácticas que pueden ser respaldadas en juicio sin dificultad por contar con suficiente evidencia de respaldo.

2. Permite advertir aquellos hechos que aún carecen de evidencias de respaldo y que por tanto aconsejan orientar las investigaciones hacia esos núcleos fácticos.

3. Permite advertir aquellas proposiciones fácticas que poseen evidencias de respaldo, pero que presentan problemas de credibilidad o licitud y aconsejan por tanto buscar evidencias alternativas.

b) Ventajas asociadas a la matriz de preguntas a utilizar

Otro tipo de ventajas que puede desprenderse de la relación desagregada y específica entre proposiciones fácticas y evidencias refiere a la necesidad de contar con una guía para determinar los temas a tratar con cada prueba.

En efecto las ventajas más evidentes en este sentido son las siguientes:

1. Permite determinar con anticipación al juicio los temas específicos que se deberían tratar con cada testigo o perito al identificar las proposiciones fácticas que emanan de uno o de otro.

2. Permite identificar incluso la tipología de preguntas que deberían formularse a cada testigo o perito para poder obtener la información deseada y buscada. Esto no es sinónimo de una pregunta pre estructurada y definitiva que, como hemos dicho, suele ser desaconsejable, pero resulta útil identificar los puntos específicos a los que puede(n) asociarse una o más preguntas útil(es) para extraer la información.

3. Permite establecer el orden de los temas que se quiere tratar con cada testigo.

4. Permite identificar las correlaciones probatorias más importantes, esto es, las proposiciones fácticas que son posibles de asociar y vincular a más de un testigo o perito, lo que resulta importante para enfatizar que una determinada información es sostenida por más de un elemento probatorio, reforzando de esta manera la sustentabilidad y credibilidad de la información.

Trascendental resulta, entonces, la adecuada preparación del testimonio o relato en forma previa a la declaración en juicio oral, la que permitirá conocer el estado psicológico del testigo, su capacidad explicativa, sus nudos críticos e, incluso, informar al declarante de sus posibilidades para ser recordado de los elementos que pueda omitir. Estimamos que esta etapa es de gran utilidad para salvar dichas situaciones. Esto no se debe malinterpretar como una inoculación de nuevos antecedentes, sino que debe ser un conocimiento previo de lo que se depondrá y así tener en claro la utilidad del testimonio.

8.8.2. Análisis y elementos críticos sobre las pruebas de la Fiscalía

La Fiscalía tiene la responsabilidad de llevar adelante una investigación de forma independiente y objetiva, pero aun logrando satisfacer estas exigencias básicas se ciernen sobre ella enormes demandas, tanto

normativas como estratégicas, que resulta conveniente tener en cuenta al momento de conducir y ordenar una investigación de cara al juicio.

a) Elementos generales

1. Carga probatoria. En primer lugar, nos encontramos con el principio de inocencia del imputado o acusado y, por tanto, con una de sus manifestaciones: la carga probatoria que los sistemas procesales le exigen a la Fiscalía, por lo que está obligada a acreditar la versión que presenta en juicio, con la prueba que ha recopilado durante la investigación.

2. Estándar de convicción. La acreditación de la teoría del caso por parte de la Fiscalía debe, además, sortear el estándar de convicción exigido por el CPP, en cada etapa procesal, siendo en el juicio la más alta y compleja, cual es, generar en el tribunal la convicción que el acusado es culpable más allá de toda duda razonable.

3. Exigencias de admisibilidad. Aun antes que la incorporación y valoración de la prueba en juicio, es necesario que la Fiscalía sortee con éxito las exigencias de admisibilidad probatoria que se produce en la fase de preparación de juicio y que examinaremos en los próximos apartados.

b) Elementos específicos

- Problemas probatorios más relevantes que debe analizar la Fiscalía

1. Conocimiento acabado de la evidencia a presentar. Resulta trascendental de cara al juicio, que la Fiscalía conozca y entreviste a los testigos y peritos que examinará en el curso del juicio. Ello es fundamental por las siguientes razones:

    1.1. Conocer las características del testigo o perito determinará la forma de aproximarse al mismo, el tipo de preguntas y el lenguaje que deben emplearse. En efecto, hay testigos que son desordenados para exponer y transferir información, otros en cambio exageran los detalles, otros incluso presentan evidencias de ser nerviosos y con riesgo potencial de confundirse u olvidar detalles relevantes por sus características de personalidad. Todo lo anterior es importante para definir el ritmo del interrogatorio directo, la complejidad de las preguntas, el orden de las mismas, la necesidad potencial de refrescar memoria, el uso de preguntas abiertas o cerradas, entre otros aspectos.

    1.2. Conocer datos personales o profesionales del testigo o perito es otro aspecto fundamental, pues permite resaltar aspectos relacionados con su credibilidad y verosimilitud, las que pueden estar referidas a relaciones con las partes y el conocimiento de las mismas, el manejo de una ciencia, arte u oficio por parte del perito, o bien explicaciones que permitan entender las razones por las que pudo apreciar los hechos, entre otras múltiples hipótesis. Este tema es clave para dotar a las proposiciones fácticas de las razones por las cuales deben resultar creíbles frente al tribunal.

1.3. Es necesario conocer las debilidades que los testigos o peritos poseen con el objeto de determinar el camino a seguir con ellos, las que pueden ir desde adelantar las mismas para evitar percepciones de ocultamiento, omitirlas por irrelevantes, transformar las debilidades con explicaciones pertinentes, entre otras opciones.

1.4. Es fundamental determinar cuántas proposiciones fácticas está en condiciones de incorporar el testigo o perito, a efectos de definir los temas a tratar con ellos y las preguntas que permitirán extraer tales porciones de información.

1.5. Otro aspecto importante es la determinación de los testigos o peritos que efectivamente serán incorporados en el juicio, pues las debilidades de algunos pueden hacer conveniente, según el avance del caso en fase de juicio, prescindir de sus declaraciones, prefiriendo las de aquellos testigos que resultaron más consistentes y creíbles cuando fueron presentados.

1.6. Otro aspecto necesario de destacar, refiere a la importancia de evitar hacer preguntas que el testigo o perito no está en condiciones de contestar por falta de conocimiento sobre el hecho, lo que evita la mala impresión en juicio que dicha respuesta negativa ocasiona. Solo se debe preguntar lo que se sabe que puede responder.

1.7. Un siguiente aspecto destacable refiere a la necesidad de determinar el orden de las evidencias, lo que está determinado por variables como la cronología de los hechos, los temas más relevantes que deben ser tratados en juicio y la relación de tales hechos con los testigos. Todo ello determina el orden de la prueba en juicio, el que puede considerar variables cronológicas si ello facilita la comprensión y verosimilitud del relato por parte del tribunal, o bien la relevancia de tratar determinados temas al inicio y al final de la examinación por razones estratégicas vinculadas a la importancia de tales temas.

1.8. Finalmente, la incorporación de la prueba puede tener criterios cronológicos o temáticos, pero siempre debe ser con un orden, pues así facilitará la comprensión del tribunal de los hechos que se busca acreditar. De esta forma, se puede ejemplificar al siguiente tenor: Si se trata de un juicio por posesión de arma de fuego, es importante incorporar al testigo policía que la incautó y detuvo al acusado; luego, dentro de su testimonio, pedirle reconocer el arma para que queda incorporada; reglón seguido incorporar al perito, quien también reconocerá el arma ya ingresada, y acompañar el documento que indica que el arma no estaba inscrita y el imputado carecía de sus autorizaciones.

2. Licitud de la evidencia. Un segundo problema específico que la Fiscalía debe enfrentar, refiere a las condiciones en las que la prueba fue obtenida, y los derechos y garantías que eventualmente pueden aparecer afectados o vulnerados. Ello es fundamental para determinar el curso del caso, pues puede definir el que se desestime la misma –sin perjuicio de las responsabilidades por las acciones ilícitas o ilegítimas del ente respectivo– o bien que se busquen evidencias de reemplazo que no estén contaminadas con la ilicitud de base. Este último aspecto puede llevar también a las hipótesis de fuente independiente, vínculo atenuado o eventualmente –aunque más complejo de fundamentar– el caso de descubrimiento alternativo.

En este tema destacamos la importancia de la buena fundamentación en las audiencias de control de detención y de preparación de juicio oral, pues son aquellas destinadas a establecer la licitud de la

prueba que se lleva a juicio. De tal forma, que haber obtenido un resultado positivo en dichas audiencias permitirá despejar las alegaciones que el contradictor realice.

3. Incorporación de la evidencia en la carpeta de investigación. Otro aspecto importante refiere a la necesidad de que la Fiscalía incorpore efectivamente la evidencia que se intentará introducir a juicio en la carpeta de investigación. Ello es parte de la exigencia de registro que posee por el principio de objetividad, que permite asimismo respetar el derecho a defensa en cuanto al conocimiento oportuno de la prueba de cargo, y la posibilidad de presentar prueba de descargo. Este punto se torna importante de cara a la audiencia de preparación de juicio, pues el TG puede realizar un control de este punto de oficio, o bien a petición de parte. El registro es una exigencia legal que se establece a la parte acusatoria, pues –más allá de lo que la Fiscalía presente efectivamente en juicio– es un deber corroborar la existencia en la investigación, a fin que esta no sea una "sorpresa" para el imputado.

   Lo anterior no quiere decir que solo puedan declarar aquellos que aparecen con declaración escrita en el proceso investigativo, sino que su existencia y relato consten en el mismo (por ejemplo un testigo que entrega su versión a un policía y no la puede ratificar posteriormente, es igualmente un testigo de los hechos, que es conocida su existencia y podrá ser incorporado como medio probatorio válido).

4. Evidenciar los problemas de las evidencias de la parte contraria. Junto con la evidente preocupación por presentar evidencias propias para respaldar las proposiciones fácticas, se requiere determinar las evidencias que permitirán desacreditar las evidencias de la parte contraria. Ello obliga a conocer la prueba del contrario, y determinar la forma de enfrentarla, la que puede seguir los siguientes caminos:

   4.1. Presentar prueba autónoma de refutación para desacreditar al testigo o perito de la parte contraria, ya sea que se apunte a su persona o su testimonio.

   4.2. Evidenciar los problemas entre los testigos de la parte contraria, por ser inconsistentes o contradictorios entre sí.

   4.3. Evidenciar en la fase de contra examinación los problemas de credibilidad personal del testigo o perito de la parte contraria.

   4.4 Evidenciar en la fase de contra examinación los problemas de consistencia o credibilidad de las afirmaciones de los testigos o peritos de la parte contraria.

   4.5. Aunque no es lo habitual, no puede desestimarse el utilizar los dichos del testigo o perito para reforzar la teoría del caso de la Fiscalía, o para reforzar parte(s) de la(s) proposición(es) fáctica(s) incorporada(s) a juicio por sus testigos o peritos. De esto da cuenta la trascendencia de un buen contrainterrogatorio, toda vez que la Fiscalía puede consultar y obtener otra información o evidenciar conflictos o contradicciones.

   Este conjunto de razones hacen visible la relevancia de conocer con la mayor exhaustividad la prueba de la parte contraria, lo que debe motivar por una parte a preguntar y solicitar en la audiencia de preparación la mayor cantidad de información y aclaraciones de cada testigo de la defensa, o eventualmente de la

parte querellante, para conocer la pertinencia de dichas pruebas y ámbito de temas que se pretende tratar con ellas en fase de juicio, y por otra parte, ser capaces de buscar información para desacreditar tales testigos o peritos en juicio. No solo en cuanto al núcleo de su deposición, sino también en cuanto a su credibilidad previa (revisión de condenas previas, declaraciones inexactas, etc.).

5. Cadena de custodia. Otro aspecto importante de considerar, en relación a las evidencias que se presentarán a juicio, refiere a la necesidad de resguardar adecuadamente la indemnidad de las mismas y su cadena de custodia, documento que individualiza inequivocamente la especie y registra e identifica en forma completa e ininterrumpida a las personas que estuvieron o están a cargo de la custodia de la misma. Ello permite posteriormente reproducir en la fase de incorporación de la evidencia los pasos que se siguieron para obtener, levantar, examinar, trasladar y custodiar cada prueba, disponiendo asimismo de los antecedentes que permiten acreditar tales aspectos para hacer frente a eventuales cuestionamientos sobre ella.

   Un gran elemento que permite seguir la historia de la cadena de custodia es referirse a la misma junto al NUE (Número Único de Evidencia) de cada evidencia a incorporar, pues este contiene la historia cronológica y detallada de las personas que intervinieron desde su levantamiento. Seguir el orden de la cadena de custodia es una buena y ordenada forma de llevar la incorporación de la prueba en juicio.

6. Orden de las evidencias. Otro factor que merece ser analizado dice relación con la determinación acerca del orden en que serán presentadas las pruebas en el juicio. Ello debiera estar determinado, entre otros, por los siguientes factores:

   6.1. Cronología. Hay casos donde la sucesión de los hechos y la comprensión de los mismos por parte del tribunal, exige presentar las pruebas respetando dicha cronología a fin de facilitar a los jueces la asimilación, retención y comprensión de las versiones y teoría del caso.

   6.2. Resaltar temas relevantes. Otra forma de ordenar y presentar la evidencia, en aquellos casos donde la cronología no juega un factor relevante, es colocar la prueba más importante al inicio y al final, de modo de asegurar un buen inicio o final de la fase de prueba, destacando los aspectos o temas que se consideran prioritarios para iniciar y finalizar la incorporación de los distintos medios con los que se cuenta.

   6.3. Relación entre prueba directa e indiciaria. Como veremos en los siguientes apartados, la evidencia puede ser clasificada en diversas categorías normativas o lógicas, lo que puede determinar el orden de las mismas. En efecto, cuando existe evidencia indiciaria que puede comprenderse mejor a partir de su vínculo con una prueba directa, debiera preferirse la incorporación de la prueba directa antes que la indiciaria.

7. Incorporación de la evidencia material. Un último factor que debe considerarse, para efectos de la presentación de evidencia al juicio, refiere a la necesidad de predeterminar cuáles testigos o peritos serán los medios usados para incorporar la evidencia material. En efecto, tal evidencia no puede bastarse a sí misma y requiere que alguien la reconozca, describa y determine la relevancia de la misma. Ese es un asunto que debe estar determinado con anterioridad al inicio del juicio. Si bien es posible presentar la

evidencia en forma autónoma (esto es, incorporándola directamente y pidiendo se tenga por acompañada al caso), pierde la posibilidad de explicar sus características. La forma de incorporación recomendada para efectos explicativos es incorporar la evidencia durante la declaración del testigo o perito, pues permitirá que de manera directa este dé fe, ya sea de su origen, características, contenido, etc.

Debemos recalcar que hay evidencia que el legislador ha provisto de fuerza intrínseca y que corresponde a los informes periciales que se citan en el artículo 315, inciso final, del CPP, los cuales – sin perjuicio del valor probatorio que otorgue finalmente el tribunal conforme a los principios de la sana crítica– se acompañan documentalmente (tales como alcoholemias e informes de ADN), sin necesitar de la exposición del perito ejecutor.

8.9. Tipos de evidencia

Existen distintas clasificaciones posibles de la evidencia[103] que se presentará en juicio. De esta forma podemos distinguir a los menos las siguientes:

1. Evidencia según categorías normativo-procesales. Esta clasificación distingue entre prueba de testigos, prueba de peritos, prueba documental, prueba material, etc.

2. Evidencias según su nivel de autosuficiencia para acreditar las proposiciones fácticas. Esta clasificación permite distinguir entre evidencia directa o indiciaria[104].

3. Evidencias según su naturaleza lógico-argumentativa. Esta clasificación de Paul Bergman[105] permite distinguir la evidencia afirmativa, de refutación, de credibilidad, explicativa o emocional.

De este conjunto de clasificaciones resulta importante detenerse en las efectuadas por Paul Bergman atendida su relevancia en las perspectivas argumentativas, lógicas y estratégicas.

Pasemos revista a algunas de estas cuestiones.

8.9.1. Evidencia directa

Esta primera clasificación apunta a diferenciar aquellas evidencias que tienen la autonomía o suficiencia para acreditar una determinada proposición fáctica versus aquellas que no poseen tal característica.

En efecto, las evidencias directas son aquellas que poseen la virtud o característica de poder acreditar de modo directo o inmediato la existencia de una determinada proposición fáctica[106]. En otras palabras, el contenido de este tipo de evidencias permite al tribunal mediante un razonamiento directo, entrelazar sin

103 BLANCO *et al.* (2021), pp. 99 y ss.

104 BERGMAN (1995), pp. 26 - 33.

105 BERGMAN (1995), pp. 26 - 33.

106 BERGMAN (1995), pp. 26 - 33; TRAVERSI (2005), p. 49.

razonamiento inferencial[107], la relación o vínculo entre la prueba y el hecho a acreditar, pudiendo dar por acreditado el hecho en la medida que la prueba directa pueda reunir otras características que permitan usarla como base de valoración confiable[108].

La relevancia que posee la evidencia directa en el litigio estratégico está vinculada con los siguientes aspectos:

1. Es una evidencia relevante por su capacidad de acreditar por sí misma una proposición fáctica. Ello se traduce en menores exigencias de argumentación.

2. Es una evidencia que obliga o fuerza a trabajar como foco en los aspectos vinculados a la credibilidad de la fuente o medio de prueba. En efecto, si la afirmación efectuada por un determinado testigo permite acreditar sin más elementos la existencia de un hecho jurídico penalmente relevante, únicamente resta establecer el grado de confiabilidad que esa prueba posee para poder ser aceptada y usada por el tribunal en su proceso valorativo.

3. La evidencia directa es una base o referente obligado para trabajar la evidencia indiciaria, pues la fuerza de los indicios descansa en parte en su capacidad de relacionarse con una prueba directa.

8.9.2. Evidencia indiciaria

Esta evidencia es aquella que carece de la entidad para acreditar de modo inmediato y directo la existencia de una proposición fáctica principal o directa, sino únicamente un indicio o proposición fáctica secundaria, pues para acreditar una proposición fáctica principal, requiere de un razonamiento lógico inferencial para acreditar un hecho jurídicamente relevante en el juicio.

De conformidad con Traversi, "un indicio demuestra la existencia de un hecho secundario, es decir, de un hecho conocido desde el que es posible remontarse, a través de un razonamiento lógico, al hecho ignorado que hay que probar"[109].

a) Relevancia de la evidencia indiciaria en el litigio estratégico

1. Es útil tener en cuenta el carácter de indiciario de una determinada prueba, pues ello fuerza al litigante a presentar al tribunal el razonamiento lógico que debe emplear para forzar una determinada conclusión a partir del indicio determinado.

2. Es útil tener en consideración la necesidad de agrupar el conjunto de indicios que se relacionan entre sí por referirse a un mismo elemento fáctico. Ello otorga más fuerza probatoria a tal conjunto de elementos indiciarios.

3. Es necesario relacionar los indicios[110] con la evidencia directa con la que están conectados.

107 BERGMAN (1995), p. 30.

108 Este punto refiere a la credibilidad de la evidencia y su capacidad de satisfacer las exigencias de la doctrina y la jurisprudencia.

109 TRAVERSI (2005), p. 52.

110 Indicio es un hecho conocido que nos permite acreditar con fundamento real un hecho desconocido, que pasa a tener calidad de prueba

8.9.3. Evidencia afirmativa o de refutación

De conformidad con lo señalado por Paul Bergman, la evidencia afirmativa es aquella que recae en los hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica[111].

La evidencia de refutación, en cambio, es aquella que se utiliza para desvirtuar la existencia de una proposición fáctica, ya sea negando su existencia o forzando una conclusión contraria o diversa[112]. Ejemplo claro de refutación es el que se puede ejercer en los contrainterrogatorios, en los cuales el litigante puede demostrar que –en base a los antecedentes que debe reunir previamente– el testigo no es fiable (por su conducta o prontuario), o que tiene ganancias secundarias con su testimonio.

8.9.4. Evidencia de credibilidad

La evidencia de credibilidad es aquella que se emplea en el juicio para dotar de mayor verosimilitud la existencia de una o más proposiciones fácticas y, por tanto, la capacidad del tribunal de seleccionarla por sobre otras para fundar sus decisiones o juicios valorativos. Tal como dice Bergman, la evidencia de credibilidad afecta la verosimilitud y el carácter más o menos fidedigno de los relatos[113].

La evidencia de credibilidad puede referirse a los antecedentes usados para acreditar a un testigo o perito para que sus dichos, afirmaciones o conclusiones sean aceptables frente al tribunal.

Sobre el particular, la credibilidad que tiene un testigo o perito viene dada no solo por su deposición sobre el caso concreto, sino sobre sus estudios, capacitaciones o experiencia profesional que pueden ser empleados como un ilustrativo al tribunal de su capacidad profesional.

Sobre las pericias que se pronuncian sobre la metodología empleada en otra similar, también conocidas como "metapericias", estimamos que aquellas no cumplen con los requisitos previstos por el artículo 314 del CPP, pues no efectúan un análisis de "algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio". Aquello, por cuanto no hay una pericia propiamente tal, sino un ataque metodológico a una realizada. Corresponde a la labor del litigante su desacreditación en juicio, formulando preguntas al perito, primeramente al tenor del artículo 315 letra a) del CPP, a fin de que reconozca no haber periciado a una persona u objeto, en seguida, según lo previsto en el artículo 318 del CPP, acerca del rigor técnico o científico de su análisis teórico. Asimismo debe hacerse con el perito propio, a fin de evidenciar la diferencia existente entre ambas exposiciones.

según el mérito del mismo (por ejemplo, el testigo que indica que el imputado no estuvo en el lugar que señala, sino que estuvo en el lugar de los hechos. Si bien no permite asegurar que efectivamente haya tenido directa participación en los mismos, sí permite establecer su presencia en el lugar de ocurrencia de estos).

111 BERGMAN (1995), p. 26.

112 BLANCO *et al.* (2021), p. 101.

113 BERGMAN (1995), p. 28.

8.9.5. Evidencia explicativa y emocional

Finalmente encontramos la evidencia explicativa, que permite entregar al tribunal datos o elementos de juicio para entender por qué razón los hechos ocurrieron de una determinada forma, así como los móviles o motivaciones de las personas que interactuaron en torno a ellos. Sobre este punto, generalmente se emplea a los testigos de contexto, que si bien no son directos en su apreciación sensorial, son aquellos que permiten entender otras circunstancias fácticas importantes para "cerrar el círculo" de los hechos (por ejemplo, un testigo que recibe una develación de una víctima en un delito sexual, permite explicar no solo lo que se le informó, sino el estado emocional, social y conductual del develante).

La evidencia emocional, a su turno, es aquella que se relaciona con aspectos o variables que tienden a predisponer favorablemente al tribunal frente a una determinada versión de los hechos y que se vincula con valores de justicia o moral. Bien vale la precisión antes señalada en cuanto a los testigos de contexto.

9. Conclusiones y utilidad de la teoría del caso

El conjunto de consideraciones y razonamientos realizado en los apartados precedentes permite explicitar, aclarar y enfatizar la relevancia que posee la teoría del caso como método, como relato estratégico y como herramienta de ordenamiento y sistematización de información para persuadir al tribunal ante el cual se litiga.

De este conjunto de elementos pueden extraerse las siguientes conclusiones finales:

La teoría del caso es el proceso de construcción de un relato articulador y guía para presentar los hechos más relevantes del caso al tribunal. A su vez, es relevante como método para distinguir y ordenar las cuestiones fácticas, jurídicas y probatorias. En efecto, el poder identificar las variables normativas relevantes, los hechos que se vinculan a tales variables normativas y las evidencias que soportan los hechos es un asunto central para ordenar información.

Como tal, permite orientar investigaciones criminales, no solo en el sentido de ordenar información recogida, sino también para identificar los vacíos que las pesquisas van permitiendo evidenciar.

Asimismo, permite evidenciar la necesidad de dotar a los relatos de insumos que facilitan su simplicidad, autosuficiencia, y credibilidad.

Siendo así, es un método para analizar la relevancia de la prueba y clasificar la misma en función de su capacidad de acreditar las proposiciones fácticas y determinar las exigencias argumentativas.

De esta manera, permite identificar los temas a tratar con cada testigo y perito en las examinaciones directas.

Por último, la teoría del caso solo es modificable durante la investigación. Al momento de llegar a acusar, debe ser única, coherente y validada por los medios de que se dispuso durante el proceso.

CAPÍTULO III

AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN Y FORMALIZACIÓN

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Audiencia de control de detención

1.1. Definición

En una primera aproximación, podemos conceptualizar la audiencia de control de detención, de manera muy general, como una instancia de examen jurisdiccional sobre la legalidad de la detención llevada a cabo respecto del imputado[114].

Conviene prevenir que no abordaremos la audiencia de control de detención celebrada ante un TJOP, desde que en esta el examen recae únicamente sobre las órdenes judiciales que este tribunal emite y, generalmente, no tiene mayores repercusiones en el procedimiento ya en curso. Tampoco analizaremos la detención por presentación voluntaria del imputado que regula el artículo 126 del CPP, pues en este caso, el imputado concurre directamente ante el tribunal que emitió la orden, el que verificará su vigencia, dará cumplimiento al estatuto del detenido, y en la audiencia se realizará la actuación que justificó la emisión de la orden.

1.2. Fuente normativa

El control de la legalidad de la detención no aparecía consagrado ni regulado en el texto original del CPP, sin embargo, incluso antes de su entrada en vigencia, existía consenso entre los futuros operadores que venía impuesto por el derecho del detenido a obtener una pronta revisión judicial de la legalidad de su detención, reconocido en tratados internacionales suscritos por Chile (artículos 7.5 y 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9.3 y 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)[115], sin perjuicio que el artículo 19 N° 7 de la CPR establece, como consecuencia del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en su letra c), el deber de poner al detenido a disposición del juez competente dentro de determinados plazos[116].

Se ha postulado también que este control de legalidad de la detención corresponde a una manifestación o ejercicio de la acción de amparo reglada en el artículo 95 del CPP[117]. Pese a que ambas instituciones procesales poseen un objeto y finalidad común, revisten notorias diferencias[118] que obstan para considerar

114 Otras conceptualizaciones que varían según el tipo de detenciones que se incluyen entre las que serán objeto de control, en HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 387; FALCONE (2012), p. 451; HOYL (2021), p. 129, y CERDA (2021), p. 37.

115 SALAS (2009), pp. 363 - 365, y SALAS (2021), p. 69. Ver también ARIAS (2005), p. 235; FALCONE (2012), pp. 490 y 491, y GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 108.

116 Lo que constituye también fundamento constitucional para este control a juicio de ARIAS (2005), p. 230.

117 Destacan los vínculos de ambas herramientas, ARIAS (2005), p. 234; GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 108, y OLIVER (2021), p. 104.

118 Podemos mencionar las siguientes: 1) En la audiencia de control de detención se examina la aprehensión del "imputado" efectuada en alguna de las situaciones previstas en los artículos 127 a 130 del CPP, mientras que en la acción de amparo el control de legalidad de la privación de libertad no está restringido ni a quien tenga la calidad de imputado en una causa penal ni a las situaciones previstas en dichos preceptos; 2) La audiencia de control de detención sí permite –con las restricciones que se verán más adelante– revisar la legalidad de una detención ordenada por resolución judicial, a diferencia de la acción de amparo que expresamente lo descarta, como lo sostiene HOYL (2021), p. 149; y 3) En la audiencia de control la declaración de ilegalidad de la detención no autoriza al juez para ordenar la libertad del imputado si la Fiscalía pretende formalizar y solicitar medidas cautelares, a diferencia de la acción de amparo que siempre permite dicha

su aplicación alternativa a discreción del detenido o su defensa[119].

Hoy el CPP reconoce en normas dispersas este control de legalidad de la detención[120], mas aún no ha definido cómo debe realizarse, ni los alcances y efectos del mismo, salvo para indicar principalmente los efectos que "no" tiene, como luego se verá.

1.3. La "detención" como objeto de control

La detención, como medida cautelar personal, y como objeto de control de legalidad en la audiencia, es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, asegurando de ese modo su comparecencia a algún acto del procedimiento[121].

Empero, el control de legalidad practicado en la audiencia en análisis no recae únicamente sobre el "acto de la detención", esto es, la aprehensión material o física, la inmovilización del imputado, lo que dejaría fuera del escrutinio judicial todas las actuaciones anteriores que originan la detención y las posteriores a consecuencia de aquella.

En efecto, el examen de legalidad engloba el "procedimiento de detención"[122], entendido como un conjunto de actuaciones que comienzan, si se trata de una detención por orden judicial, con la emisión de la orden por la autoridad competente, y si corresponde a una detención en situación de flagrancia, con las circunstancias fácticas que conformaron o dieron lugar a esa situación –lo que incluye el examen de actuaciones previas[123], por ejemplo, el control de identidad[124] con ocasión del cual se descubre la flagrancia–, y terminan ambas con la presentación del detenido ante el TG competente dentro de plazo[125]. En ese orden, el control de legalidad

liberación en caso de declararse la ilegalidad de la privación de libertad.

119 De ese modo, de instruir la Fiscalía la conducción del imputado detenido en situación de flagrancia a la primera audiencia en que se formalizará la investigación, el procedimiento reglado en el artículo 132 del CPP, por especialidad, excluye la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 95 del CPP y, en particular, la posibilidad de ordenar la libertad del detenido de declararse ilegal su detención, aun cuando sea pedida por el imputado o terceros en su nombre.

120 La Ley N° 19.789, de 2002, incorporó un nuevo artículo 393 bis al CPP, que establece la facultad del fiscal para comunicar al imputado "en la audiencia de control de la detención", en forma verbal, el requerimiento de procedimiento simplificado. La Ley N° 20.253, de 2008, regula los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención en la audiencia del artículo 132 del CPP, y además consagra en el nuevo artículo 132 bis la posibilidad para la Fiscalía de apelar contra la resolución que declare ilegal la detención. Un juicio crítico sobre esas modificaciones, que insinúa como "involución", en OLIVER (2021), pp. 101 a 112.

121 HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 364.

122 Un tratamiento semejante en lo medular en CISTERNA (2004), pp. 73 - 74; ARIAS (2005), p. 236; FALCONE (2012), p. 78, y ACADEMIA JUDICIAL (2021), p. 32.

123 Supuesto que FALCONE (2012), pp. 460 y 479, llama "detención ilegal derivada".

124 ENCINA (2021), pp. 253 - 254, describe como en la audiencia de control de detención el debate ha tendido a centrarse en la existencia del indicio del artículo 85 del CPP, por sobre la flagrancia del artículo 130 del CPP. Para un estudio sobre la jurisprudencia reciente del Máximo Tribunal en materia de control de identidad, ver RODRÍGUEZ (2019), pp. 30 - 59 y RODRÍGUEZ (2020a), pp. 452 - 482.

125 Aunque como acierta ARIAS (2005), p. 249, la ampliación no es una cautelar distinta de la detención que ya se libró o practicó, existe consenso en que una eventual ilegalidad cometida por los custodios, policía o Fiscalía durante el lapso de la ampliación no conlleva la declaración de ilegalidad de la detención, sino únicamente del acto viciado y sus efectos mediante las herramientas procesales correspondientes a la infracción. Hace excepción a lo anterior la ampliación de la detención realizada de conformidad al artículo 39 de la Ley N° 20.000, de 2005, y al artículo 11 de la Ley N° 18.314, de 1984, que permiten ampliaciones por plazos mayores a los señalados en el artículo 132 del

incluirá la extensión temporal de este procedimiento y todo lo acontecido durante el mismo, lo que puede abarcar afectaciones a derechos distintos de la libertad personal[126], como la causada a la privacidad por el ingreso no autorizado por la ley, el juez o el dueño o encargado, a un domicilio[127] para realizar la detención.

1.3.1. Tipo de detenciones que son objeto de control

Las detenciones cuya legalidad se revisa en esta audiencia son las siguientes:

La detención en caso de delito flagrante y la detención por orden judicial, de los artículos 127, 129 y 130 del CPP. Estas detenciones pueden ser imputativas, esto es, aquellas que se decretan o practican sin citación previa, con el objeto de asegurar la presencia del imputado a la audiencia en que se pretende formalizar la investigación y, eventualmente, adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra[128], situación prevista en el inciso primero del artículo 127 del CPP que regula la procedencia de órdenes judiciales de detención, y en caso de detenciones por delitos flagrantes, cuando el control de la detención culmina con una formalización de la investigación o la presentación de un requerimiento en juicio simplificado; audiencia de control que en este último caso puede limitarse sólo al control de la legalidad de la detención. Otras diferencias entre la detención en flagrancia y por orden judicial, son que en la primera el fiscal puede decidir dejar sin efecto la detención, disponiendo que el detenido quede en espera de citación, lo que no puede realizar en caso de orden judicial; así como tampoco corresponde al juez que controla la detención, valorar los antecedentes que tuvo a la vista el juez que otorgó la orden. Finalmente cabe agregar que la detención por orden judicial, además, puede tener lugar en los casos en que, previa citación, el imputado no asistiese a una audiencia que requiere de su presencia para su realización.

1.4. Control de "legalidad"

En este examen el juez verifica que la privación de libertad que conlleva la detención, conforme garantiza el artículo 19 N° 7 letra b) de la CPR, se haya efectuado en "los casos" y "en la forma"[129] determinados por la Constitución y las leyes[130].

CPP sin mediar audiencia alguna, por lo que en estos supuestos, con posterioridad a la ampliación se realizará la primera comparecencia del imputado y será la oportunidad de la defensa para cuestionar la legalidad por lo ocurrido durante todo ese período. Concordante con lo dicho en relación al artículo 39 de la Ley N° 20.000, ver Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 3-18, de 10 de enero de 2018 (confirmada por Corte Suprema, Rol N° 1.109-18, de 22 de enero de 2018) y Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 739-16, de 1 de junio de 2016.

126 FALCONE (2012), p. 457, posición fundada en los artículos 6 y 19 N° 7 letra b) de la CPR. Respecto de esta última disposición, porque el cumplimiento de las "formas" constitucionales y legales para privar de la libertad, implican el respeto de las normas de procedimiento en general y no solo las que digan relación, puntualmente, con la afectación de la libertad personal.

127 Un completo estudio sobre esta diligencia en RODRÍGUEZ (2021), pp. 259 - 287.

128 HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 364.

129 Lo que ARIAS (2005), p. 236, denomina legalidad material y formal, respectivamente.

130 FALCONE (2012), p. 461, expone que ello incluye a los tratados internacionales de derechos humanos por disposición del artículo 5, inciso 2°, y también, en conformidad al artículo 6, inciso 1°, ambos de la CPR, a toda norma dictada conforme a la Constitución.

Sobre esta garantía se ha declarado que su texto "demuestra que la libertad personal es un derecho con reconocimiento constitucional que obedece a la situación normal o general de todo ciudadano, quien sólo podrá verse privado o restringido del mismo, excepcionalmente, en los casos y siguiendo las formas que definan la misma Constitución y las leyes, de manera que de no presentarse alguna de tales situaciones o no respetarse dichas formas, tal privación o restricción deviene en contraria a la Constitución y las leyes"[131].

"Los casos" aludidos por la disposición constitucional son dos: el delito flagrante y la orden de funcionario público competente –ya dijimos que nos referiríamos únicamente a la orden judicial–, a los que deben añadirse los enunciados en el inciso 4° del artículo 129 del CPP.

Y "la forma" de la detención, o más bien el procedimiento al que deben sujetarse quienes la ejecuten y que es objeto de control, corresponde a diversos ámbitos cuya concreta definición variará de tribunal en tribunal, pero que pueden sumariarse como el respeto del estatuto del detenido y del plazo para ponerlo a disposición del tribunal.

1.4.1. Situación legal de flagrancia y no delito flagrante

El artículo 130 del CPP establece causales que son propiamente de flagrancia en sus letras a) y b)[132], porque efectivamente describen hipótesis que cumplen con las exigencias de ostensibilidad[133] y coetaneidad o inmediatez que la doctrina demanda para así catalogarlas[134], pero también recepciona otras que se denominan flagrancia ficta[135] o virtual[136], o cuasiflagrancia[137], que corresponden a las descritas en los literales c) a f) que carecen de alguna de esas características, no obstante lo cual el citado precepto dispone que igualmente "se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia". Con esta última frase la ley admite que, si bien algunas hipótesis del artículo 130 no constituyen situaciones de flagrancia, se reputa que lo son[138].

En ese marco, por sobre el análisis de la concurrencia de inmediatez y ostensibilidad en el contexto factual en que se lleva a cabo la detención, debemos indagar si se presenta alguna de las situaciones que el legislador califica como de flagrancia[139].

131 Corte Suprema, Rol N° 40.860-17, de 19 de octubre de 2017.

132 DURÁN (2011), p. 178. CISTERNA (2004), p. 42, las denomina causales de flagrancia concreta o material.

133 Elemento requerido en Corte Suprema, Rol N° 16.974-21, de 17 de mayo de 2021.

134 CISTERNA (2004), p. 43.

135 POBLETE (2014), p. 21.

136 CISTERNA (2004), p. 43.

137 VITAR (2011), p. 562, y DURÁN (2011), p. 177.

138 DURÁN (2011), p. 178. En Corte Suprema, Rol N° 6.868-14, de 13 de mayo de 2014, se explica que el régimen legal de la flagrancia incluye hipótesis donde lo ostensible o evidente no es tan claro y, por lo mismo, se acercan más a la sospecha.

139 En el mismo sentido instruye Oficio FN N° 176/2008, de 26 de marzo de 2008, Imparte instrucciones generales para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.253, p. 7, y se desprende de la conceptualización de CISTERNA (2004), p. 51, de la detención por flagrancia como aquella que ocurre "cuando se dan los requisitos legales que configuran la correspondiente situación de flagrancia".

1.4.2. Orden judicial de detención

De considerarse el control de legalidad de la detención en la audiencia del mismo nombre, una manifestación o ejercicio de la acción de amparo del artículo 95 del CPP, ello debería llevar a concluir que, más allá de verificar la "existencia" y "vigencia" de la orden judicial de detención en esa audiencia –indispensable para determinar el curso de la misma– un examen de su fundamento no sería posible, desde que el citado artículo 95 señala que la legalidad de la privación de libertad ordenada por resolución judicial, solo puede impugnarse por "los medios procesales que correspondan", de lo que se infiere que entre esos medios no se cuenta la acción de amparo y, por consiguiente, la audiencia de control de detención[140].

La valoración y aquilatamiento que, a la sazón hizo el juez, de los distintos antecedentes que lo llevaron a concluir que en la especie se colman las exigencias del motivo legal específico en que se afinca la orden de detención, o que se cumplen las exigencias de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, o la sujeción al principio de proporcionalidad o necesidad, no puede ser revisada nuevamente en la audiencia de control de detención, pues implicaría consagrar indirectamente una vía "atípica" de impugnación de la anterior decisión jurisdiccional sin plazo alguno, ante el mismo tribunal[141].

En ese orden, no podría ser objeto de un nuevo examen, por ejemplo, la determinación del juez de considerar como "razón suficiente" para ordenar la detención del imputado por hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, la circunstancia de que haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos, supuesto reglado en el artículo 127, inciso 3°, del CPP, o que se trataba de un caso urgente de aquellos a que se refiere el inciso 3° del artículo 9 del CPP[142].

140 Criterio seguido en Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 39, y que comparten GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 108.

141 SALAS (2009), p. 383, estima que la orden judicial no puede ser objeto de un cuestionamiento en la audiencia de control ante el mismo juez que la dispuso u otro de su misma categoría, debiendo impugnarse a través de la acción de amparo del artículo 95 del CPP o del artículo 21 de la CPR. FALCONE (2012), p. 485, n. 231, reconoce lo impropio que resultaría declarar ilegal la detención producto de una orden judicial, por el mismo juez que la impartió, pero estima adecuado que haya una posibilidad de verificar que los antecedentes proporcionados sean existentes, íntegros y veraces. GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 108, por su parte, señalan que no procede revisar los fundamentos por el mismo juez que dictó la orden. CERDA (2021), p. 58, en cambio, cree revisables los fundamentos "de acuerdo a las circunstancias del caso", dando como ejemplo, que la orden haya sido otorgada con información errada o inexistente, o que la calificación jurídica de los hechos sea ostensiblemente equivocada. También acepta el control de los "fundamentos" HOYL (2021), p. 164, pero agrega que su ausencia debe subsanarse mediante la nulidad procesal, invalidación que traerá como consecuencia la ilegalidad de la detención posterior. ARIAS (2005), p. 236, n. 36, derechamente incluye dentro de los aspectos revisables a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. En ACADEMIA JUDICIAL (2021), p. 46, se señala que "En general puede decirse que sí es procedente el control de una orden judicial de detención, en particular de aquellas que se hayan otorgado verbalmente conforme al artículo 9 del CPP. Esto puede ser por razones, entre otras, relativas a su vigencia, facultades dadas a la policía, la veracidad e integridad de los antecedentes fundantes planteados por el Ministerio Público, y las condiciones posteriores a la aprehensión material de la persona imputada". La Corte Suprema, conociendo por la vía del amparo del artículo 21 de la CPR, ha efectuado dicha revisión de proporcionalidad de la detención judicial, especialmente la ordenada en contexto de pandemia y con el consiguiente riesgo de contagio para el detenido, ver Corte Suprema, Rol N° 63.444-20, de 9 de junio de 2020; Corte Suprema, Rol N° 69.871-20, de 12 de junio de 2020; Corte Suprema, Rol N° 71.991-20, de 19 de junio de 2020; Corte Suprema, Rol N° 138.414-20, de 19 de noviembre de 2020; Corte Suprema, Rol N° 17.451-21, de 12 de marzo de 2021; Corte Suprema, Rol N° 19.164-21, de 19 de marzo de 2021.

142 En lo concerniente a las órdenes de detención otorgadas de conformidad al inciso 3° del artículo 9 del CPP, como se resolvió en Corte Suprema, Rol N° 19.693-16, de 19 de mayo de 2016, no es exigible que la constancia que de su otorgamiento debe dejar el juez, contenga los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución que dispuso la autorización u orden judicial. HOYL (2021), pp. 147 y 149, afirma que la constancia debe tener como antecedente una resolución que debe cumplir con los requisitos generales del artículo 36 del CPP, sin

1.4.3. Detención del artículo 129, inciso 4°, del CPP

En cuanto a las restantes hipótesis comprendidas en el inciso 4° del artículo 129 del CPP, la audiencia de control de detención servirá para verificar la verdad de las circunstancias que llevaron a la detención[143], junto con el cumplimiento del estatuto del detenido, el que de no respetarse, solo podría generar responsabilidades a nivel administrativo de los policías involucrados, pero no traducirse en efectos adversos para la investigación o el procedimiento, menos aún si este se halla en etapa de ejecución[144].

1.4.4. Presentación del detenido dentro de plazo legal

Los plazos señalados en el artículo 131 del CPP para poner el detenido a disposición del tribunal[145], comienzan a computarse desde que se inicia la detención, es decir, desde aquel momento en que la persona es inmovilizada y, por tanto, pierde la libertad ambulatoria en manos de la policía o del particular que la hubiere practicado[146].

Con la incorporación del actual inciso final del artículo 131 del CPP por la Ley N° 20.074, de 2005, el legislador aclara que se cumple con la obligación legal de poner a disposición del juez al detenido, al dejarlo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal[147-148]. En razón de lo anterior, ya no puede sostenerse

embargo, estima que la falta de esa fundamentación da lugar a la solicitud de nulidad procesal. Asimismo, FALCONE (2012), pp. 466 - 467, sostiene que "los antecedentes bastantes" para considerar que existe el hecho imputado y que la persona a quien se pretende privar de libertad ha intervenido en él deben consignarse en la resolución y reproducirse en el mandamiento de detención o en la constancia emitida conforme al artículo 9, inciso 3°, del CPP. Según GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 108, algunos jueces señalan que, por tratarse de casos urgentes, es posible verificar la veracidad de los presupuestos que se le dieron al juez y cuyo resultado se tradujo en una orden de detención. Analiza jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la orden emitida de conformidad al artículo 9, inciso 3°, del CPP, RODRÍGUEZ (2020b), pp. 228 - 254.

143 Esta audiencia de control de detención podría aprovecharse como oportunidad por la defensa del detenido para discutir la prescripción de la pena o de la acción penal, si esa causal de extinción se verifica durante el período del quebrantamiento –también respecto de quien no se ha presentado frente a una orden emitida conforme al artículo 468 del CPP para el cumplimiento de una pena privativa de libertad– o de la fuga, respectivamente, sin embargo, tratándose de un asunto de lato conocimiento que requiere el examen de antecedentes adicionales, el mismo debiera generalmente quedar postergado para una audiencia posterior. De la misma manera si lo solicitado en el caso del quebrantamiento –o artículo 468 del CPP– es la rebaja de pena por la media prescripción o prescripción gradual del artículo 103 del CP.

144 ARIAS (2005), p. 244, explica que estas detenciones, aunque están relacionados más bien con la ejecución penal que con el aseguramiento de la comparecencia, igualmente exigen control en audiencia, desde que el inciso 2° del artículo 131 del CPP, ordena la puesta a disposición del tribunal "cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130", es decir, incluyendo estas detenciones y no solo las hipótesis de flagrancia y detención judicial imputativa. Avala su posición también este autor en que las normas que regulan la detención, y por lo tanto su control, aparecen entre las Disposiciones Generales del Libro Primero del CPP, que por su ubicación y consagración con carácter de normas generales pueden aplicarse a cualquier tipo de privación transitoria y breve de la libertad que no tenga un procedimiento especialmente previsto para su control. MARÍN (2002), p. 27, por su parte, postula que cuando la detención se produce respecto del condenado ella no reviste el carácter de una medida cautelar, sino de una medida de seguridad que busca reintegrar al condenado al estado de cumplimiento de la pena, que ya le había sido impuesta por sentencia firme.

145 Sobre esta garantía ver FALCONE (2012), p. 475, y DURÁN (2011), p. 181. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos también exigen una pronta intervención judicial, en los artículos 9.3 y 9.4 del PIDCP y 7.5 y 7.6 de la CADH.

146 MARÍN (2002). p. 28; DURÁN (2011), p. 175, entienden que, en el caso de la detención por particulares, desde la entrega a la policía opera lo reglado en el artículo 131 del CPP, esto es, los plazos máximos de detención.

147 FALCONE (2012), p. 476, confirma que el plazo legal no se erige solo como un límite a la permanencia del imputado en el lugar de detención, sino que es un término para poner al detenido ante el juez.

148 Poner a disposición del tribunal, implica trasladar al detenido a las dependencias del tribunal, siendo de resorte del tribunal asegurar que haya funcionarios que permitan el ingreso de Gendarmería a los calabozos, no pudiendo tampoco exigirse el envío de un correo electrónico

que se satisface este deber en la medida en que la policía acredite que todos los actos posteriores al momento de la detención han estado dirigidos, sin solución de continuidad, a materializar dicha conducción inmediata, aunque transcurran más de veinticuatro horas entre el momento en que la detención se hizo efectiva y aquel en que el detenido es puesto a disposición del juez[149], sin perjuicio que un atraso justificado, en el que se realizan todos los actos razonablemente exigibles y esperables para materializar la conducción inmediata, conlleve desestimar la ilegalidad del mismo[150].

1.4.5. Estatuto del detenido

Qué comprenderá específicamente el control del respeto del estatuto del detenido, variará según las prácticas de cada tribunal, pero suele incluir, entre muchos otros aspectos, inquirir si el imputado se entrevistó con su defensa, si se le informó el motivo de la detención, si se le dio lectura a sus derechos y sobre el trato recibido por los policías[151].

1.5. Actuaciones u omisiones cuya ilegalidad conlleva la declaración de ilegalidad de la detención

Si resultado de este control el juez concluye y declara la ilegalidad de la detención, esta constituye una "declaración de mera certeza"[152], cuyo único efecto expresamente reglado es impedir la ampliación del plazo de la detención.

No obstante que, como sostenemos, el control de la legalidad recae sobre el procedimiento de la detención en la forma amplia en que arriba hemos descrito, y no solo sobre la detención como acto de inmovilización del imputado, no toda ilegalidad cometida durante ese procedimiento da lugar a una declaración de ilegalidad de la totalidad del procedimiento, toda vez que puede la ley prever otro efecto o resultar suficientes otras medidas para subsanar la actuación u omisión ilegal[153].

o comunicación telefónica previa, avisando que se llevará a una persona detenida.

149 HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 384.

150 CERDA (2021), p. 64, sostiene que el incumplimiento de la conducción oportuna a la presencia judicial, según los casos, puede implicar responsabilidad administrativa o la eventual comisión del delito del artículo 149 del CP.

151 Aspectos que en ACADEMIA JUDICIAL (2021), pp. 49 y 50, se incluyen en una lista de verificación sugerida a los jueces en la audiencia de control de detención. CERDA (2021), pp. 58 y 59, por su lado, explica que entre las finalidades de esta audiencia se halla el velar por el respeto de los derechos del detenido, lo que comprende constatar que se haya informado el motivo de la privación de libertad y, en su caso, intimado la orden judicial; se cumpla con la información de sus derechos; el derecho a que se informe a familiares del artículo 94 letra e) del CPP; el trato recibido por la policía; y, la citación e intervención, en su caso, de padres o encargado del cuidado de un imputado adolescente. Otro listado en FALCONE (2012), pp. 476 y 477.

152 ARIAS (2005), p. 246 y HERMOSILLA (2021), p. 230.

153 ARIAS (2005), pp. 237 y 247, señala que los rubros de ilegalidad son muy variables y, por lo mismo, no toda ilegalidad puede tener la misma consecuencia ni valoración, añadiendo que no toda detención ilegal puede producir el mismo efecto, porque no toda detención persigue la misma finalidad, ni todo control persigue los mismos objetivos. CERDA (2021), p. 63, sostiene que solo conlleva la declaración de ilegalidad de la detención, el que el juez estime: 1) que la orden no emanó de autoridad facultada para ello, 2) que no se configura una hipótesis de flagrancia, y 3) que no se hizo un correcto uso de las facultades policiales autónomas que originaron la detención. A juicio de SALAS (2021), pp. 71 - 72, los vicios que autorizan al juez a declarar la ilegalidad de la detención son aquellos en que la afectación de derechos del imputado no puede ser revertida de otro modo, desde que está en juego la mismísima legitimación legal con que cuenta el

Precisamente, la consecuencia de la omisión de la lectura de derechos al detenido está prevista en el artículo 136 del CPP, esto es, el deber del juez de informarle de sus derechos y remitir oficio con los antecedentes respectivos a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren[154]. De acusar la defensa que el imputado no fue informado del motivo de su detención, puede esto estimarse subsanado por el relato que hace la Fiscalía en que justifica legalmente la detención[155]. Y de constatarse un maltrato físico y/o psíquico al detenido, dicha agresión debe ser investigada y sancionada según corresponda, ya sea disciplinaria y/o penalmente[156].

Ahora bien, podría algún tribunal estimar que cualquier actuación u omisión ilegal ocurrida durante el procedimiento de detención, vuelve ilegal el mismo en su totalidad, criterio extensivo que por un lado implica que en esos casos la Fiscalía tampoco podrá ampliar la detención, pero por el otro, importa que dicha declaración de ilegalidad facultará a la Fiscalía para apelar de la misma de conformidad al artículo 132 bis del CPP, recurso del que de otro modo carecería.

1.6. Desarrollo de la audiencia de control de detención

1.6.1. Discusión y control sobre la legalidad de la detención

Luego de identificados los intervinientes, el magistrado controlará la legalidad de la detención, a petición de parte o, en su defecto, de oficio[157], indagando sobre los distintos aspectos y condiciones de la detención a los que nos hemos referido antes, examen cuya extensión y dinámica variará según las prácticas de cada tribunal, como también se ha dicho.

Toda vez que el inciso final del artículo 132 del CPP expresamente señala que la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que la Fiscalía o el abogado asistente pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, el efecto adverso principal que para la persecución acarrea una declaración de ilegalidad, sea de la detención como un todo o de una específica actuación ocurrida durante ese procedimiento, consiste en la llamada "inutilizabilidad" de la evidencia derivada de esa detención o actuación para fundar la ulterior solicitud de medidas cautelares. Según esta tesis, el juez debe negarse a

Estado para ejercer el *ius puniendi*. Agrega que en otras oportunidades, en cambio, el juez habrá de adoptar medidas administrativas de orden correctivo que en modo alguno incidirán en la validez del procedimiento de la detención, precisando que la calificación de los vicios que acarrean o no la declaración de ilegalidad de la detención, constituye una decisión estrictamente de orden jurisdiccional que habrá de ser resuelta caso a caso. Para HERMOSILLA (2021), p. 228, el defensor puede cuestionar cuatro circunstancias: la procedencia de la detención (artículo 124 del CPP), la flagrancia (artículo 130 del CPP), la aprehensión por fuga o quebrantamiento (artículo 129, inciso 4°, del CPP), o la correcta ejecución de la detención por orden judicial (artículo 127 del CPP).

154 Así también lo postulan HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 369 y 370; SALAS (2009), pp. 384 y 385; DURÁN (2011), p. 186; CERDA (2021), pp. 63 y 64; HERMOSILLA (2021), p. 227, y GAJARDO y HERMOSILLA (2021), pp. 108 y 109.

155 Así se sugiere en ACADEMIA JUDICIAL (2021), p. 45.

156 De la misma opinión CERDA (2021), p. 64; HERMOSILLA (2021), p. 227, y GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 109. FALCONE (2012), p. 457, afirma que se trataría de un caso de detención ilegal, en tanto el ordenamiento jurídico en principio no contempla, como parte del procedimiento de detención, el lesionar al detenido en el recinto policial.

157 Como lo propugnan CISTERNA (2004), p. 63; ARIAS (2005), pp. 237 y 238; SALAS (2009), p. 366; SALAS (2021), p. 71, CERDA (2021); p. 59, y ACADEMIA JUDICIAL (2021), p. 50.

reconocerle valor a esa evidencia, en el entendido de que esta no será eficaz para justificar una decisión de condena, ni puede serlo para justificar una resolución provisional orientada a ese mismo fin[158].

Por ejemplo, si la defensa reclama que durante la detención no se dio lectura de sus derechos al imputado y este confesó la autoría del delito ante la policía, puede el juez, una vez constatada esa omisión, estimar que la misma no importa la ilegalidad de la detención sino solo activa su deber de informarle tales derechos y oficiar a la unidad policial respectiva a fin de que se investigue, sancione y corrija dicha falta para el futuro. Sin embargo, aun cuando no se declaró ilegal la detención, en la posterior discusión de medidas cautelares el defensor seguramente solicitará que esa confesión no sea ponderada al momento de resolver la imposición de esas medidas –se tenga como inutilizable–, por existir ya un pronunciamiento que necesariamente supone la ilegalidad de su obtención.

En razón de ello, las alegaciones de la Fiscalía durante el control de la detención deben centrarse prioritariamente en sostener la legalidad de las actuaciones con las cuales se ha obtenido, o de las que deriva, evidencia de cargo relevante para afirmar la imputación, con prescindencia si, de acogerse el cuestionamiento levantado por la defensa o de oficio por el juez, implicará o no la declaración formal del tribunal de la ilegalidad del procedimiento de detención.

Como se adelantó, lo anterior puede tener como corolario que, contra intuitivamente, puede ser favorable a la Fiscalía, tratándose al menos de los delitos enunciados en el artículo 132 bis del CPP, una concepción amplia del tribunal, en la que la mayor cantidad de acciones u omisiones consideradas por este como ilícitas den lugar a una declaración formal de ilegalidad de la detención, de manera de habilitar su apelación conforme al artículo 132 bis del CPP y, eventualmente, permitir su revocación por el tribunal de alzada en un mayor número de casos –debe sopesarse que, por otro lado, tal pronunciamiento de ilegalidad impedirá, en lo inmediato, la ampliación de la detención–.

1.6.2. Actuaciones de la Fiscalía posteriores a la declaración de legalidad de la detención

Declarada ajustada a derecho la detención, el fiscal o el abogado asistente actuando expresamente facultado por este (artículo 130 del CPP)[159] –en el caso de a), c) y d) –, tiene el siguiente abanico de alternativas:

a) Manifestar que no realizará actuación ni petición

Esta opción puede obedecer a que la Fiscalía prefiera recabar mayores antecedentes antes de definir si efectúa la imputación y en qué términos[160]. Sin embargo, si la Fiscalía solicitó una orden judicial para asegurar la comparecencia del imputado a la audiencia de formalización, aun cuando podría siempre decidir no formalizar, ello debe responder a razones calificadas, como la reunión de nuevos antecedentes que solo se conocen con posterioridad a la solicitud de la orden de detención y en forma previa a la audiencia, pues

158 Aceptan el efecto de la "inutilizabilidad" en el procedimiento penal, HERNÁNDEZ (2004), pp. 87 - 89; HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 210; CISTERNA (2004), p. 77; ARIAS (2005), p. 250; SALAS (2021) p. 87; HOYL (2021), p. 146; HERMOSILLA (2021), p. 230; ENCINA (2021), p. 254; CERDA (2021), pp. 41 y 42, y RETTIG (2021), pp. 204 - 206, quien precisamente destaca que la declaración de ilegalidad tiene gran incidencia en el debate de medidas cautelares, porque define cuál es el material que puede servir legítimamente de antecedente para fundar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal.

159 Sobre la forma de materializar la delegación y las facultades del abogado asistente de fiscal en la audiencia de control de detención ver Oficio FN N° 176/2008, de 26 de marzo de 2008, Imparte instrucciones generales para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.253, pp. 7 - 10.

160 Reconocen esta alternativa HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 387.

de otro modo la Fiscalía debe pedir dejarla sin efecto con la debida anticipación.

b) Requerir en procedimiento simplificado verbal
Como lo autoriza el artículo 393 bis del CPP, respecto de simples delitos y las faltas que refiere el artículo 134, inciso 4°, del CPP, que son las únicas por las que se autoriza la detención en situación de flagrancia.

c) Solicitar la ampliación de la detención hasta por tres días[161]
Si no contare con los antecedentes necesarios para formalizar la investigación y pedir las medidas cautelares que procedieren, o no se encontrare presente el defensor del imputado, o con el fin de obtener y contar con la información por parte del Servicio de Registro Civil e identificación consiste en la obtención de RUN provisorio del imputado extranjero, debiendo dicha institución informa directamente al Tribunal en el más breve plazo (Oficio FN N° 298/2023, de 10 de abril de 2023).

Dado que la norma no distingue, esta ampliación resulta procedente sea que se trate de una detención por situación de flagrancia o por orden judicial[162]. Sin embargo, debe tratarse de la "primera audiencia judicial" y el objeto de la orden judicial debe ser "formalizar" al detenido, por lo que no resultaría procedente la ampliación si es para un fin distinto, como realizar un procedimiento abreviado o "reformalizar", por ejemplo, atendida la interpretación estricta y exenta de analogías que mandata el inciso 2° del artículo 5 del CPP[163].

Por otra parte, la ampliación puede tener por objeto permitir reunir antecedentes que sirvan para proceder a la formalización de la investigación como para solicitar las medidas cautelares que procedieren, es decir, servir a cualquiera de esas actuaciones o ambas, de modo que bien podría contarse con los antecedentes necesarios para definir los hechos de la formalización, pero faltar un antecedente relevante para dilucidar la necesidad de la medida cautelar, por ejemplo.

El juez accederá a esta solicitud de ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida[164].

161 DURÁN (2011), p. 186, consigna que ese plazo se cuenta desde que dicha ampliación se concede y no desde que se practicó la detención. Los artículos 11 de la Ley N° 18.314, de 1984, y 39 de la Ley N° 20.000, de 2005, permiten realizar ampliaciones por plazos mayores.

162 También MARÍN (2002), p. 28.

163 Y aun tratándose de una orden judicial decretada para asegurar la comparecencia a una audiencia de formalización, la ampliación de la detención debiera ser excepcionalísima, desde que si la Fiscalía solicita dicha orden ello supone que ya cuenta con los antecedentes suficientes para formalizar. Dicho escenario extraordinario podría presentarse, por ejemplo, si con ocasión de la detención se encuentra evidencia o el imputado entrega una declaración –respetando todas las garantías del caso–, que podría hacer variar la imputación o desistirse de ella, y que requiere ser analizada o confrontada con otra actuación.

164 En ACADEMIA JUDICIAL (2021), p. 52, se mencionan como criterios comunes de los jueces para aceptar la solicitud de ampliación los siguientes: cuando existen diligencias de investigación pendientes que puedan ser consideradas necesarias para la presentación de la Fiscalía y que permitan confirmar su hipótesis o la de la defensa; cuando esas diligencias pueden razonablemente evacuarse en el tiempo de ampliación solicitado; cuando el resultado de las diligencias puede permitir confirmar la identidad del imputado; cuando el imputado se encuentra herido, internado o por algún motivo imposibilitado de participar y comprender lo que sucede en la audiencia; y, cuando el hecho que se investiga configuraría un delito grave de los que es posible suponer la imposición de una medida cautelar de alta afectación de derechos como la prisión preventiva o el arresto domiciliario. HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 388, explican que el examen del juez ante la solicitud de ampliación de la detención debiera incluir, por una parte, un juicio de probabilidad acerca de la posibilidad de que se produzcan antecedentes que justifiquen una petición posterior de prisión preventiva y, por otra, la consideración de que la falta de dichos antecedentes en la audiencia de control no es imputable al Ministerio Público. Un análisis de procedencia de la ampliación, en Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 140-20, de 29 de mayo de 2020 (confirmada por Corte Suprema, Rol N° 63.389-20, de 8 de junio de 2020).

d) Formalizar la investigación y requerir la imposición de medidas cautelares

En esta audiencia la Fiscalía puede optar por agrupar la investigación a que dio lugar el delito objeto de la detención, con otras investigaciones iniciadas antes, de manera de proceder en la misma audiencia a la formalización por ambos ilícitos, desde que el artículo 185 del CPP no limita dicha agrupación mientras esté abierta la etapa de investigación[165], sin perjuicio de las medidas que, de oficio o a petición de parte, debiera adoptar el juez en resguardo del ejercicio del derecho de defensa del imputado, pues el apoderado de este seguramente habrá preparado solo la eventual discusión de medidas cautelares por el delito por el cual fue detenido y no así por los otros. En ese orden, de realizarse esa agrupación luego del control de legalidad de la detención, la ampliación de la detención podría ser la vía para otorgar tiempo a la defensa para prepararse adecuadamente para dicho debate.

e) Detenciones del inciso 4° del artículo 129 del CPP

En lo que concierne a la detención del que quebranta una pena privativa de libertad o se fuga estando detenido, así como tratándose de una detención decretada para el cumplimiento de una pena privativa de libertad de conformidad al inciso 2° del artículo 468 del CPP, concluido el control de detención se dará el ingreso al imputado al centro de reclusión que determine Gendarmería.

De ser detenido el imputado por haber sido sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto, eso podría estimarse como justificación suficiente para solicitar sustituir la medida cautelar infringida por otra más gravosa, incluso por la prisión preventiva.

Si el imputado fuere sorprendido infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b), c) y d) del artículo 17 ter de la Ley N° 18.216, de 1983, correspondiente a la libertad vigilada intensiva, ello podría impulsar una solicitud de la Fiscalía de reemplazo o revocación de la pena sustitutiva, en la forma que regula el artículo 25 del mismo cuerpo legal.

En caso de incumplir el imputado la condición del artículo 238, letra b), del CPP, esto es, abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas, que le hubiere sido impuesta para la protección de terceros, la Fiscalía, según la gravedad de los hechos que constituyen la violación de esa condición, podría solicitar la revocación de la suspensión o la modificación de las condiciones impuestas.

Finalmente, tratándose de la detención por incomparecencia a una audiencia distinta de la formalización, como las señaladas en el inciso 2° del artículo 269 del CPP, se llevará a cabo la audiencia pendiente.

1.6.3. Actuaciones de la Fiscalía posteriores a la declaración de ilegalidad de la detención

Declarada la ilegalidad del procedimiento de detención[166], el inciso final del artículo 132 del CPP expresamente obsta la ampliación de la detención, sin embargo, el fiscal o el abogado asistente actuando expresamente facultado por este –en el caso de a), c) y d)–, aún mantiene las siguientes alternativas:

165 Validando la agrupación en la audiencia de control de detención, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 140-20, de 29 de mayo de 2020, confirmada por Corte Suprema, Rol N° 63.389-2020, de 8 de junio de 2020.

166 ARIAS (2005), p. 240; CERDA (2009), p. 238; SALAS (2009), p. 382, y GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 108, explican que la declaración de ilegalidad de la detención no significa o equivale a la constatación de un delito, de los artículos 141 o 148 del CP, u otra figura análoga.

a) No realizar actuación ni petición

Opción que, junto a los motivos arriba reseñados, puede obedecer justamente a la declaración de ilegalidad y ser conocido el criterio del tribunal de considerar inutilizable para fundar la imposición de medidas cautelares, la evidencia obtenida en la detención así considerada.

En caso de no apreciarse como indispensable la imposición de medidas cautelares al detenido en ese caso particular.

b) Requerir en procedimiento simplificado verbal

Obsérvese que el artículo 132 del CPP establece como únicas actuaciones que puede realizar la Fiscalía, no obstante declararse la ilegalidad de la detención, la formalización de la investigación y la solicitud de medidas cautelares, de manera que una vez resuelta la ilegalidad de la detención, podría el juez, de oficio o a petición de parte, impedir formular un requerimiento verbal de procedimiento simplificado y ordenar la inmediata libertad del imputado[167], atendida la interpretación estricta y la prohibición de analogía que el inciso 2° del artículo 5 del CPP mandata respecto de normas que restringen la libertad del imputado, como el citado artículo 132.

Es posible rebatir tal posición argumentando que el citado artículo 132 se halla dentro del Libro I sobre Disposiciones Generales que, por tanto, es aplicable supletoriamente al procedimiento simplificado y, además, el artículo 393 bis del CPP autoriza a la Fiscalía para comunicar el requerimiento verbal en la audiencia de control de detención, sin distinguir el resultado de esta.

En último término, de negar el juez la presentación del requerimiento dada la declaración de ilegalidad de la detención, la Fiscalía siempre puede entonces optar por formalizar, desde que según el artículo 389 del CPP, el procedimiento simplificado se rige supletoriamente por las normas del Libro Segundo, donde se regula la formalización, lo que se ve ratificado por el artículo 390 del CPP que permite formalizar cargos y posteriormente dejar sin efecto esa actuación para regirse por las normas del procedimiento simplificado.

c) Formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares

Como ya se dijo, el inciso final del artículo 132 del CPP autoriza al fiscal o al abogado asistente para formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes[168], por lo que durante la discusión de estas últimas debemos primero instar por la consideración y valoración de la evidencia derivada de la actuación o detención declarada ilegal, descartando de esa forma la tesis de la inutilizabilidad, porque precisamente el tenor de

167 Esta era la posición sostenida por algunos tribunales antes de la reforma al artículo 132 por la Ley N° 20.253, de 2008, como explica SALAS (2009), pp. 370 y 371.

168 Lo que se encuentra en aparente contradicción con la normativa internacional de derechos humanos (artículos 9.4 PIDCP y 7.6 CADH) que establece el derecho del detenido a ser llevado sin demora a la presencia del juez, para que examine la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal. Afirman esa contradicción OLIVER (2021), p. 108, y FALCONE (2012), pp. 491 y 492; también en el TG de San Antonio, RUC 1800520600-2, RIT 3.027-18, de 29 de mayo de 2018, que luego de declarar ilegal la detención decretó la libertad de los imputados, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1.172-18, de 4 de julio de 2018. Al contrario, MARCHANT (2019), p. 23, postula que el artículo 7.6 de la CADH está pensado como un mecanismo subsidiario al artículo 7.5 de la misma Convención, vale decir, para el caso en que no se verifique un control jurisdiccional de la detención ajustado a esta última norma o a que, en el peor de los casos, simplemente no lo haya. En todo caso, frente a una petición de la defensa para no aplicar el artículo 132 dada esa supuesta antinomia, en virtud de un control de convencionalidad, debe hacerse presente que el carácter concentrado del control de constitucionalidad vigente en nuestro ordenamiento impone que la inaplicabilidad de dicha disposición sea requerida al Tribunal Constitucional y no realizada directamente por el juez de garantía.

la modificación realizada por la Ley N° 20.253, de 2008, al artículo 132, da cuenta que su propósito fue que dicha ilegalidad no produjera efectos en la misma audiencia sino, eventualmente, en la etapa de preparación de juicio oral y, además, teniendo presente que la resolución que declaró ilegal la detención aún puede ser apelada, en su caso.

d) Detenciones del inciso 4° del artículo 129 del CPP

Salvo que el juez declarara que no se presenta ninguna de las hipótesis enunciadas en el inciso 4° del artículo 129 que habilitan la detención del imputado, la Fiscalía podrá proceder en la forma arriba explicada no obstante que en la detención no se haya dado cumplimiento al estatuto del detenido, pues debe permitirse siempre realizar peticiones derivadas de la comparecencia fáctica del imputado en la audiencia[169].

e) Apelación de la declaración de ilegalidad de la detención

El artículo 132 bis del CPP autoriza a la Fiscalía para apelar de la resolución que declara la ilegalidad de la detención[170], si se trata de uno de los delitos que enuncia la misma disposición[171].

Si bien esa apelación, dado que debe deducirse conforme a las reglas generales dentro de cinco días por escrito, normalmente será resuelta con posterioridad a la misma apelación verbal de la resolución que deniegue la medida cautelar según el artículo 149 del CPP[172], la eventual revocación de la declaración de ilegalidad puede permitir reiterar la solicitud de medida cautelar, de ser necesario[173], o invocarla como antecedente para sustentar la mantención de la cautelar en una posterior audiencia de revisión de la misma pedida por el defensor del imputado[174].

Por otra parte, el artículo 132 bis no distingue sobre el motivo por el cual se declaró ilegal la detención, por lo que puede ir desde aquellos que hemos estimado sí acarrean esa declaración, no concurrir una causal de flagrancia para la detención, por ejemplo, hasta aquellos que debieran importar solo adoptar medidas de remedio, como la falta de lectura de derechos al detenido, por ejemplo.

169 HOYL (2021), p. 130, refiriéndose a la orden de detención por incomparecencia.

170 Sobre la discusión sobre si resulta apelable la resolución que declara "legal" la detención, ver SALAS (2009), pp. 376 - 378, quien menciona que en tribunales ha primado el tenor literal de la norma, no admitiéndola. El Oficio FN N° 176/2008, pp. 9 y 10, instruye a los fiscales recurrir de hecho ante cualquier resolución que conceda la apelación deducida por la defensa en contra de una declaración de legalidad de la detención. En el mismo Oficio, p. 9, se instruye no instar por el rechazo de la apelación deducida por el querellante, pese a estimar el Fiscal Nacional que no tiene legitimidad activa para recurrir de la declaración de ilegalidad de la detención.

171 A juicio de OLIVER (2021), p. 110, la decisión de si se trata o no de alguno de los delitos a los que se restringe esa facultad, le compete al juez de garantía, siendo la calificación jurídica que este cree correcta la decisiva, y no la que invoque la Fiscalía. En Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 433-15, de 1 de abril de 2015, se resuelve que para estos efectos debe estarse a la calificación jurídica correspondiente a los hechos que motivaron la detención –porte de arma blanca en ese caso– y no a aquella en que se encuadran los hechos que posteriormente se comunican en la formalización –robo con violencia en ese caso–.

172 De no tratarse de alguno de los delitos enunciados en el artículo 149, la apelación de la declaración de ilegalidad de la detención y de la denegación de medidas cautelares por aplicación de la doctrina de la inutilizabilidad, podrían verse conjuntamente o en períodos cercanos.

173 Pues la corte de apelaciones, conociendo de la impugnación del Ministerio Público de la denegación de la medida cautelar, puede revocar esta decisión al considerar derechamente inaplicable la doctrina de la inutilizabilidad, es decir, aun manteniéndose firme la declaración de ilegalidad de la detención.

174 El Oficio FN N° 60/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 39, instruye a los fiscales evaluar especialmente la necesidad de apelar cuando se encuentre comprometido material que más adelante pueda introducirse como medio de prueba.

1.7. Tribunal ante el que se desarrolla la audiencia de control de detención

1.7.1. Detención por situación de flagrancia

En la detención por situación de flagrancia el imputado debe ser conducido ante el TG competente según las normas generales (artículo 157 del COT).

1.7.2. Detención por orden judicial por incomparecencia

Tratándose de una orden de detención judicial por incomparecencia a una audiencia, el inciso 1° del artículo 131 del CPP señala que el imputado debe ser llevado a la presencia del juez que hubiere expedido la orden. Esta norma debe complementarse con el artículo 70, inciso 2°, del CPP, que da competencia "para conocer de la audiencia judicial del detenido", si la detención se practicare en un lugar que se encontrare fuera del territorio jurisdiccional del juez que hubiere emitido la orden, al TG del lugar donde se hubiere practicado la detención.

En esos casos, el magistrado del lugar de la detención debe informar de esta al magistrado que expidió la orden (artículo 20 del CPP), el que puede decretar la libertad del imputado y solicitar que aquel le notifique bajo apercibimiento la citación a una nueva audiencia; o instruir que luego del control de la legalidad de la detención, el imputado sea trasladado ante su tribunal.

La segunda alternativa –traslado al tribunal que despacha la orden de detención– demanda esclarecer qué institución o normativa autoriza la privación de libertad del imputado durante el período que dure el desplazamiento de un juzgado a otro[175], pudiendo plantearse las siguientes soluciones:

a) Ampliación de la detención

Si la detención se dispuso por incomparecencia del imputado a la audiencia de formalización[176], la Fiscalía puede pedir la ampliación de su detención para trasladarlo durante ese período. Esta solicitud de ampliación podrá fundarse en que el fiscal del tribunal del lugar de la detención no cuenta con los antecedentes para formalizar la investigación o no se halla presente el defensor del imputado, entendiendo por tal no cualquier letrado, sino aquel que lo ha representado en las etapas previas del juicio o su defensor de confianza.

175 En Corte Suprema, Rol N° 14.947-18, de 3 de julio de 2018, el Máximo Tribunal reprocha que el TG del lugar de detención haya mantenido la privación de libertad del imputado –en un centro hospitalario– pese a que la Fiscalía no solicitó la ampliación de la detención, no formalizó ni pidió alguna medida cautelar que respaldara legalmente tal afectación.

176 Ya explicamos *ut supra* (sección 1.6.2. del Capítulo III Audiencia de control de detención y formalización) que la ampliación de la detención que regula el artículo 132 del CPP procede únicamente para detenciones en situación de flagrancia o por orden judicial por incomparecencia a la audiencia de formalización de investigación.

b) Prisión preventiva

Cualquiera sea el motivo de la orden detención, el propio artículo 70 faculta al juez de garantía del lugar de la aprehensión[177] para decretar la prisión preventiva del imputado, lo que supone necesariamente, de conformidad al artículo 140 del CPP, que este se encuentre formalizado previamente en el tribunal de origen, o que lo sea ante el del lugar de detención[178]. En este supuesto la prisión preventiva del detenido se solicitará por la Fiscalía, para el solo efecto de materializar su traslado al tribunal que emite la orden, el que luego deberá revisar la mantención de dicha medida.

Esta petición de prisión preventiva, aun cuando cuenta en su favor el que permitirá cubrir traslados cuya duración exceda los tres días, tiene como dificultad que el fiscal o abogado asistente del juzgado de detención seguramente no contará con todos los antecedentes, o el tiempo para revisarlos adecuadamente, para avalar los presupuestos del artículo 140 del CPP en su petición. De ese modo, puede resultar conveniente instar por la ampliación de la detención en situaciones en que no se prevea que el traslado exceda de tres días.

En ambos escenarios debe tenerse presente que el artículo 107 bis del COT[179] autorizará la comparecencia vía remota del fiscal o abogado asistente a cargo de la investigación, pudiendo ello resultar conveniente y aconsejable en casos complejos, al permitir al tribunal del lugar de detención contar en dicha oportunidad con todos los antecedentes que aseguren la adecuada resolución de las peticiones que se formulen.

Por último, si el juez del lugar de detención no da lugar a la ampliación de la detención ni a la prisión preventiva, el imputado necesariamente recuperará su libertad, sin perjuicio que para esa eventualidad, el tribunal de origen pueda fijar una nueva audiencia y solicitar al tribunal del lugar de detención que notifique esta resolución bajo apercibimiento al imputado.

2. Formalización de la investigación

2.1. Definición y características

El artículo 229 del CPP define la formalización como "la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados".

La formalización es una actuación unilateral, exclusiva y discrecional de la Fiscalía, que cumple una función

177 Algunos tribunales consideran que el inciso 3° del artículo 33 del CPP faculta al mismo juez que despachó la orden de detención para, una vez informado de la aprehensión del imputado ante otro tribunal, decretar su prisión preventiva. Creemos que dicha posibilidad está reservada exclusivamente para la hipótesis contenida en el inciso 2° del artículo 141 del CPP –prisión preventiva resuelta por el TJOP–, debiendo en los demás casos estar presente el imputado en la audiencia para imponer esa medida cautelar, como lo requiere el inciso 3° del artículo 142 del CPP, lectura que se refuerza por la interpretación restrictiva y la prohibición de analogía consagrada en el inciso 2° del artículo 5 del CPP.

178 El artículo 70 se refiere a "la audiencia judicial del detenido", con lo que alude a la audiencia regulada en el artículo 132 del CPP, la que precisamente permite la formalización y la solicitud de medidas cautelares.

179 Con vigencia diferida por el artículo primero transitorio de la Ley N° 21.394, de 2021.

esencialmente garantista mediante la información al imputado, de manera específica y clara, acerca de los hechos que se le atribuyen, su calificación jurídica, y el grado de participación que le cabe en los mismos, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra[180].

Consecuencia de dicho carácter es que el juez no se pronuncia sobre la imputación[181], aprobándola o rechazándola, a lo más tiene presente la comunicación y da continuidad a la audiencia según los requerimientos y solicitudes posteriores de las partes. Asimismo, no puede ser anulada o dejada sin efecto por el juez[182] o "tenerse por no formulada"[183], sin perjuicio de la facultad del imputado de reclamar ante las autoridades del Ministerio Público cuando considere arbitraria la formalización (artículo 232, inciso final, del CPP)[184]. Tampoco el juez, ni la defensa pueden oponerse ni intervenir, durante la comunicación de los hechos, que solo persigue informar al imputado en qué consiste la investigación en su contra. El sustento de los hechos que se comunica es materia de un debate específico, si se solicitan medidas cautelares. Ello no quiere decir que esta comunicación sea descuidada, cayéndose en errores de hecho o relatos que no se basten a sí mismos y que por ello puedan dar lugar a diferencias con una eventual acusación, corriéndose el riesgo –de no mediar una nueva comunicación de hechos–, de incongruencia.

Aunque el artículo 229 no indica explícitamente que esta comunicación deba incluir los hechos imputados, resulta claro que el elemento esencial de la formalización, para cumplir su rol garantista, debe comprender su señalamiento[185]. Ahora bien, esta exposición no necesita ir acompañada de la mención de los antecedentes que permitan llegar a la conclusión de la ocurrencia de los hechos atribuidos y de la participación del imputado en aquellos, sin perjuicio que efectivamente deben existir al momento de la formalización, pues de lo contrario se estaría llevando a cabo de manera arbitraria esta imputación, lo que contraviene el principio de objetividad que rige la labor de la Fiscalía y, además, porque igualmente van a ser requeridos para la resolución de las peticiones que generalmente se formularán después de la formalización.

El artículo 229 tampoco demanda expresamente señalar la calificación jurídica que se da a los hechos y el grado de participación que se atribuye al imputado en aquellos, pero su expresión igualmente resulta necesaria

180 Otras definiciones en GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 125, y SALAS (2009), p. 37, quien, p. 38, junto a HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 540, y DUCE y RIEGO (2009), p. 220, coinciden en que se trata de una actuación con una función eminentemente garantista.

181 DUCE y RIEGO (2009), pp. 220 y 224. En Corte Suprema, Rol N° 31.280-15, de 19 de enero de 2016, se declara que del concepto de formalización contenido en el artículo 229 del CPP, "se desprende que no considera la realización de actividad alguna del tribunal para ser ejecutada, sino que contempla su participación a posteriori en la resolución de las cuestiones que se debatan luego de practicada la formalización".

182 Dado que se trata de una actuación de la Fiscalía y no una actuación o resolución judicial, no puede ser objeto de nulidad procesal, sin perjuicio que, eventualmente, la citación a la audiencia o la audiencia sí podrían ser anuladas y, consecuencialmente, las actuaciones realizadas durante ella.

183 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 11-04, de 12 de febrero de 2004, comentada por SAAVEDRA (2004), pp. 143 - 147.

184 Sobre las características de la formalización ver HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 541, y GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 126.

185 SALAS (2009), p. 38, y DUCE y RIEGO (2009), p. 221. A mayor abundamiento, la exigencia de esa expresión de los hechos se deriva igualmente del artículo 259 del CPP, norma que señala que la acusación "sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación", de esa manera, el control de esa congruencia entre formalización y acusación necesariamente condicionará esa expresión en aquella. Además, si no se precisan los hechos ni la forma en que en ellos ha intervenido el imputado formalizado, no podrían después cumplirse los extremos de las letras a) y b) del artículo 140 del CPP al solicitar la prisión preventiva o las cautelares del artículo 155 del CPP, pues los antecedentes que presenta la Fiscalía al solicitar dichas cautelares buscan justificar la existencia de los hechos por los cuales se ha formalizado y la participación del imputado en estos. También sostiene razones similares, SALAS (2009), p. 42.

para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, ya que la controversia puede estar radicada únicamente en esos aspectos, sin perjuicio de que durante la posterior discusión de medidas cautelares la Fiscalía deberá expresar la calificación que postula con el objeto de determinar la procedencia y proporcionalidad de la medida solicitada, sin dejar de lado que, conforme al artículo 231 del CPP, ya al solicitar la audiencia de formalización debe mencionar en su solicitud "la indicación del delito que se le atribuyere" y el "grado de participación del imputado".

2.2. Oportunidad de la formalización

El artículo 230 del CPP establece que la Fiscalía podrá formalizar la investigación cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial[186]. Para determinar la ocasión o época en que se formalizará al imputado, la Fiscalía considerará que la fase de la investigación que sigue a dicha actuación presenta como ventaja la posibilidad de obtener autorizaciones para diligencias o medidas que significan o puedan significar una restricción importante de derechos para el imputado (prisión preventiva, por ejemplo), pero por otro lado, abre el proceso a un mayor control judicial, del imputado y su defensor y, eventualmente de otros intervinientes[187].

Generalmente la decisión de formalizar la investigación tendrá como causa inmediata el que la ley condicione a esa comunicación previa la realización y autorización de ciertas actuaciones. En ese orden, el artículo 230 del CPP prescribe que cuando la Fiscalía deba requerir la intervención judicial para la práctica de diligencias de investigación, la resolución sobre medidas cautelares (prisión preventiva o medidas del artículo 155 del CPP), la recepción anticipada de prueba (artículo 230 del CPP), y en otros casos en que la ley exija previamente la formalización (por ejemplo, acuerdo reparatorio, suspensión condicional del procedimiento y procedimiento abreviado), se verá forzada a formalizar la investigación, exceptuándose de esta regla los casos expresamente señalados en la ley, como las diligencias investigativas que privaren al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la CPR asegura, o lo restringiere o perturbare, a que alude el artículo 9 del CPP, las que por disposición del artículo 236 del CPP, pueden ser solicitadas por la Fiscalía aun antes de la formalización e, incluso, sin previa notificación al afectado, o afectada, como dispone el artículo 236 del CPP[188].

186 En Corte Suprema, Rol N° 31.280-15, 19 de enero de 2016, se señala que "es el Ministerio Público quien tiene la potestad de dirigir la investigación y decidir el momento en que ésta será formalizada mediante la intervención judicial. Por ende, no existen limitaciones legales para que la indagación se conduzca de manera desformalizada mientras no haya operado la prescripción de la acción penal, quedando reservado el derecho del ciudadano afectado a requerir la intervención judicial si es objeto de la misma". El mismo fallo, al desestimar el reclamo del recurrente, implícitamente avala la formalización de la investigación posterior a la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, lo que se sostiene expresamente en el Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 74.

187 DUCE y RIEGO (2009), p. 219. RODRÍGUEZ (2020c), p. 133, explica que al no haber una norma que obligue al fiscal a formalizar cuando llegue ese "momento oportuno" o, si se quiere, habiéndola, no se entrega una acción idónea para exigirlo judicialmente, la decisión de formalizar no es en verdad una potestad reglada, sino un poder cuyo ejercicio se abandona a la discrecionalidad del fiscal.

188 Al respecto, en Corte Suprema, Rol N° 2.491-19, 12 de marzo de 2019, se explica que: "Requerir la formalización previa para llevar a cabo toda actuación investigativa que pueda afectar o conmover derechos del imputado, como lo propone el recurso, olvida que esa pesquisa precisamente puede tener por finalidad la obtención de antecedentes que justifiquen llevar a cabo posteriormente la formalización de cargos o, por el contrario, desestimar formularlos. En otras palabras, lo postulado en el arbitrio implica aceptar que el Ministerio Público debería formalizar a un imputado pese a no contar con antecedentes investigativos que lo justifiquen, con el único objeto de proceder, a continuación, a indagar si esos elementos existen, es decir, realizar una formalización 'arbitraria', actuación no sólo contraria al principio de objetividad que rige la labor de dicho organismo según los artículos 83 de la Constitución y 1° y 3° de la Ley Orgánica Constitucional

Cabe subrayar que, el que no se observen las circunstancias antes reseñadas no debe tomarse como una licencia para llevar adelante toda la investigación en desconocimiento del imputado, de manera de proceder a la formalización cuando aquella ya esté agotada con el único objeto de satisfacer la condición procesal necesaria para luego acusar, privando totalmente al imputado y su defensa de la oportunidad de controlar y participar en las pesquisas instruidas por la Fiscalía, de solicitarle diligencias o de efectuar las propias en ejercicio de su derecho de defensa[189]. Entonces, salvo que el imputado ya hubiere tomado conocimiento de los hechos investigados en su contra por su indicación en la querella que le fuere notificada, a través de la herramienta del artículo 186 del CPP, al comunicárselos la propia Fiscalía en su primera declaración conforme al artículo 194 del CPP, o por cualquier otra vía que conste fehacientemente, para evitar el riesgo de ocasionar esa vulneración y para que la formalización posibilite efectivamente el ejercicio del derecho de defensa en la etapa de investigación, debe llevarse a cabo la formalización una vez que aparezca que el conocimiento del imputado no entorpecerá ni frustrará los actos de investigación restantes.

En resumen, la decisión de formalizar la investigación o continuar la investigación dejando dicha comunicación para más tarde, depende de múltiples factores que debe poner sobre la balanza el fiscal[190], procurando compatibilizar la eficiencia y efectividad de la persecución con un real ejercicio del derecho de defensa del imputado.

2.3. Efectos de la formalización

La formalización de la investigación tiene los siguientes efectos, enunciados en el artículo 233 del CPP: a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del CP[191]; b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247 del CPP para el cierre de la investigación (el legal de 2 años o el menor fijado por el TG); y, c) El Ministerio Público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento y solicitar autorización para el uso de la facultad de no iniciar investigación (167 y 168 del CPP)[192].

del Ministerio Público , sino que también da lugar a un reclamo ante las autoridades del Ministerio Público, conforme al inciso final del artículo 232 del Código Procesal Penal". También ha aclarado el mismo tribunal que la formalización no es un requisito para la solicitud de sobreseimiento definitivo de la causa, en Corte Suprema, Rol Nº 4.291-09, de 19 de enero de 2010.

189 Bajo la misma lógica, en Corte Suprema, Rol N° 13.484-22, 13 de mayo de 2022, se ha resuelto que el disponer el artículo 259, inciso final, del CPP que "La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación", "posibilita que la acusación sea el resultado de una investigación cuya existencia y objeto haya sido conocido oportunamente por el imputado, de manera que éste pudiera ejercer su derecho de defensa durante la misma, realizando o solicitando diligencias o participando y controlando las que instruya el ministerio público".

190 Ver lineamientos entregados sobre la oportunidad para formalizar en Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 25.

191 Se ha declarado que se mantienen vigentes otras formas de suspender la prescripción de la acción penal incluidas en el artículo 96 del CP, como la formulación de querella, en Corte Suprema, Rol Nº 2.693-06, de 13 de junio de 2006, y el requerimiento de procedimiento simplificado, en Corte Suprema, Rol N° 29.025-19, de 9 de diciembre de 2019.

192 DUCE y RIEGO (2009), p. 228, agregan como efecto adicional el que solo los hechos y personas que forman parte de la formalización podrán ser incluidos en la acusación del fiscal, según lo dispone el artículo 259 del CPP.

2.4. La audiencia de formalización

Debe distinguirse si el imputado se encuentra en libertad, o es detenido en situación de flagrancia o por orden judicial decretada precisamente por incomparecencia a una audiencia de formalización.

En el primer caso la Fiscalía solicitará al TG la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito atribuido, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo; solicitud que no requiere consignar el señalamiento de los hechos que se comunicarán.

A esta audiencia deberá citarse al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento[193].

En el segundo escenario, esto es, un imputado detenido, este debe ser conducido ante el juez dentro de los plazos que señala el artículo 131 del CPP para realizar la audiencia que trata el artículo 132 del CPP que ya hemos revisado.

2.4.1. Contenido de la comunicación

Si bien, como explicaremos luego, los hechos comunicados en la formalización pueden ser modificados durante la investigación con la llamada "reformalización" y, como resultado de ello, igualmente puede cambiar su calificación jurídica –tipo penal, grado de desarrollo, participación, etc. –, dicha posibilidad no debe traducirse en una comunicación desprolija y apresurada bajo el pretexto de su posterior corrección. Con esta imputación ya comienza a delinearse la teoría del caso que sostendrá la Fiscalía, el procedimiento aplicable, la pena probable y, consecuencialmente, las medidas cautelares que serán proporcionales, de manera que, no obstante, el escaso tiempo que la detención en flagrancia deja para su preparación, debe intentarse realizar una comunicación que sea resultado del adecuado y objetivo estudio de los antecedentes hasta entonces reunidos.

Por lo anterior, no obstante la indispensable coherencia entre los hechos que ocasionan la detención en situación de flagrancia y los que son objeto de la formalización[194], la Fiscalía debe evitar utilizar como base de esta comunicación la descripción fáctica tal como viene expuesta en el parte o informe policial, desde que esa relación no es efectuada por un letrado y, por ende, no se centra en los elementos necesarios para cumplir las exigencias del tipo penal respectivo, por el contrario, suele añadir circunstancias irrelevantes jurídicamente. Asimismo, la calificación jurídica de esos hechos consignada en ese parte, o informe, de ningún modo vincula a la que la Fiscalía estime acertada en la formalización[195].

En ese orden de ideas, debe recordarse que la formalización constituye el marco de la acusación que

193 Si el imputado se encuentra privado de libertad por causa diversa, el fiscal pedirá igualmente la fijación de la audiencia y su oportuno traslado.

194 Dejando a salvo la posibilidad de agrupar otras investigaciones en la audiencia de control de detención, de modo de formalizar también por hechos adicionales a los que motivaron la detención, como se explicó *ut supra* (letra d) de la sección 1.6.2.).

195 Ver Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 31, en relación con la orden verbal de detención.

eventualmente se conocerá y debatirá en el juicio oral[196], de manera que debe cuidarse desde un comienzo que los hechos comunicados abracen todas las circunstancias fácticas necesarias para colmar todos los elementos del tipo penal en que se subsume tal hecho a criterio de la Fiscalía, procurando comprender también las circunstancias que permitan afirmar la consumación del delito y la participación en calidad de autor del imputado –lo que incluye describir separadamente, si es posible y pertinente, la distinta intervención de cada uno de los imputados–, su encuadramiento en una figura calificada o agravada, y las agravantes concomitantes al hecho, todo ello con el objeto de evitar futuros cuestionamientos por infracción al principio de congruencia en la sentencia definitiva[197].

Sin embargo, dicha descripción no debe ser más extensa que lo indispensable para abarcar tales circunstancias y aspectos, y entregar la información imprescindible para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, ya que una comunicación innecesariamente copiosa en detalles y pormenores puede llevar a la defensa y al tribunal, a interpretar que se trata de elementos cuya acreditación es ineludible para poder afirmar la tipicidad del hecho, imponiéndose con ello la propia Fiscalía una dificultad probatoria adicional[198].

No está de más reforzar que el principio de objetividad debe llevar a la Fiscalía a formalizar por los hechos razonablemente demostrados a la sazón y a calificar estos de manera objetiva, sin que sea aceptable, por dicho principio así como por la prohibición de formalizaciones arbitrarias del artículo 232 del CPP, el proceder a esta comunicación incluyendo hechos o circunstancias o planteando calificaciones más gravosas no respaldadas en los antecedentes de la investigación, con el objeto de autogenerarse un margen de negociación en futuros procedimientos de enjuiciamientos basados en la autoincriminación, como el procedimiento abreviado y el simplificado con admisión de responsabilidad[199]; o tomar una aparente ventaja en la discusión posterior de medidas cautelares, de manera de comenzar ya con un factor legal que el juez debe considerar al resolver la solicitud de prisión preventiva (por ejemplo, la gravedad de la pena asignada al delito, número de delitos que se imputare y el carácter de los mismos, delitos que tengan asignada pena de crimen)[200]; o con el objeto de producir artificialmente la opción de apelar verbalmente de conformidad al artículo 149 del CPP de la resolución que deniegue la prisión preventiva, o de la previa que declaró la ilegalidad de la detención; o, finalmente, con el propósito de generar una causal de revocación de la suspensión condicional del procedimiento[201].

196 Ver Corte Suprema, Rol N° 13.484-22, de 13 de mayo de 2022.

197 Tratándose de delitos de carácter sexual contra menores de edad, se suele reclamar por las defensas la afectación que importa la falta de precisión en la acusación –y, por ende, en la formalización– de las fechas y lugares específicos en que se cometen ese tipo de ilícito, cuando han tenido un carácter reiterado en largos períodos de tiempo. Al respecto ver Corte Suprema, Rol N° 6.902-12, de 6 de noviembre de 2012, y Corte Suprema, Rol N° 6.738-21, de 30 de julio de 2021.

198 DUCE y RIEGO (2009), p. 221, sostienen que el modelo más razonable de formalización es uno de imputación de hechos que sea claro, preciso, comprensible y asertivo, en donde, además, la calificación jurídica se incorpore como una consecuencia de los hechos que han sido relatados. Los mismos autores, pp. 222 y 223, describen dos modelos de formalización que estiman inconvenientes, desde el punto de vista de los efectos que producen o de los problemas que pueden generar, que denominan "formalización relación" y "formalización pusilánime". El primero se refiere a formalizaciones que están constituidas por extensos relatos, en los cuales se incorporan hechos que no dicen relación con la imputación, como asimismo una relación de los antecedentes que la justificarían. En el segundo modelo la formalización se caracteriza porque en ella la Fiscalía no imputa en forma asertiva cargos específicos en contra de la persona que está siendo objeto de la investigación, sino que lo hace en forma condicional o condicionada.

199 Sobre este tipo de procedimientos y su problemática ver RODRÍGUEZ y PINO (2015), pp. 1003 - 1033.

200 Detecta la relativización del principio de objetividad por parte del Ministerio Público en esos dos supuestos SALAS (2021), p. 94.

201 En este último, aunque también extrapolable a los otros que antes hemos mencionado, HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 551, estiman que el imputado podrá reclamar ante las autoridades superiores del Ministerio Público y/o manifestar su oposición al juez antes de que este decida sobre la solicitud de revocación.

2.4.2. Actuaciones posteriores a la formalización

El artículo 232, inciso 2°, del CPP, establece que a continuación de la formalización el imputado "podrá manifestar lo que estimare conveniente"[202], ocasión que utiliza habitual, pero equivocadamente, para cuestionar la efectividad o precisión de los hechos atribuidos. Al respecto, debe el mismo juez explicar al imputado que la efectividad de los hechos imputados se discutirá con posterioridad, al resolver las medidas cautelares o en el juicio, en su caso[203].

Ante el reclamo del imputado o su defensa por la falta de claridad o por la vaguedad de la descripción fáctica de la comunicación, podría el juez hacer ver esos defectos y solicitar la correspondiente aclaración de parte de la Fiscalía[204], mas no proceder directamente a alterar la comunicación ya efectuada.

De considerar la Fiscalía que su formalización no adolece de esos defectos, deberá así expresarlo y explicarlo y, por el contrario, de aceptar que se presentan, puede acceder a las aclaraciones y, en su caso, modificaciones necesarias, siempre que esté en condiciones de realizarlas en la misma audiencia, de lo contrario puede formular las solicitudes pertinentes que demanden resolución inmediata y pedir una nueva audiencia para tales aclaraciones y modificaciones. Al optar entre estas alternativas debemos tener en cuenta que el negarse a efectuar alguna aclaración cuya demanda aparezca razonable, justificada e indispensable, puede tener efectos adversos en la posterior solicitud de medidas cautelares.

Si la Fiscalía rechaza efectuar las aclaraciones que parecen inexcusables, o luego de estas la formalización sigue siendo de tal modo imprecisa, vaga o confusa, que obsta la adecuada comprensión del hecho y participación atribuida al imputado para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, podría el juez excepcionalmente, de oficio o a solicitud de la defensa, disponer como cautela de garantía del artículo 10 del CPP, suspender el procedimiento, o incluso sobreseerlo temporalmente, hasta que la formalización cumpla su fin de garantía[205].

Finalmente, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que formularen los intervinientes, que pueden abarcar, solo a modo ejemplar, la proposición de salidas alternativas, fijación de plazo de cierre de investigación, medidas cautelares personales y reales, procedimiento abreviado, prueba anticipada, juicio inmediato, diligencias intrusivas con conocimiento del afectado y declaración judicial del imputado.

202 En Corte Suprema, Rol N° 5.155-21, de 20 de enero de 2021, se resolvió que para el adecuado ejercicio del derecho de defensa del imputado, en la audiencia de control de detención y formalización, resulta imprescindible que aquel tenga un cabal entendimiento de la audiencia, así como que pueda hacer uso de la palabra, manifestando lo que estime pertinente, en las oportunidades que la ley ha establecido, circunstancias que no se presentan si el imputado no habla el idioma castellano y no cuenta con traductor.

203 Como explican HORVITZ y LÓPEZ (2002), pp. 543 y 544, no procede controvertir o responder los cargos imputados, tampoco recibir prueba alguna. Lo mismo en GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 127. DUCE y RIEGO (2009), p. 224, puntualizan que a los jueces no les corresponde calificar o evaluar la corrección de la información de la formalización entregada por los fiscales, ya que son estos los encargados de la persecución penal y ellos responderán de los errores y los aciertos que tengan las formalizaciones de la investigación y las persecuciones criminales que lleven adelante.

204 HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 543, y DUCE y RIEGO (2009), p. 225. La Corte Suprema, en el Acta N° 79-2001, de 10 de enero de 2001, sostiene, al contrario, que a los jueces no les corresponde, siquiera, pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización de la investigación, pues si el imputado la considera arbitraria, podrá reclamar en contra de ella ante las autoridades del Ministerio Público.

205 En todo caso, de darse lugar a la suspensión o al sobreseimiento, la Fiscalía puede apelar de esa resolución o solicitar al juez de garantía el cese de esas medidas allanándose a efectuar las aclaraciones imprescindibles. SALAS (2009), pp. 41 y 42, estima que en ese supuesto no procede la cautela de garantías, sino la nulidad procesal de presentarse vicios sustanciales, conclusión que estimamos contraria al claro tenor del artículo 159 del CPP, que limita la nulidad procesal a las actuaciones o diligencias "judiciales" defectuosas del procedimiento, naturaleza de la cual carece el acto administrativo de la formalización.

2.5. Reformalización

El desarrollo y avance de la investigación puede llevar a la Fiscalía a advertir que los hechos ocurren de un modo distinto a lo planteado en la formalización, que incluso puede demandar un cambio de la calificación jurídica de los hechos, *iter criminis* o participación. También podría la investigación determinar que ocurren otros hechos constitutivos de otros delitos que la Fiscalía decide imputar en la misma causa.

En ambos casos, para cumplir con la exigencia prevista en el inciso final del artículo 259 del CPP, consistente en que la acusación solo se refiera a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, la Fiscalía deberá modificar su formalización mediante lo que se conoce en el foro como "reformalización", actuación en la que se vuelven a comunicar los hechos, esta vez incluyendo las modificaciones o complementaciones necesarias. Aun cuando esta actuación o audiencia no tiene consagración legal, hoy en día tiene amplia recepción en nuestros tribunales[206], lo que resulta justificado por las razones antes explicadas.

La decisión sobre si resulta o no necesaria la reformalización, dependerá de si la inclusión de los nuevos hechos o circunstancias directamente en la acusación puede considerarse como un cambio significativo o sustancial cuyo desconocimiento durante la etapa de investigación podría suponer una vulneración del derecho de defensa del imputado. Desde luego, para precaver tales cuestionamientos, resulta conveniente proceder a la reformalización cada vez que exista "el riesgo" de dicha afectación.

La reformalización se concretará en una audiencia a la que deberá citarse al imputado –o conducirse, si se encuentra privado de libertad–, y a los demás intervinientes.

Si la reformalización implica aumentar el número de delitos imputados, o una calificación más grave de los hechos o de la participación del imputado, ello puede ameritar la petición de medidas cautelares o un agravamiento de las ya impuestas y, de ser necesario, un incremento del plazo judicial de cierre de investigación. Por el contrario, si la reformalización supone una imputación de cualquier modo menos gravosa, podría la defensa solicitar que se dejen sin efecto las cautelares ya decretadas o se sustituyan por unas menos intensas[207].

Sobre la oportunidad, al igual como se dijo respecto de la formalización, la reformalización puede efectuarse mientras no esté cerrada la investigación, pues cumple la misma finalidad de ser una comunicación de cargos.

206 Ver ACADEMIA JUDICIAL (2021), p. 55.

207 Si con la reformalización se adicionan nuevos hechos y circunstancias que importan un cambio relevante en la imputación fáctica y/o en su calificación jurídica, por ejemplo transitando del delito de abuso sexual al de violación, para mantenerse las medidas cautelares ya decretadas y, con mayor razón aún si se piden unas más gravosas, la Fiscalía deberá exponer, ya sea por iniciativa propia o a requerimiento de la defensa o el juez, la evidencia reunida que sustenta esos nuevos hechos o circunstancias. Ahora bien, de encontrarse la modificación de los hechos claramente delimitada, la exposición de la evidencia de respaldo debiera limitarse a esa modificación. Sin embargo, en algunas audiencias las defensas han planteado que la reformalización supone dejar sin efecto la formalización anterior y, consecuentemente, las medidas cautelares antes decretadas, debiendo renovarse completamente la discusión sobre estas últimas, postura que de ser acogida por el juez requerirá de parte de la Fiscalía una exposición completa de los antecedentes para justificar cada uno de los requisitos de la medida cautelar que se pretende.

2.6. Control judicial previo a la formalización

El artículo 186 del CPP[208] dispone que cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene a la Fiscalía informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella y, asimismo, faculta al juez para fijarle a la Fiscalía un plazo para que formalice la investigación, sin embargo, no ha dispuesto esta norma de alguna sanción procesal por el incumplimiento de esas actuaciones.

En lo concerniente a la petición para fijar un plazo para formalizar, la Fiscalía puede rebatirla arguyendo, primero, que el solicitante no tiene la calidad de imputado, o que la información ya entregada sobre la investigación llevada en su contra –por la vía de los artículos 186 o 194 del CPP, o en la querella– resulta suficiente para que pueda ejercer su derecho de defensa[209].

Empero, de acceder el juez de garantía a fijar un plazo para formalizar, debe solicitar la Fiscalía un período extenso, considerando que el imputado no está sujeto a medidas cautelares y, por ende, el desarrollo de la investigación, generalmente, no implicará mayores cargas e inconvenientes en su contra. Sin perjuicio de ello, correspondiendo a un plazo judicial, la Fiscalía puede pedir su ampliación de ser necesario[210].

Si dentro del término fijado por el tribunal se han reunido los antecedentes para formular una imputación seria, esta deberá realizarse dados los graves efectos que para la persecución han ensayado los tribunales en caso contrario, esto es, el sobreseimiento definitivo de la causa y la inutilizabilidad de la evidencia reunida después de declinar formalizar la Fiscalía[211].

Al contrario, si vencido el plazo o su ampliación, no aparece sustento serio para formalizar al imputado, deberá invocarse esa razón para no dar cumplimiento a lo ordenado, dada la proscripción de la formalización arbitraria, escenario en el que los efectos ensayados por nuestros tribunales no tendrán relevancia. En todo caso, la Fiscalía podrá luego considerar comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento o solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, o continuar con la realización de diligencias de investigación si considera que aún hay diligencias por realizar que puedan permitir aclarar los hechos o determinar la identidad de las personas responsables.

208 En detalle sobre el control judicial anterior a la formalización de la investigación, SALAS (2009), pp. 42 y ss. Las instrucciones entregadas por la Fiscalía Nacional a los fiscales en Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, pp. 27 - 29.

209 Sobre el particular hay que tener presente las instrucciones entregadas por la Fiscalía Nacional a los fiscales en Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 28.

210 Sobre la ampliación de este plazo, SALAS (2009), pp. 48 y 49.

211 Alternativas recogidas en los fallos analizados críticamente por SALAS (2009), pp. 49 - 60, para quien la forma de restablecer el equilibrio fracturado por la Fiscalía podrá ser el rechazar el tribunal ciertas peticiones del fiscal respecto de las cuales tiene facultades discrecionales, como una orden de detención o diligencias sin conocimiento del afectado. DUCE y RIEGO (2009), pp. 227 y 228, se inclinan por la inutilizabilidad.

CAPÍTULO IV

MEDIDAS
CAUTELARES

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Concepto y naturaleza

La solución de un conflicto penal supone la realización previa de un procedimiento hasta alcanzarla; aquello requerirá del transcurso del tiempo y de diversas y sucesivas etapas. Esta actividad puede, lo sabemos, suponer un tiempo prolongado que ponga o pueda poner en riesgo el éxito y la eficacia del proceso mismo, así como eventualmente de la sentencia[212].

Es por ello por lo que resulta imprescindible contar con herramientas que aseguren los fines del procedimiento y la ejecución de una eventual sentencia.

Como señalan Moreno y Cortés, "se trata de actuaciones procesales encaminadas a impedir que la voluntad del sujeto pasivo logre que el proceso penal resulte ineficaz, burlando el ejercicio del ius puniendi del Estado y los derechos patrimoniales de quienes han de ser reparados de las consecuencias dañosas de los hechos"[213].

Al mismo tiempo, la libertad se considera uno de los derechos fundamentales de la persona y así lo reconoce la CPR, así como distintos tratados internacionales de derechos humanos.

Independiente de la intensidad que implique cada una de las medidas cautelares personales, lo cierto es que todas ellas, en menor o mayor medida, suponen una limitación importante a la libertad personal de quien se encuentra sujeto al proceso penal. Es por esto por lo que el CPP contempla una serie de principios y restricciones para circunscribir su aplicación únicamente a aquellos casos en que resultan imprescindibles para asegurar, ya sea, los fines del procedimiento o la seguridad de la víctima o de la sociedad, así como la virtualidad de estar en condiciones de aplicar la sentencia si esta resulta ser condenatoria. El carácter excepcional de las medidas cautelares personales se destaca especialmente en lo dispuesto en el artículo 122 inciso primero CPP, el que contempla como principio general que estas medidas *"sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación"*.

Asimismo, las medidas cautelares personales deben dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual "la medida cautelar a imponer no puede resultar más gravosa que la sanción que a través de una sentencia condenatoria podría imponerse al imputado"[214].

Finalmente, otro de los principios rectores de las medidas cautelares personales en el proceso penal, es que estas deben tener un carácter esencialmente provisional. Este carácter esencialmente provisional implica que la vigencia de las medidas cautelares personales se justifica exclusivamente mientras subsistan las razones que motivaron su implementación en un primer momento. Ahora bien, este carácter provisional también implica que no solo la defensa puede solicitar la revisión de las condiciones de ejecución de las

212 MORENO y CORTÉS (2004), p. 261.

213 MORENO y CORTÉS (2004), p. 262.

214 Corte Suprema, Rol Nº 132178-2020, de 2 de noviembre de 2020: *"Que de lo dicho, surge como conclusión necesaria, que la medida cautelar decretada en relación al encausado adolescente, no guarda proporcionalidad con aquella sanción que le sería aplicable, mucho menos conforme al carácter que tiene de ser una herramienta excepcional, sin perjuicio de recordar que en el tramo punitivo que se plantea por la fiscalía, el imputado bien podría acceder a otras en libertad con programas de reinserción social, siempre que fuere condenado, de modo que habrá de estarse a dicho parámetro para fijar la intensidad de la cautelar cuya revisión fue reclamada por la defensa, de modo que el recurso de amparo deberá ser acogido"*.

medidas cautelares decretadas, sino que esto también puede ser requerido por el Ministerio Público, por ejemplo, en caso de que se estime que la medida cautelar ya no está cumpliendo el objetivo para el que fue decretada, requiriéndose una de mayor intensidad.

2. Medidas cautelares personales en el CPP

Dentro de las medidas cautelares que regula el CPP encontramos medidas cautelares personales y medidas cautelares reales. En este apartado nos referiremos a la regulación de las medidas cautelares personales, las que de acuerdo con la propia clasificación que realiza el código, son las siguientes:

1. La citación (artículos 123 y 124 del CPP).
2. La detención (artículos 125 a 138 del CPP).
3. La prisión preventiva (artículos 139 a 153 del CPP).
4. Otras medidas cautelares personales (artículos 155 y 156 bis del CPP).
5. Otras cautelares personales especiales, tales como las contenidas en el artículo 9 de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, las especiales tratándose de delitos sexuales establecidas en el artículo 372 ter del CP, la internación provisional del imputado enajenado mental, establecida en el artículo 464 del CPP.

A continuación, estudiaremos todas las medidas cautelares personales reguladas en el CPP.

3. La citación

La citación como medida cautelar se encuentra regulada en los artículos 123 y 124 del CPP, siendo la medida cautelar personal de menor intensidad que se contempla en el proceso penal. Esta institución tiene por finalidad lograr la comparecencia del imputado ante el juez competente siempre que su presencia sea requerida durante el procedimiento. Tal como consta en el artículo 123 del CPP, la citación entendida como cautelar tiene aplicación solo respecto de quien tiene la calidad de imputado, esto es, respecto de aquel *a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia* –de acuerdo con lo prescrito en el artículo 7º del CPP–.

Respecto de la naturaleza jurídica de la citación, y tal como se esbozó previamente, si bien el CPP expresamente la sitúa dentro del apartado de las medidas cautelares personales, se cuestiona que efectivamente esta sea su naturaleza, pues, en la práctica, no se encuentra destinada a asegurar los fines del procedimiento. Así, se ha dicho que debido a lo anterior no podría ser calificada como medida cautelar sino solo como "medida de coerción procesal"[215] y que si bien *"no se desconoce el carácter restrictivo de la libertad personal que* tiene

215 HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 358.

la *citación al imponer una carga de comparecencia bajo amenaza compulsiva (…) ello sólo le otorga el carácter de medida de coerción procesal mas no el de medida cautelar*"[216].

En relación con la citación como medida cautelar[217], se hace extensiva la regulación que efectúa el artículo 33 del CPP en cuanto a los requisitos de validez de esta, agregando dicha norma que en caso de que quien no comparezca injustificadamente sea el imputado, se podrá ordenar su detención o podrá ser sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva, siendo aquí entonces donde se vislumbra una eventual afectación de la libertad personal del imputado.

Por otro lado, también en relación con la citación como medida cautelar, se encuentra estatuida por el legislador una importante limitación, pues en ciertos casos será la única medida cautelar que podrá decretarse para lograr la comparecencia del imputado ante el tribunal. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124 inciso primero del CPP, solo cabrá decretar citación en caso de que la imputación consista en la comisión de una falta o de delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad.

Ahora bien, el propio artículo 124 del CPP en su inciso segundo contempla dos importantes excepciones a la regla anterior, siendo estas las siguientes:

1. *La regla anterior no se aplica respecto de los delitos contemplados en el inciso cuarto del artículo 134 CPP* (no obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el CP, en los artículos 494 N° 4, 5 y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis; 495 N° 21, y 496 N° 3, 5 y 26)[218].

2. *Lo dispuesto en el inciso primero del artículo 124 CPP no se aplica cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33.*

4. La detención

En su sentido natural, la detención como medida cautelar personal puede ser entendida como una privación provisional de la libertad ambulatoria. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 del CPP, que se refiere a la procedencia de la detención, esta privación temporal de la libertad ambulatoria es factible solo (i) por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley o (ii) en caso de ser sorprendido el imputado cometiendo un delito en forma flagrante. Esta clasificación se efectúa en base al origen de la detención, quedando claro que la detención puede tener su causa en dos fuentes distintas en materia penal, esto es,

216 CERDA (2019), p. 265.

217 Se habla de citación como medida cautelar, para diferenciar la citación del resto de intervinientes del proceso penal, la que se encuentra regulada en los artículos 23 y 33 del CPP.

218 N° 4: "El que amenazare a otro con armas blancas y el que riñendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo"; N° 5: "El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, ni aquéllas cometidas en contra de las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 403 bis de este Código"; N° 19: "El que ejecutare alguno de los hechos penados en los artículos 189, 233, 448, 467, 469, 470 y 477, siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de una unidad tributaria mensual".

como consecuencia de la dictación de una resolución judicial o respecto de quien es sorprendido cometiendo un delito flagrante, caso en que no existirá una resolución judicial previa.

Otra forma de clasificar la detención será de acuerdo a la finalidad que se busca a través de ella, pudiendo, por una parte, tener como objetivo el poner al imputado a disposición del juez a efecto que se proceda a formalizar la investigación y a solicitar medidas cautelares en caso que se estime necesario, cuestión que ocurrirá cuando la detención sea decretada en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 incisos primero a tercero del CPP y, por otra parte, cuando se efectúa en caso de flagrancia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 129 del CPP. En estos supuestos la detención se produce sin citación previa. Por otra parte, la detención puede ser decretada, siempre que haya existido una citación judicial previa, cuando el imputado no compareciere en forma injustificada a alguna actuación del procedimiento, caso en el que la finalidad de la detención es únicamente asegurar su presencia a dicha actuación.

4.1. Detención imputativa o por imputación

Tal como se adelantó, esta detención tiene por finalidad poner al imputado a disposición del tribunal al objeto de que se realice una audiencia de control de detención en términos de lo dispuesto en el artículo 132 del CPP, siendo el principal objetivo que el Ministerio Público proceda a formalizar la investigación y a solicitar medidas cautelares en caso de estimarlo necesario. La detención reviste especial importancia respecto de estos actos del procedimiento, pues tanto la formalización como la solicitud de medidas cautelares requieren contar con la presencia del imputado en la audiencia, salva la excepción de la solicitud de extradición de los artículos 431 y 432 del CPP. Respecto de esta detención imputativa es posible diferenciar dos fuentes: la resolución judicial por un lado y la detención en delito flagrante por otro.

4.1.1. Detención imputativa mediante resolución judicial

La detención imputativa a través de resolución judicial se encuentra regulada en el artículo 127 del CPP, el que dispone en su inciso primero que *"el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada"*. En este caso el mismo artículo contempla un requisito adicional consistente en que esta detención no procederá respecto de los delitos contemplados en el artículo 124 del CPP, esto es, respecto de faltas o de delitos que no están sancionados con penas privativas ni restrictivas de libertad.

El requisito esencial consiste en que de no decretarse la detención solicitada la comparecencia del imputado pudiere verse demorada o dificultada, y tiene por finalidad poner al imputado a disposición del tribunal al objeto de formalizar y de que se soliciten medidas cautelares en esa misma oportunidad. En la práctica, cada vez que se requiere formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares respecto de un imputado, la regla general es que se le cite a una audiencia de formalización sin que se despache una orden de detención en forma directa, sino solo en caso de que, habiendo existido una citación previa y una notificación válida, el imputado no se hubiera presentado a dicha audiencia, siendo recién en este supuesto que se decreta una orden de detención, pero por incomparecencia.

Debido a que la detención es una medida cautelar que afecta gravemente el derecho a la libertad personal, la resolución que la decreta debe ser fundada, conforme a lo dispuesto en el artículo 122 del CPP. Asimismo, debe ser decretada solo cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento, tal como lo dispone el mismo artículo.

Otro aspecto relevante en torno a este tipo de detención es que, en el año 2016, a través de la denominada "Agenda Corta Antidelincuencia", se incorporó una regulación adicional respecto de la detención imputativa en los incisos segundo y tercero del artículo 127 del CPP, los que se refieren en forma explícita a ciertos casos en que esta resulta procedente.

Primero, se establece que esta podrá decretarse por un hecho al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen, cuestión que se estima resulta redundante, pues el texto del artículo 127 inciso primero del CPP ya permitía que se decretara la detención en estos casos, no pareciendo necesario que se hiciera esta salvedad, sobre todo considerando que el hecho de que el delito imputado tenga pena de crimen no exime al juez de su obligación de dictar una resolución fundada a objeto de justificar la procedencia de la detención en un determinado caso.

Por otra parte, el inciso tercero de dicha norma señala que la detención imputativa será procedente: *"Tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos".*

4.1.2. Detención imputativa en caso de delito flagrante

La detención en caso de delito flagrante se encuentra contemplada en el artículo 129 del CPP. Este artículo comienza señalando que *"Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante"*, pero en toda su extensión no describe qué es lo que se entiende por flagrante. Si bien el artículo 130 del CPP proporciona un listado de situaciones en las que se está en flagrancia desde un punto de vista legal, tan solo las dos primeras constituyen situaciones de flagrancia propiamente tales, esto es, el que actualmente se encontrare cometiendo el delito y quien acabare de cometerlo (artículo 129 a) y b) del CPP).

Las restantes hipótesis contempladas son más bien ficciones legales que habilitan la detención en hipótesis que no constituyen flagrancia propiamente tales, como, por ejemplo, cuando la ley la estima respecto de quien huye del lugar de comisión del delito y es sindicado por la víctima u otra persona como autor o cómplice (artículo 129 c) del CPP).

A falta de definición legal de la flagrancia, es necesario atender al significado que se le atribuye a la palabra de acuerdo con lo dispuesto en el diccionario de la Real Academia Española, el que define "flagrante" como aquello *"que se está ejecutando actualmente"* y que "de tal evidencia no necesita pruebas". Del mismo modo, la doctrina ha entendido que esta se produce cuando *"el autor de un delito es sorprendido cuando aún está realizando actos de ejecución propios del hecho o inmediatamente después de haberlo consumado"*[219]. Por lo tanto, de acuerdo a esta definición, se concluye que para que exista situación de flagrancia se debe

219 CERDA (2019), p. 270.

dar cumplimiento a un elemento temporal, esto es, que la detención se produzca en forma inmediata a la ocurrencia del delito. Para las hipótesis fictas, antes descritas, el legislador entrega un criterio temporal descrito como "en un tiempo inmediato" para entender concurrente la fragancia cuando ocurre entre el tiempo que media entre la comisión del hecho y la captura del imputado, la que no puede ser superior a doce horas. Además, se requiere un elemento material que dice relación con la apreciación de los hechos por parte de quien efectúa la detención, quien efectivamente debe poder percibir a través de sus sentidos la existencia del delito, sin que sea posible justificar la detención en meras especulaciones y/o sospechas. No obstante, también los hechos podrían haber sido percibidos por un tercero como ocurre a propósito de las hipótesis fictas en donde la víctima u otra persona sindican al autor o cómplice, o bien resulta de otras cuestiones objetivas que ligan al autor o cómplice con el hecho, como ocurre en el caso de las hipótesis de las letras d) y f) del artículo 130 del CPP.

La existencia de elementos materiales que permitan sostener en forma objetiva que alguien se encuentra cometiendo un delito, está íntimamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 85 del CPP que regula el control de identidad, pues esta norma viene a proveer a las policías de un mecanismo válido para obtener evidencia de que una persona se encuentra en situación de flagrancia, habilitando su detención. El control de identidad habilita a los funcionarios policiales para solicitar que una persona se identifique en casos fundados –siempre que exista algún indicio de que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta– y, además, para proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla (artículo 85 inciso 4º del CPP).

La norma también contempla otras hipótesis en que procede el control de identidad y la respectiva revisión de quien se somete al procedimiento, esto es, cuando hay algún indicio de que la persona se dispusiere a cometer un delito; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. Si bien estas hipótesis no dicen relación con la investigación de una situación de flagrancia propiamente tal, si la policía durante el procedimiento del control de identidad a través del registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona encuentra algún elemento cuya tenencia sea constitutiva de delito, se podrá proceder a la detención de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 del CPP.

Por lo tanto, el procedimiento regulado en el artículo 85 del CPP, al permitir el registro de equipaje y vehículo, puede dar lugar a una detención por flagrancia en caso de producirse el hallazgo de evidencia de que se está cometiendo un delito, sobre todo en aquellos casos en que lo que se sanciona es la mera tenencia de ciertos elementos que por su naturaleza se encuentran prohibidos, como ocurre especialmente, por ejemplo, en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas o de porte ilegal de armas de fuego.

En razón de su extenso uso en la práctica por parte de los funcionarios policiales para lograr la detención, es justamente este control de identidad –que llamaremos "investigativo" para diferenciarlo del control de identidad "preventivo" incorporado por la Ley Nº 20.931– una de las instituciones que más discusiones presenta al momento de la audiencia de control de detención respecto de su legalidad, pues debe determinarse caso a caso si el indicio que tuvo en consideración la policía para controlar la identidad de la persona y realizar su revisión, efectivamente permite inferir en términos objetivos que la persona hubiera cometido o intentado cometer un delito. En este punto, cabe tener presente la modificación que introdujo la Ley

N° 21.560 (Ley Naín-Retamal) a este artículo 12, facultándose actualmente a Carabineros de Chile para realizar controles preventivos de los ocupantes de un vehículo motorizado pudiendo proceder al registro de maleteros o portaequipajes de dicho vehículo.

Ahora bien, respecto de quien se encuentra habilitado para detener en situación de flagrancia, el artículo 129 del CPP contempla dos posibilidades, primero, los funcionarios policiales, quienes se encuentran obligados legalmente a efectuar la detención de quien es sorprendido cometiendo un delito; y, segundo, cualquier ciudadano que presencia la comisión de un hecho delictivo, caso en el que solo le es facultativo el efectuar la detención con la sola finalidad de entregar inmediatamente al detenido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial. Se hace presente que la detención efectuada por particulares no los habilita para efectuar el registro de la persona detenida, pues el artículo 85 del CPP limita esta facultad únicamente a los funcionarios policiales.

Cabe mencionar, que el artículo 129 del CPP extiende la posibilidad de detener a quienes no se encuentran en situación de flagrancia, pero que, en términos generales, se encuentran incumpliendo una condena privativa de libertad o cautelares personales decretadas en su contra.

En todos estos casos, una vez practicada la detención debe ponerse al imputado a disposición del juez de garantía competente dentro de un plazo que no puede exceder de veinticuatro horas desde el momento en el que se produce la aprehensión (artículo 131 del CPP). La diferencia que se produce entre la detención tras la práctica de una orden judicial y en caso de flagrancia, es que en el primer caso se debe poner al detenido a disposición del tribunal sin excepción dentro del plazo de veinticuatro horas. En el caso de detención en flagrancia, la policía debe informar de la detención al fiscal dentro de un plazo de doce horas, oportunidad en que este determinará si deja sin efecto la detención y solamente efectúa la citación del imputado, o decide que esta se mantenga debiendo el detenido ser puesto a disposición del tribunal competente dentro del plazo de veinticuatro horas desde la aprehensión.

4.2. Detención por incomparecencia

Esta detención se encuentra regulada en los artículos 33 inciso tercero y 127 inciso cuarto del CPP. Ambas normas regulan aquellas hipótesis en que el imputado estando legalmente citado no se presenta a una determinada actuación respecto de la que su presencia resulta esencial para el desarrollo de esta. Así, el artículo 33 del CPP señala que *"El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva"*. Por su parte, el artículo 127 del CPP indica en términos específicos respecto de la incomparecencia a una audiencia que *"También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada"*.

Resulta pertinente traer a colación el artículo 26 del CPP, que exige a los intervinientes, entre ellos el imputado, el señalamiento en la primera intervención en el procedimiento de un domicilio válido en el cual ser notificado de las resoluciones judiciales que se dicten, además del deber de informar de cualquier cambio en el mismo. Es en este domicilio en el que será citado a todas las audiencias, y tratándose de aquellas en

que se requiere de su comparecencia personal, el tribunal constatará la circunstancia de haber sido citado válidamente, en cuyo caso accederá a despachar una orden de detención en contra del imputado.

5. La prisión preventiva

La prisión preventiva es la más gravosa de las medidas cautelares personales ya que supone limitar la libertad ambulatoria de una persona, sometiéndola además a todos los efectos nocivos del encarcelamiento, en una etapa procesal durante la cual aún rige respecto de ella la garantía de la presunción de inocencia.

Se trata de *"una medida cautelar personal, de carácter excepcional, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un procedimiento penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento"*[220].

En virtud de su gravedad, y considerando la afectación que implica al derecho a un juicio previo y a la presunción de inocencia, se justifica y legitima solo en cuanto su finalidad sea la de garantizar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, no pudiendo utilizarse jamás como una anticipación de pena, ni pudiendo perseguir las mismas finalidades que esta.

Funciona instrumentalmente desde una doble naturaleza, tanto al servicio del proceso penal, asegurando su desenvolvimiento y/o como a la posibilidad de cumplimiento de la sentencia condenatoria.

5.1. Presupuestos

El artículo 140 del CPP realiza una extensa individualización de los requisitos o presupuestos materiales cuya verificación en el caso concreto constituye una exigencia imprescindible para la imposición y el mantenimiento de esta medida cautelar. Estos presupuestos, de acuerdo a la terminología empleada por la teoría general de las medidas cautelares, son aquellos que conforman el *fumus boni iuris* o "apariencia del buen derecho" y el *periculum in mora* o "peligro en la demora procesal".

5.1.1. El *fumus boni iuris* o *fumus delicti commisi* en el ámbito procesal penal

Es la "apariencia de buen derecho", y es el primer presupuesto que debe verificarse y ser analizado para determinar la procedencia de la prisión preventiva.

a) Requisitos

En sede penal se traduce en la "necesidad de que exista una razonada atribución del hecho punible a un determinado sujeto", esto es, se exige que exista imputación, por cuanto "sin imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, personales o reales"[221]. Este requisito está relacionado con lo

220 GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 134.

221 GIMENO (2021), p. 472.

establecido en el artículo 140 letras a) y b) del CPP, configurándose cuando se logra acreditar la verificación de ambos supuestos.

- En primer lugar, según el artículo 140 letra a), *"que existen antecedentes que justificaran la existencia del delito que se investigare"*.

Según se desprende del propio texto de la ley, es requisito de entrada que el hecho investigado tenga carácter de delito, en todos sus aspectos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). En este sentido, se debe excluir siempre la opción de esta medida cautelar cuando nos encontremos frente a hechos constitutivos de faltas, siguiendo el principio de proporcionalidad, como ha entendido Hadwa, *"pues si no existiera se podría producir la paradoja de la imposición de una medida cautelar, provisional, de mayor gravedad que la propia pena que pudiera imponerse, de declararse en sentencia la responsabilidad del imputado"*[222], salvas las excepciones que ya referimos.

Según el mismo autor se exige que el juez adquiera certeza, y no una mera apariencia sobre la existencia del delito, exigiendo que se presenten antecedentes que permitan apreciar sin duda la existencia de este en base a los antecedentes que hasta ese momento se encuentren en la investigación.

- En segundo lugar, según lo establecido en la letra b) del artículo 140, debe acreditarse *"que existan antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor"*.

Este requisito ha traído importantes dificultades interpretativas a la hora de entender el sentido concreto del término *"presumir fundadamente"*. Según Duce y Riego, *"lo que se requiere es que el juez, frente a la solicitud del fiscal, verifique primero la seriedad de los cargos. Esto es, que, en una apreciación temprana, la información con que cuenta el fiscal tenga los elementos necesarios que permitan fundamentar esos cargos de un modo suficientemente convincente, en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia"*[223].

Lo cierto es que con esta exigencia se impone al juez la obligación de fundar la resolución en elementos probatorios que, al menos a primera vista, parezcan serios, en el sentido de que lleven a estimar que, de ser efectivos, podrían terminar por incriminar al imputado.

En la práctica esto se traduce en que la Fiscalía indique al tribunal qué antecedentes fundan su petición. *"En este momento, le basta al juez con saber que existen determinados testigos, peritos o documentos que aparentemente permitirán acreditar determinados hechos en el juicio oral. Si apreciados estos antecedentes de un modo preliminar y necesariamente superficial, percibe el juez que ellos dan cuenta de un caso sólido, entonces se encuentra satisfecho el supuesto material"*[224].

De esta forma, la ley establece ciertos límites en la valoración, impidiendo que la participación del sujeto se tenga por acreditada sobre la base de meras conjeturas, especulaciones sin fundamento, o de indicios aislados o inconexos unos con otros.

222 HADWA (2020), p. 90.

223 GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 135.

224 GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 136.

5.1.2. El *periculum in mora o periculum libertatis* en el ámbito penal

Gimeno ha entendido que *significa "que para que una medida cautelar sea dictada debe existir el peligro cierto de que producto del retardo del procedimiento se amenace las resultas del proceso penal, esto es, que exista «peligro de fuga», de ocultación personal o patrimonial del imputado"*[225].

Este requisito se verifica cuando, en el caso concreto, a partir de los antecedentes e indicios existentes, se estima que la libertad del imputado, durante el transcurso del proceso penal, podría significar riesgos que la ley quiere evitar, así, el fiscal debe acreditar siempre la "necesidad de cautela" de los fines del procedimiento.

El fundamento de este requisito se encuentra en la inevitable extensión temporal del proceso, no siendo posible la inmediatez entre la comisión del delito y la decisión final, ya que es necesario cumplir con todas las formalidades y ritualidades que impone la ley. Sin embargo, durante este transcurso natural y lógico del tiempo, es necesario tomar las medidas conducentes a evitar o reducir al mínimo posible ciertos riesgos que atenten contra su éxito, principalmente cuando estos riesgos son originados por el propio imputado.

a) Requisitos

El *periculum in mora* encuentra su sustento legal en el artículo 140 letra c) del CPP, donde se señalan taxativamente los peligros que podría acarrear la libertad del imputado. Para la procedencia de la medida cautelar en el caso concreto debe acreditarse la procedencia de al menos uno de ellos, debiendo realizarse un pronóstico sobre la ocurrencia de un hecho futuro, precisando este de forma concreta, lo que se ha entendido por la doctrina como "concretización del riesgo cautelar". Este requisito se encuentra establecido de forma genérica en el artículo 122 del CPP y es reiterado por el inciso 1° letra c) del artículo 140, al señalar que la prisión preventiva procederá cuando *existan antecedentes calificados* que permitan al tribunal considerarla indispensable.

Esta necesidad cautelar puede consistir en:

1. Que la medida sea indispensable para el éxito de la investigación;

2. Que la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad;

3. Que la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad del ofendido, o

4. Que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.

En el caso concreto será el tribunal el que deba determinar la ocurrencia de alguna de estas situaciones, sin embargo, el legislador ha señalado ciertos parámetros objetivos en los que se entendería que existe necesidad de cautela.

225 GIMENO (2021), p. 473.

- Indispensable para el éxito de la investigación

En el primer caso se exige que *"exista sospecha grave y fundada de que el imputado intentará entorpecer las pesquisas, mediante actos concretos y dolosos, por ejemplo, la destrucción de antecedentes que puedan servir de prueba de cargo. El solo desarrollo de la investigación no puede autorizar a restringir o privar de libertad al imputado para facilitar esta labor sino que para hacerlo se requieren antecedentes específicos que hagan sospechar su intención de intentar impedir el normal desenvolvimiento del proceso"*[226].

En palabras del artículo 140, se exige una *"sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente"*.

- Peligro para la seguridad de la sociedad

El propio artículo señala las principales hipótesis que deben considerarse a la hora de analizar a qué se refiere la ley con que el imputado sea un peligro para la sociedad.

En este sentido el artículo 140 señala expresamente: *"Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.*

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley".

Si se analiza este segundo inciso se desprende que los términos utilizados hacen alusión al historial o frecuencia delictiva del sujeto formalizado (*número de delitos, existencia de procesos pendientes, condenas anteriores)*. Vale decir, hoy el peligro para la seguridad de la sociedad se refiere principalmente al peligro de reiteración delictiva, debiendo entenderse como una valoración prospectiva judicial de "reincidencia" o de peligrosidad criminal.

El legislador, para efectos de determinar la peligrosidad, otorga al tribunal ciertos indicativos o criterios, los que de ningún modo suponen la objetivación completa del *periculum in mora*. La concurrencia, en el caso concreto, de uno o más factores no implica la obligación del tribunal de estimar acreditado el peligro para la seguridad y de decretar la prisión preventiva. No se establece como un modelo rígido y predeterminado sobre la peligrosidad, ni estos parámetros son una suerte de presunción absoluta de esta, sino que siempre deben ser valorados en conjunto con todo el resto de los elementos aportados, considerando las máximas de la experiencia y todas las circunstancias y antecedentes del caso concreto.

226 GAJARDO y HERMOSILLA (2021), p. 137.

- Peligro para la seguridad del ofendido

El que la libertad del imputado pueda ser estimada como **peligrosa para la seguridad del ofendido** tiene por objetivo proteger tanto a la persona afectada por la comisión de un delito, como a su familia o sus bienes.

Este criterio tiene una importante aplicación en las causas de violencia intrafamiliar y en casos de violencia de género, donde según la realidad criminológica en muchas ocasiones las agresiones más graves ocurren luego de las denuncias de las víctimas.

Respecto a este punto el artículo 140 letra c) inciso 5° señala que *"Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieran presumir que éste realizará atentados en contra de aquel o en contra de su familia o de sus bienes"*. El concepto de "antecedentes calificados" debe ser entendido como la *"necesidad de que el solicitante de la adopción de la prisión preventiva demuestre que existen antecedentes graves y serios que conduzcan a presumir la existencia de un elevado e inminente riesgo de que la víctima, sus familiares o sus bienes podrían ser objeto de ataques criminales por parte del imputado"*[227]. La doctrina ha incluido como parámetros para dar contenido a los riesgos graves y calificados a los intentos de agresión, de destrucción (cuando se trate de bienes) y las amenazas proferidas por el supuesto agresor con posterioridad a la perpetración del hecho investigado; los cuadros psicológicos de personalidad agresiva del imputado, y las denuncias pretéritas por agresiones en las que este se ha visto involucrado.

- Peligro de que el imputado se dé a la fuga

En cuarto lugar, encontramos el **peligro de fuga**. En este caso quien solicite la medida cautelar debe lograr acreditar la existencia de *"antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga"*. Su principal objetivo es garantizar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, así como asegurar la presencia física del imputado en aquellas actuaciones cuya comparecencia es fundamental.

Respecto de este presupuesto el artículo 140 letra c) no hace mayores referencias a factores o circunstancias que el tribunal deba tener en cuenta a la hora de evaluar su procedencia, lo que pareciera ser un olvido del legislador, sin embargo, esto ha sido desarrollado por la doctrina.

En primer lugar, cabe señalar que "no es posible determinar el riesgo de fuga de forma abstracta, sino que debe valorarse en forma concreta, atendiendo a los antecedentes y circunstancias del caso. Además, según ha señalado Nieva, debe tratarse de un riesgo de carácter grave y evidente[228] para que cumpla con el requisito de concreción.

Para efectos de valorar el riesgo de fuga, la doctrina y jurisprudencia han establecido ciertos factores como: a) el comportamiento desplegado por el imputado durante el proceso penal; b) la gravedad de la pena asignada al delito; c) la naturaleza del delito investigado; d) las circunstancias personales del imputado, y, e) los antecedentes penales de este.

227 HADWA (2020), p. 148.

228 NIEVA (2012), p. 185.

Respecto al primero de estos criterios establecidos, se ha entendido que cuando nos encontramos frente a un imputado que durante el proceso penal seguido en su contra, ha dado evidentes luces de querer colaborar con la justicia (por ejemplo, se ha puesto voluntariamente a disposición de esta), y ha participado de las audiencias en las que se ha solicitado su comparecencia, así como en las diligencias investigativas en que el Ministerio Público lo ha requerido (aun cuando haya decidido, en virtud de sus derechos, guardar silencio), debiese siempre desestimarse la adopción de medida cautelar por riesgo de fuga ya que son evidentes demostraciones de que se encuentra ubicable y disponible para el proceso.

En cuanto a la gravedad de la pena, se entiende que a mayor pena debiese existir un mayor riesgo de huida del imputado, por tanto, en caso de que la pena que pudiese imponerse al imputado en el caso concreto sea una pena de escasa magnitud, por ejemplo, los casos en que esta podrá cumplirse en libertad, debiese descartarse la posibilidad de peligro de fuga. Sin perjuicio de que es un elemento importante para tener en consideración a la hora de evaluar un posible peligro de fuga, este elemento no puede considerarse como suficiente en sí mismo para dar por configurada la necesidad de cautela, debiendo analizarse la situación en concreto, que podría dar cuenta de un peligro de fuga, por la probabilidad cierta de una pena privativa de libertad efectiva o sin posibilidad de pena sustitutiva.

Con respecto a la naturaleza del delito investigado, es un factor importante que determinar, ya que la naturaleza de este puede dar ciertas luces en relación a la predisposición anímica del sujeto hacia la evasión. Existen ciertas infracciones que permiten presumir un mayor riesgo de peligro de fuga, como aquellas que se cometen bajo el alero de organizaciones criminales.

Referido a las circunstancias personales del imputado, es relevante tener en cuenta, como lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia, el arraigo familiar, laboral y social que presente el imputado. Son elementos destacados a considerar, por ejemplo, el hecho de que tenga una pareja estable, hijos o menores a su cargo, así como también un trabajo estable, o círculos sociales cercanos de contención, los que permiten estimar que la huida podría significar para el sujeto importantes costos emocionales, afectivos y económicos.

Otro elemento importante para tomarse en cuenta, respecto de las circunstancias personales del imputado, es su posibilidad, desde el punto de vista tanto físico como económico, de poder irse del país. En este sentido cabe analizar el estado de salud del imputado, por ejemplo, así como también su edad. Vale la pena precisar que estos antecedentes de arraigo, familiar, laboral o social, no basta con ser enunciados por la defensa, sino que se deben exhibir o allegar antecedentes que los justifiquen.

Y, por último, los antecedentes penales del imputado también deben ser considerados a la hora de determinar si existe o no peligro de fuga, esto ya que el hecho de tener antecedentes, podría ser un estímulo para darse a la fuga, debido a la imposibilidad de obtener beneficios o sustitutos que le permitan cumplir la posible pena en libertad.

5.2. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva

Como hemos indicado, la prisión preventiva constituye la medida cautelar más drástica que contempla nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a restricción de derechos fundamentales. La imposición, según el

fundamento que se le otorgue, puede significar una importante vulneración al derecho al juicio previo y, en particular, al principio de inocencia, los cuales aparecen claramente en tensión con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal, pendiente el procedimiento de persecución penal.

5.2.1. La prisión preventiva como medida cautelar

Según lo que se desprende de nuestro CPP, esta sería la naturaleza que propiamente adoptaría o debiera adoptar la prisión preventiva, entendiendo que solo el cumplimiento de una función cautelar puede legitimar, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el empleo de esta.

La prisión preventiva, en cuanto medida cautelar, se entendería en virtud de tres características esenciales, que la definirían, consistentes en: i) la **instrumentalidad**, en cuanto no es un fin en sí misma, no pudiendo adoptarse de forma autónoma, sino que siempre en función de un proceso; ii) la **provisionalidad** o temporalidad, en cuanto no puede subsistir más allá de la pendencia del proceso, debiendo seguir la suerte del mismo, y iii) la **variabilidad**, en cuanto es siempre esencialmente revocable o modificable, cuando cambian las circunstancias tenidas a la vista al momento de imponerse.

Hay que destacar que existe debate en cuanto a las distintas finalidades de la prisión preventiva. Algunos sostienen que la prisión preventiva es una pena anticipada, otros que se trataría de una medida de seguridad o preventiva. Sin embargo, la única tesis que las legitima es la que les atribuye una finalidad cautelar[229]. En efecto, en la medida que tenga una finalidad estrictamente cautelar –de naturaleza procesal– se encontrará justificada, como ocurre para los casos en que se quiera evitar la fuga del imputado o para que no se oculten las pruebas de los delitos[230]. Entonces, como se observa, la prisión preventiva ya no solo tiene finalidades procesales, sino por subyugación, finalidades preventivas especiales negativas y de defensa social tendientes a evitar la comisión de delitos futuros (peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido)[231].

En este sentido *"constituyen fines cautelares penales legítimos, por un lado el riesgo de fuga en sus dos dimensiones, es decir, como medio para asegurar la disponibilidad del imputado durante el desarrollo del proceso ("función de cautela instrumental o procesal") y para asegurar la imposición de la pena privativa de libertad que en su momento pudiera ser dictada ("función de cautela final") y, por el otro, el riesgo de obstrucción probatoria, también en sus dos dimensiones, esto es, para asegurar el proceso de recolección de los elementos probatorios, al igual que el proceso de producción de prueba durante el desarrollo del juicio oral ("función de cautela instrumental o procesal)"*[232].

5.3 La perspectiva de género en la discusión de medidas cautelares personales de imputadas

Como se verá en el capítulo 10, sobre enfoque de género en la litigación penal, las mujeres y personas LGBTI[233] por su sexo, género, identidad de género, orientación sexual y diversidad corporal, ocupan un

229 Para un conocimiento global de las distintas posiciones teóricas, puede verse HADWA (2020), pp. 37 y ss.

230 Interpretando a Beccaria véase HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 392.

231 HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 392.

232 HADWA (2020), p. 32.

233 Acrónimo utilizado por ONU para señalar a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales.

lugar subordinado en nuestra sociedad, y, por tanto, actuar con perspectiva de género es dar aplicación al principio de igualdad material y no discriminación. En la litigación debe evitarse ocupar estereotipos de género, que constituyen una práctica discriminatoria hacia las mujeres y las personas LGBTI, impidiendo su real acceso a la justicia.

Litigar con enfoque de género significa, identificar cuándo las diferencias entre las personas –por el hecho de ser hombres o mujeres o por asumir roles masculinos o femeninos– les significa ser o no titulares de derechos y les facilita o dificulta ejercerlos y reclamarlos[234], para evitar cualquier discriminación hacia las mujeres y personas LGBTI, a fin de que accedan a la justicia en igualdad de condiciones que los hombres.

Lo que recientemente se ha venido realizando por algunos tribunales[235], aplicando recomendaciones de derecho internacional de los derechos humanos –tales como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, contenidas tanto en las Reglas de Bangkok como en las de Tokio–, es preferir otras cautelares personales en lugar de la prisión preventiva tratándose de mujeres en avanzado estado de embarazo, con problemas de salud y con niños menores a su cargo.

Nos parece pertinente precisar que por mandato del inciso 2° del artículo 5 de la CPR, es deber del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, *"así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*, siendo vinculantes, por tanto, los tratados internacionales y no así reglas o recomendaciones, las que pueden ser consideradas orientaciones en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Valga también aclarar que el contenido de estas reglas es amplio y no impone una restricción absoluta a la prisión preventiva de mujeres, lo que salta a la vista al analizar en conjunto las Regla 57 y la 64 de Bangkok[236]. La primera dispone que se deben considerar respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina y, en ese marco, "se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, "teniendo presente que una proporción considerable de mujeres delincuentes no plantean necesariamente un riesgo para la sociedad y el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas". En tanto que la Regla 64, si bien igualmente recomienda la imposición de sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, indica que debe "hacerse todo esfuerzo que sea necesario para mantener a esas mujeres fuera de la cárcel, cuando sea posible y apropiado, aunque teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y el riesgo para la sociedad", "teniendo en mente la gravedad de la ofensa y luego tomar en

234 MANTILLA (2013), p. 134.

235 Por ejemplo, **Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 698-2022, de 7 de julio de 2022**, que confirma la decisión del Juzgado de Garantía de esa ciudad, que sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva por la de privación total en su domicilio, respecto de la imputada, quien se encontraba formalizada por los delitos consumados de homicidio calificado, secuestro simple y robo con intimidación, en calidad de coautora. La corte estimó que efectivamente se trataba de ilícitos de innegable gravedad además de considerar que se había actuado en grupo o pandilla, pero que en el caso particular no podían soslayarse las especiales circunstancias de que la imputada se trataba de una mujer que se encontraba en su séptimo mes de embarazo y que tenía a su cargo a sus dos hijos menores, de 7 y 2 años, la última con síndrome de Down. La corte tuvo en consideración la particular situación de la imputada, estimando que existía un riesgo para su salud e integridad, en atención a su avanzado estado de embarazo, "siendo público y notorio que, por lo regular, los recintos carcelarios no cuentan con los medios necesarios para tratar de forma rápida y urgente algún evento de afección a la salud de los internos".

236 Disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

consideración el mejor interés del niño". Por lo tanto, tratándose de una discusión sobre la medida cautelar a imponer a una mujer, lo relevante sigue siendo la necesidad de cautela. Así lo indica el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 666-2022, 1 de julio de 2022, al señalar que: "tratándose en cambio de la necesidad de cautela, esta Corte difiere de lo sostenido por la jueza del a quo en la resolución impugnada, puesto que si bien por las características, forma de comisión, número de intervinientes y penalidad asignada a los ilícitos imputados, es posible sostener que la libertad de la imputada sea un peligro para la seguridad de la sociedad, lo cierto es que la necesidad de cautela perfectamente puede ser satisfecha en este caso con medidas cautelares de menor intensidad que la prisión preventiva, pero que a la postre resultan igualmente eficaces para los fines que se persiguen, como sería la privación de libertad nocturna en el domicilio de la imputada y el arraigo nacional de esta, ambas cautelares contempladas en el artículo 155 en sus letras a) y d) del Código Procesal Penal"[237].

Al efecto, parece necesario citar también un fallo de la Corte Suprema, Rol N°11.828-22, de 17 de agosto del año 2022, que rechaza por unanimidad un recurso de nulidad deducido por la defensa. En lo medular, destacamos el razonamiento contenido en el numeral 1° respecto de la causal invocada contenida en el artículo 373 a) del CPP, relativa a infracción sustancial de garantías constitucionales, en que la Corte Suprema se pronuncia en torno a la no consideración del enfoque de género en la determinación judicial de la pena, declarando lo siguiente:

Quinto: Que, en cuanto a la causal invocada de no considerar la perspectiva de género al momento de determinar el quantum de la pena en concreto que se impuso en la especie, es necesario realizar algunas consideraciones.

Cabe tener presente que por género se entiende "el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres" (ARAYA NOVOA, M. (2020). "Género y verdad, Valoración racional de la Prueba en los delitos de violencia patriarcal" en Revista de Estudios de la Justicia Número 32, junio de 2020, páginas 34), y "la perspectiva de género es un concepto y una herramienta surgida y construida desde el feminismo para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres y personas LGTTTBIQ" (GAMA, R. (2020), "Prueba y Perspectiva de Género. Un comentario crítico" en Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1, 2020, páginas 288).

Por ello en la actividad de determinación de la pena, el juez al realizar esta tarea debe evitar aplicar criterios subjetivos, desprovistos de racionalidad, que, obviamente, comprende desechar las ideas preconcebidas, prejuicios o estereotipos de la mujer, especialmente referidos a su rol en la sociedad o en la familia, que puedan afectar el razonamiento que sirve de base a su decisión del caso propuesto".

La consideración de la perspectiva de género no debe confundirse, por tanto, con pretender un trato privilegiado para la mujer, sino que en igualdad de condiciones a las de cualquier persona en su misma situación como interviniente. Así lo señaló recientemente en un fallo la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol Nº 467-2022, de fecha 25 de noviembre de 2022: "Considerando 6° … el enfoque de género que se pretende, desde luego que ha de ser cumplido, y el Poder Judicial ha trabajado por años en esa dirección, pero aquello no puede implicar, como bien razonó la sentenciadora en la resolución cuestionada, que ello

237 En sentido similar, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 837-2022, de 10 de agosto de 2022.

suponga un trato más favorable a la encartada, lo que debe hacer el juzgador es precisamente advertir los sesgos que pudieran rodear su caso y los obstáculos que pudiera enfrentar en la causa atendida su calidad de mujer, pero en este caso no se observa como una decisión, que analiza los antecedentes de la causa y determina que no hay variaciones en los criterios cautelares podría afectar ese trato, la amparada ha recibido asistencia letrada, ha sido periciada psicológica y socialmente, ha efectuado alegaciones procesales en la causa, actualmente se le permite el cuidado de su hija lactante conforme a los convenios suscritos con Gendarmería, lo que demuestra que los obstáculos que eventualmente pudieron afectarle no existieron o por lo menos fueron superados con las medidas ya aplicadas. Y en lo que respecta a sus estatus procesal en la causa, su calidad de imputada de un delito de tráfico y la cautelar que pesa sobre ella, no aparece como una afectación injustificada o arbitraria de su libertad o una desatención a su calidad de mujer, sino que el resultado de un proceso investigativo llevado adelante por el Ministerio Público en el que se entregaron al juzgador elementos suficientes para acreditar preliminarmente la existencia de un hecho ilícito grave, presunciones fundadas de participación y la necesidad de mantenerla en prisión preventiva durante el curso de la investigación, o a lo menos, mientras no existan antecedentes de tal entidad que supongan una modificación de los presupuestos ya referidos".

Otro aspecto a considerar es que las Reglas de Bangkok, en su acápite relativo a aspectos preliminares numeral 11, precisan que habida cuenta a la gran diversidad presente en el mundo en aspectos jurídicos, sociales, económicos y geográficos, es evidente que no todas las reglas pueden aplicarse de igual modo en todas partes y en todo momento, por lo tanto, corresponde analizar el caso concreto, lo que, estimamos, se realiza correctamente en el fallo recién citado, considerando la perspectiva de género en el análisis concreto del caso al momento de resolver.

5.3.1. Situación de la mujer que mata a quien la agrede en un contexto de violencia intrafamiliar

Cada vez que nos enfrentemos a una audiencia de formalización y medidas cautelares respecto de una imputada que indica haber actuado producto de la violencia intrafamiliar que sufría de parte de quien ahora es su víctima, es necesario analizar una eventual causal de justificación o exculpante utilizando enfoque de género, que significa cuestionar la aparente neutralidad del derecho al momento de examinar las causales de justificación, para evaluar si el actuar de la mujer se enmarca dentro de la legítima defensa (artículo 10 Nº 4 CP) o de un estado de necesidad exculpante (artículo 10 Nº 11 CP)[238].

El requisito más discutido en estos casos, tanto para dar por concurrente la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante, es la "actualidad o inminencia" de la agresión o del mal que se trata de evitar. Por ello cabe recordar que la amenaza, en contexto de violencia intrafamiliar, es una agresión inminente dado que pone en peligro próximo al bien jurídico, al tiempo que constituye un anuncio de agresión futura. El delito de malos tratos familiares constituye una agresión incesante, al menos para la libertad y seguridad individual de la mujer y los hijos, y por ende es "actual"[239].

238 Oficio FN N°1032/2021, de 3 de diciembre de 2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar, pp. 53 y 54.

239 VILLEGAS (2021).

5.4. Aproximación a la solicitud de medidas cautelares desde un punto de vista práctico

5.4.1. Objetivos

Tal como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, la finalidad principal de las medidas cautelares durante el proceso penal consiste en asegurar, ya sea los fines del procedimiento, la seguridad de la víctima o de la sociedad. Siendo estos los posibles fines de las medidas cautelares, en cada caso en que sean solicitadas y que el tribunal decida decretarlas, es tarea del juez justificar por qué resultan esenciales y por qué se elige una en desmedro de otra. Ahora bien, la información que le servirá de sustento al juez para decretar las medidas cautelares debe ser proveída por el Ministerio Público en la audiencia en la que se soliciten, no siendo posible que el juez realice indagaciones por su propia cuenta. En términos prácticos, en la audiencia en la que se soliciten medidas cautelares, el juez debe prestar atención a los antecedentes que expone el fiscal para fundar su solicitud y resolver únicamente en atención a dichos antecedentes. El respeto de este principio de no intervención por parte del juez en la recopilación de antecedentes durante la etapa de investigación del proceso penal es fundamental para asegurar su imparcialidad al momento de resolver, dando cumplimiento así a las directrices del principio acusatorio que rige el proceso penal en Chile.

5.4.2. Actuación del Ministerio Público

Por otra parte, tal como lo señala el CPP en su artículo 77, en relación con el artículo 3º de la LOCMP, el Ministerio Público se encuentra sujeto, al momento de investigar, al principio de objetividad, el que implica que debe indagar con igual celo aquellas hipótesis que sirven para acreditar la culpabilidad del imputado como aquellas que sirven para eximirlo de responsabilidad. En la práctica, especialmente en la audiencia en la que se soliciten medidas cautelares, el Ministerio Público debe poner en conocimiento del tribunal los elementos que sirven para acreditar tanto la ocurrencia de los hechos como la participación del imputado en los mismos, dando cumplimiento al principio de objetividad sin añadir información que no se encuentre sustentada en los antecedentes recabados hasta el momento y sin alterar la información que se entregue al tribunal con la finalidad de lograr su convencimiento. De este modo, se contribuye a que el juez resuelva respecto de la procedencia de medidas cautelares de forma racional, objetiva e imparcial.

5.4.3. Desarrollo de la audiencia

A continuación, y en cuanto a la forma en la que se desarrolla la audiencia donde se solicitan las medidas cautelares, lo más común en la práctica será que su procedencia se discuta después de la formalización de la investigación, una vez que el fiscal ha puesto en conocimiento del imputado, ante el tribunal, los hechos por los cuales está siendo investigado.

Una vez formulada la petición de medidas cautelares, el fiscal deberá exponer al tribunal todos los antecedentes que se estimen útiles para tener por acreditadas tanto la ocurrencia de los hechos objeto de la formalización,

como la participación del imputado en los mismos. Luego, expondrá al tribunal aquellos antecedentes que sirvan para justificar por qué una medida cautelar determinada es esencial en el caso concreto. De este modo el fiscal pone en conocimiento del tribunal los elementos materiales que sustentan la hipótesis fáctica planteada por él y que sirven para acreditar la necesidad de cautela que se traduce en la existencia de *periculum in mora*, o más bien en el ámbito procesal penal, del *periculum libertatis*[240].

La forma en la que deben ser expuestos estos antecedentes en la audiencia en la que se soliciten medidas cautelares no se encuentra normada en el CPP, sino que se ha ido regulando en la práctica estableciéndose como un uso particular ante los tribunales penales, debiendo tenerse siempre en vista por parte de los intervinientes la no afectación del principio acusatorio. En principio, esto se logra a través de la exigencia de que sea el fiscal quien exponga los antecedentes al tribunal, o bien la parte querellante, sin que el juez intervenga al objeto de obtener información adicional a la aportada por el fiscal, pudiendo intervenir para aclarar ciertas dudas que le pudieran haber quedado tras la exposición o solicitar más información o detalles respecto de algunos antecedentes incorporados o discutidos por la defensa. En este sentido, y para lograr un mayor convencimiento por parte del tribunal, es esencial que el fiscal exponga los antecedentes que justifiquen el tipo penal y la participación, en forma ordenada y clara, intentando hacerse cargo en forma anticipada, de ser posible, de los eventuales cuestionamientos que podría hacer la defensa respecto de su teoría del caso. De esta forma, es posible dar más fuerza argumentativa a la exposición, debilitando a su vez la sorpresa que la defensa podría causar al tribunal al plantear su tesis alternativa.

Respecto de la forma en la que se exponen los antecedentes se sugiere un discurso dinámico presentándole al tribunal los antecedentes de una forma que pueda parecer más convincente desde un punto de vista argumentativo, pudiendo la defensa controvertir lo señalado, en caso de que existan antecedentes que lo avalen.

Ahora bien, debido a la falta de regulación expresa y a la existencia de diversos medios tecnológicos disponibles en la actualidad, es común que durante dicha audiencia el fiscal exponga al tribunal en forma directa ciertos antecedentes como fotografías, videos y grabaciones de audio que sirven para sustentar su solicitud, antecedentes que, en una futura audiencia de juicio oral, se transformaran en medios de prueba de diversa índole.

Entonces, la primera parte de la alegación que debe formular el fiscal al solicitar que se decreten medidas cautelares dice relación con la exposición de los antecedentes recabados durante la investigación referentes tanto a la existencia del delito que se imputa como a la participación del imputado en el mismo.

5.4.4. Estándar de convicción

En relación con lo anterior, aquí es preciso recordar lo que se indicó respecto al estándar de convicción que requiere alcanzar el tribunal al objeto de acceder a que se decreten medidas cautelares en una causa penal –haciendo presente desde ya que no es un tema que se encuentre en absoluto resuelto–, lo que sirve a su vez para determinar el estándar respecto de la aportación de antecedentes que debe proveer la Fiscalía en la misma audiencia.

240 OLIVER (2019), pp. 177 - 197.

Si bien es claro que el estándar de convicción al que debe arribar el tribunal al momento de decretar una medida cautelar no es el mismo que se espera se alcance al momento de dictar una sentencia condenatoria, lo cierto es que los efectos prácticos al momento de decretar una medida cautelar respecto de la afectación de la libertad personal del imputado, puede ser igual o más perjudicial que el impuesto para una sentencia condenatoria. Respecto del estándar de convicción en este ámbito no existe regulación legal expresa, como indicamos, pero es posible deducir ciertos parámetros al estudiar la normativa que regula las medidas cautelares. En este punto, el artículo 122 inciso 2º del CPP señala que estas medidas deben decretarse a través de "resolución judicial fundada". Si bien este primer requisito no dice relación con el estándar de convicción que debe alcanzar el tribunal propiamente tal, nos sirve para ir definiendo un marco de actuación con el que deben cumplir los jueces para la validez de su resolución. Luego, especialmente al referirse a los requisitos para decretar la prisión preventiva, el artículo 140 del CPP contempla dos aspectos fundamentales a los que debe atender el juez para determinar si los presupuestos fácticos de la imputación se encuentran suficientemente acreditados: primero, se exige que existan antecedentes que *justificaren* la existencia del delito que se investiga y que permitieren *presumir fundadamente* que el imputado ha tenido participación como autor, cómplice o encubridor. La ley habla de "antecedentes" en términos amplios y no de "antecedentes probatorios" como se esperaría contar en la audiencia de juicio oral a efecto de justificar una condena, pues lo cierto es que en la instancia en la que se solicitan medidas cautelares no existe una rendición de prueba propiamente tal, pues el tribunal no toma conocimiento de los "antecedentes" en forma directa, sino que a través de los dichos de la Fiscalía.

Desde un punto de vista procesal no se aprecia por qué podría cuestionarse lo anterior, siempre que la defensa tenga la posibilidad de ejercer el derecho a contradicción respecto de dichos antecedentes y que se le permita poder exponer de igual forma los antecedentes con los que cuente para acreditar su teoría del caso.

Ahora bien, ¿en qué se traduce que se requiera la existencia de antecedentes que *justifiquen* la existencia del delito y que permitan *presumir fundadamente* la participación del imputado respecto del estándar de convicción que debe adquirir el tribunal con el objeto de decretar cautelares? Por lo pronto, es posible concluir que, si el estándar de convicción que se contempla a efecto de dictar sentencia condenatoria es el de la duda razonable, es esperable que el estándar para decretar medidas cautelares sea inferior a aquel, pero lo suficientemente relevante como para justificar la afectación de la libertad personal del imputado, teniendo siempre en miras el respeto al principio de presunción de inocencia. De acuerdo con la doctrina, lo que se busca a través de esta exigencia que formula el artículo 140 del CPP es *"sustentar la existencia de una imputación suficientemente seria en base a antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización del juicio y una eventual condena"*[241].

En definitiva, lo que se espera a través de la exigencia de acreditación de los presupuestos materiales que sustentan la solicitud de medidas cautelares, es que la Fiscalía aporte antecedentes serios y contundentes a objeto que el tribunal pueda dictar una resolución fundada acogiendo la solicitud que se formula.

5.4.5. Antecedentes calificados

A continuación, y respecto de la necesidad de cautela, el artículo 140 del CPP exige que existan *"antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para*

241 BELTRÁN (2012), pp. 454 - 479.

el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga". Estos criterios son los que sirven para justificar por qué es esencial que se decrete la medida cautelar solicitada. En este punto, muchas veces la discusión respecto de la configuración o no de la necesidad de cautela se centra en determinar cuántos de los presupuestos del artículo 140 del CPP, en sus incisos segundo y siguientes, se presentan en el caso concreto. Por ejemplo, uno de los criterios que más se utiliza en la práctica para sustentar la solicitud dice relación con lo prescrito en el inciso tercero del artículo 140, el que dispone que *"Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla".*

Si bien estos criterios generalmente constituyen un parámetro adecuado para determinar si la prisión preventiva es necesaria en el caso concreto, lo cierto es que además de analizar estos elementos en forma objetiva verificando solo si concurren o no en un determinado caso, habría que atender también a la situación particular del imputado, información que debería ser proporcionada al tribunal por parte de la defensa.

Asimismo, en este punto la defensa podría controvertir la participación del imputado sin cuestionar necesariamente la ocurrencia de los hechos en la forma relatada por el Ministerio Público. Probablemente la forma de plantear este cuestionamiento será incorporando al debate una hipótesis alternativa a la planteada por el fiscal, justificando que el imputado, por ejemplo, no se encontraba en el lugar de ocurrencia de los hechos o desacreditando la versión de la víctima o de testigos que lo vinculan con la comisión del delito. Aquí la defensa debe incorporar algún antecedente que sirva para dar plausibilidad a su tesis.

Igualmente, la defensa suele cuestionar la necesidad de cautela, ya sea, en razón de haber cuestionado previamente los presupuestos materiales, o solo cuestionando aquella sin haber efectuado un cuestionamiento previo respecto de la ocurrencia de los hechos o de la participación del imputado en los mismos.

5.4.6. Proporcionalidad

Puede ocurrir que se estime por parte de la defensa que, si bien es procedente que se decrete alguna medida cautelar en atención a los antecedentes expuestos, resulta discutible, por ejemplo, la proporcionalidad de la medida solicitada respecto de la pena que en definitiva podría imponerse al imputado en caso de recaer una sentencia condenatoria en su contra, alegando que existen otras medidas que podrían cumplir la misma finalidad que la medida solicitada.

La proporcionalidad entendida como límite para la prisión preventiva ha sido considerada por la Corte Suprema al entender, por ejemplo, que esta medida cautelar resulta desproporcionada tratándose de la imputación de un delito de lesiones graves[242]. En un sentido similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Concepción, al estimar que la prisión preventiva resulta desproporcionada cuando es probable que el imputado pueda cumplir en libertad una eventual condena al acceder a pena sustitutiva: *"sin embargo, lo que se acaba de decir tiene incidencia para juzgar la proporcionalidad de las medidas cautelares que resultan*

242 Corte Suprema, Rol Nº 22.898-2014, de 21 de agosto de 2014.

idóneas y suficientes en este caso, ya que si se tiene en cuenta la existencia de la eximente incompleta anotada, unido ello a las minorantes de los numerales 6 y 9 del mismo artículo 11, sumado a la sanción legal probable que pudiere resultar, nos encontramos frente a un escenario donde eventualmente tendría cabida alguna de las penas sustitutivas de la Ley 18.216, en base a la situación de excepcionalidad regulada en el artículo 1° de esta última ley"[243].

Un reconocimiento legal respecto del principio de proporcionalidad en relación a la prisión preventiva se encuentra contemplado en el artículo 141 del CPP, el que establece límites a la imposición de dicha medida cautelar, específicamente declarando improcedente su aplicación cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos. Esta norma atiende justamente a un criterio de proporcionalidad al limitar la aplicación de la prisión preventiva en estos casos, pues estima que, en principio –salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 141 del CPP que sí autoriza que se decrete la prisión preventiva respecto de estos delitos en determinados casos–, no sería adecuado que se decrete la privación de libertad total del imputado durante el proceso penal si en caso de condena no arriesga una pena de magnitud similar. Si se permitiera decretar la prisión preventiva en casos como estos existiría el riesgo de que dicha medida cautelar fuera utilizada como una pena anticipada o como sanción al considerarse justamente que en caso de condena el imputado no arriesgaría una sanción similar.

Por su parte, el artículo 152 inciso segundo del CPP también contempla un criterio de proporcionalidad, al estimar procedente la revisión de la prisión preventiva cuando la duración de esta hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes. Esta norma nos permite concluir, entonces, que con mayor razón es un criterio válido para revisar la prisión preventiva que esta se haya extendido por un periodo igual a aquel que se estima arriesgaría el imputado privado de libertad en caso de condena.

Ahora bien, otra forma de entender el principio de proporcionalidad dice relación con que la medida cautelar solicitada resulte "proporcional" a los fines que se busca resguardar mediante su implementación a través de un análisis de costo-beneficio. La Corte Suprema ha entendido la proporcionalidad de este modo señalando lo siguiente: *"la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de la medida versus los resultados que serán alcanzados, en otras palabras, ponderar las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados"*[244].

En atención a lo anterior, este es un argumento bastante recurrente al momento de oponerse a que se decrete la prisión preventiva, argumento que también es recogido por los tribunales al momento de rechazar su procedencia.

Para finalizar, normalmente tras la intervención de la defensa el tribunal le otorga la palabra al Ministerio Público al objeto de que pueda replicar y hacerse cargo de los cuestionamientos que realiza la defensa,

243 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 27-2022, de 12 de enero de 2022.

244 Corte Suprema, Rol Nº 5044-2009, de 04 de agosto de 2009.

terminando el debate tras darle nuevamente la palabra a la defensa para que realice una última intervención al respecto. Luego, el tribunal debe resolver fundadamente, entregando los motivos por los que acoge o rechaza la solicitud formulada por la Fiscalía. En caso de que la medida cautelar solicitada sea la prisión preventiva y esta sea rechazada por el tribunal, la Fiscalía podría deducir apelación verbal, como ya veremos, en caso de que el delito por el que se formalizó sea de aquellos previstos en el artículo 149 del CPP. Una vez resuelta esta solicitud, el tribunal dará por finalizado el debate.

5.5. Vía recursiva y requisitos

Tal como fue antes desarrollado, la prisión preventiva es siempre esencialmente debatible y revocable por la defensa, tanto en la audiencia en que se discuta, como una vez que esta ha sido decretada. Eso supone la existencia de vías recursivas eficaces que permitan controvertir y, en caso de que eso falle, revocar, la prisión preventiva decretada, sus fundamentos y sus motivaciones. Lo anterior no solo por exigencia de coherencia interna del sistema procesal penal y su pretensión garantista, sino también por obligación expresa emanada de los tratados internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes. En particular, el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *"Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal"*, lo que es reiterado en los mismos términos por el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese marco, la legislación chilena contempla en lo medular una vía recursiva en contra de la resolución que se pronuncia sobre la medida cautelar de prisión preventiva: el recurso de apelación, con algunas modalidades dignas de análisis diferenciado.

5.5.1. El recurso de apelación

Por disposición expresa del artículo 149 del CPP, el recurso de apelación solo procede respecto de las resoluciones dictadas en audiencia que ordenen, mantengan, nieguen lugar o revoquen la prisión preventiva, independiente de haberse decretado o no otra de las medidas cautelares del artículo 155 del mismo código.

De acuerdo con las normas generales del CPP en materia de apelación, el artículo 352 dispone que la facultad de recurrir radica en el Ministerio Público y demás intervinientes agraviados por ellas. Asimismo, el artículo 367 establece que la apelación debe interponerse –como regla general– por escrito, indicando los fundamentos de la presentación y las peticiones concretas de la misma.

El plazo de interposición de este recurso es de 5 días conforme al artículo 366 del CPP, el que se cuenta desde la notificación de la resolución impugnada, notificación que por regla general será en la propia audiencia en que se resuelve acerca de la petición de prisión preventiva, conforme al artículo 30 del mismo cuerpo normativo.

En términos de los efectos de su interposición, el recurso de apelación en esta materia se concede en el solo efecto devolutivo, *"a menos que la ley señalare expresamente lo contrario"*, conforme al artículo 368,

por lo que la interposición del recurso no suspende la ejecución de la decisión, y en caso de adoptarse la prisión preventiva, el imputado será inmediatamente conducido al establecimiento penal, independiente de las vías recursivas que luego de ello se ejerzan.

A pesar de lo anterior, y como se trata de la medida cautelar más gravosa del ordenamiento jurídico penal, que supone la total privación de libertad en términos análogos, en la práctica, a la sanción privativa de libertad consecuencial a una sentencia condenatoria[245], el ordenamiento jurídico contempla la vista extraordinaria y preferente de estos recursos por parte de las cortes de apelaciones respectivas, por aplicación de lo dispuesto en el numeral 1° del inciso 5° del artículo 69 del COT, disponiendo su agregación extraordinaria a la tabla del día siguiente hábil al de su ingreso a la corte de apelaciones o del mismo día en "casos urgentes", estando referido esto último, por ejemplo, a las causas asociadas a mujeres embarazadas o a adolescentes, sin perjuicio de los criterios ya referidos a este respecto[246].

Tal como dispone el artículo 358 del CPP de un modo genérico para la vista de los recursos, la vista del recurso de apelación que se interpone en estos casos se efectúa en audiencia pública, y al igual que en los restantes recursos en materia penal, esta se lleva a cabo sin relación, en los términos del inciso segundo de la mencionada norma. Asimismo, conforme al inciso final del artículo, y en una manifestación adicional de la necesidad de celeridad propia de la intensidad de los bienes jurídicos en juego, el tribunal debe pronunciar su sentencia de inmediato, o si no fuere posible, fijar un día y hora para dar a conocer la resolución. Dicha resolución está también sujeta a deberes de motivación y fundamentación exhaustiva, en conformidad a los artículos 36 y 143 inciso final.

a) Apelación verbal

El año 2008 se introdujo un sistema especial y excepcional de apelación en los incisos segundo y tercero del artículo 149, incorporados por la Ley Nº 20.253 de 14 de marzo de 2008, también conocida como "Agenda Corta Antidelincuencia".

Estos incisos incorporados, establecieron una estructura recursiva diferente, estableciendo un recurso de apelación en forma verbal en contra de ciertas resoluciones que nieguen, sustituyan o revoquen la prisión preventiva, siempre que estas recaigan sobre ciertos delitos, como veremos. Así, en esos casos, bajo esa nueva redacción, *"la interposición del recurso de apelación en contra de la decisión que negare la adopción de la prisión preventiva o de la que revocare la ya ordenada, produce el efecto de impedir al juez disponer la puesta en libertad del imputado mientras la una o la otra resolución no se encontrare ejecutoriada"*[247]. Si bien, como fue mencionado, las causas en que se interponga un recurso de apelación contra una resolución que se pronuncia sobre una solicitud de prisión preventiva ya gozan de preferencia en la vista, en este caso, y considerando la grave irrupción de los derechos de la persona detenida, quien incluso con resolución que rechaza la solicitud de dicha medida cautelar se mantiene privada de libertad, la norma dispone en la parte final del inciso segundo, que las cortes de apelaciones incluso deberán establecer una sala de turno en días feriados para conocer de estas apelaciones.

245 AWAD (2021), p. 344. En el mismo sentido, VALENZUELA (2018), p. 837, y HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 425.

246 HADWA (2020), p. 182.

247 HADWA (2020), p. 183.

- Casos en que procede

El catálogo de delitos que vuelven procedente dicha apelación verbal, por su parte, también ha sido objeto de importantes reformas que han tendido a aumentar sostenidamente su campo de aplicación. Así, una segunda modificación que vino a ampliar el campo de actuación de la apelación verbal fue la Ley Nº 20.931 de 2016, conocida como "Segunda Agenda Corta Antidelincuencia", también fundada en el temor ciudadano a la delincuencia y la necesidad de "trabar la puerta giratoria"[248]. Esta ley modificatoria en su artículo 2 N° 12 amplió el catálogo de delitos y las hipótesis en que dicha apelación es procedente. Como consecuencia de esta modificación, la apelación verbal procede respecto de los delitos contemplados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del CP, de los delitos contemplados en la Ley Nº 17.798 sobre control de armas, de aquellos de la Ley Nº 20.000 de tráfico ilícito de estupefacientes, así como de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones. Adicionalmente, la Ley Nº 20.931 estableció dos otras modificaciones: en primer lugar, eliminó el requisito de que la apelación verbal solo procedía respecto de delitos de la Ley Nº 20.000 cuya pena asignada fuera de crimen, y en segundo lugar, estableció una hipótesis adicional en que aplica, pues estableció que no solo procede contra la resolución que niega la prisión preventiva del imputado que fue puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido, sino también en aquellos casos en que se pronuncia sobre la solicitud que recae sobre un imputado que se encuentra ya sometido a prisión preventiva, debiendo por tanto la resolución que la revoca encontrarse firme para que esa persona obtenga su libertad. Por último, la Ley Nº 21.212 de marzo de 2020 supuso una nueva incorporación de tipos penales aplicables, específicamente sumando al catálogo los delitos previstos en los artículos 390 bis y 390 ter del CP.

- Requisitos

Respecto de los requisitos de esta apelación, dado el tenor literal del inciso segundo del artículo 149 del CPP[249], esta ha de interponerse verbalmente en la misma audiencia en que se dicta la resolución. Es decir, señalándolo expresamente la norma, no es facultativo, sino la vía en que dicho recurso opera. En el mismo sentido ha sido reconocido por el Ministerio Público mediante la "Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal"[250], al instruir a todos los fiscales que dicha apelación se haga siempre en dicha audiencia, señalando: *"En el caso del inciso segundo del art. 149, la apelación se realiza NECESARIAMENTE en la misma audiencia y esto significa que es verbal",* lo que también se ha refrendado a nivel jurisprudencial[251].

248 WALKER (2022), p. 114.

249 Véase, sobre esto: HADWA (2020), pp. 184 y ss.

250 Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, pp. 40 y 41.

251 Sentencias de la Corte Suprema, Rol Nº 3503-2009, de 1 de junio de 2009; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 618-2014, de 4 de marzo de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 1143-2011, de 28 de mayo de 2011; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 1206- 2010, de 21 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 610-2012, de 5 de diciembre de 2012; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 346-2012, de 13 de julio de 2012; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 334-2012, de 6 de julio de 2012; Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Nº 286-2012, de 29 de octubre de 2012; Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol Nº 52-2011, de 21 de junio de 2011; Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Nº 336-2010, de 30 de diciembre de 2010; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol Nº 35-2010, de 26 de junio de 2010. En contra, véanse las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 361-2011, de 2 de junio de 2011; Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol Nº 77-2009, de 19 de mayo de 2009.

En cuanto a sus restantes requisitos, se ha suscitado cierto debate doctrinal respecto de la necesidad de fundamentación de esta.

Así, los profesores Maturana y Montero, por ejemplo, plantean que en caso de la apelación verbal esta *"no requiere ser fundada, ni contener peticiones concretas, como ocurre por regla general según lo previsto en los artículos 365 y 367"*[252], fundándose para ello en argumentos teleológicos derivados de *"las adecuaciones a la redacción del artículo 149 que hizo la Comisión de Constitución del Senado"*.

Dicha postura ha sido rebatida por otro sector de la doctrina[253], que plantea que dicha exención de fundamentación es inadmisible, pues el artículo 149 del CPP al regular este estatuto diferenciado de apelación verbal no exime al Ministerio Público del deber de fundamentación, a lo que debe agregarse que *"si el ejercicio de la facultad de apelar en forma verbal supone una especial forma de afectación de la libertad personal del imputado, no parece razonable sostener que este mecanismo debe contener menos requisitos que el recurso de apelación cuando es interpuesto de acuerdo a la regla general"*[254], posición que parece ajustarse de manera correcta al diseño normativo y a los intereses en juego. Esta necesidad de fundamentación, por lo demás, ha sido asumida como deber normativo incluso por el Ministerio Público, tal como menciona la Instrucción General que imparte criterios de actuación en la etapa de investigación del proceso penal, al instruir a los fiscales que *"el carácter verbal de la apelación es la única excepción al art. 367, debiendo el fiscal o el asistente de fiscal, en su caso, cumplir con los requisitos de expresión de fundamentos de hecho y derecho y solicitud de peticiones concretas en sus impugnaciones"*[255]. Así, hoy por hoy pocas dudas caben de que un fiscal del Ministerio Público que apela una resolución de manera verbal en los casos del artículo 149 inciso 2° del CPP, debe fundar de esa manera su solicitud, so pena de ser declarado inadmisible por incumplir el artículo 367 del código del ramo. Así, por lo demás, ha sido refrendado por la gran mayoría de la doctrina procesal[256] y por la jurisprudencia[257].

b) Debates en torno a la apelación verbal

A propósito de la apelación verbal y su regulación, se han levantado un conjunto de debates de sumo interés, que es necesario relevar para una adecuada comprensión de la figura y para una óptima litigación en la materia:

- La calificación jurídica que vuelve operativa la apelación verbal

En primer lugar, se ha suscitado un interesante debate respecto a quién debe realizar la calificación jurídica que es jurídicamente vinculante o relevante para efectos de determinar la aplicación del inciso segundo del artículo 149 y la procedencia, por tanto, de la apelación verbal: si es que se trata de una calificación privativa

252 MATURANA y MONTERO (2012), pp. 555 y 556.

253 HADWA (2020), p. 185; OLIVER (2018), p. 319.

254 HADWA (2020), p. 185.

255 Oficio FN N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, p. 42.

256 Véase: OLIVER (2018), p. 312.

257 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1944-2014, de 21 de noviembre de 2014; Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 221-2014, de 10 de julio de 2014; Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 113-2012, de 30 de mayo de 2012; Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 117-2013, de 16 de mayo de 2013; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 319-2012, de 21 de junio de 2012; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 536-2011, de 9 de noviembre de 2011; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 43-20120, de 28 de enero de 2010.

del Ministerio Público en su formalización, o si es que, en cambio, el juez puede disentir de la calificación y por tanto entender que no se configura la hipótesis de procedencia de la apelación verbal al no tratarse de alguno de los delitos previstos en el artículo 149 inciso segundo.

Algunos autores sostienen que *"La calificación jurídica de los delitos que hacen procedente la apelación verbal corresponde a la fiscalía, en la formalización de la investigación, de modo que procede dicho procedimiento aún cuando el juez de garantía esté en desacuerdo con la calificación jurídica efectuada por el Ministerio Público y entienda que se trate de un delito no previsto en la norma precitada (art. 149)"*[258], *postura que cuenta con importante apoyo jurisprudencial*[259].

Otro sector, entre los que destacan Hadwa[260] y Oliver[261], cuestionan dicha posición, entendiendo que la incorporación de esta prerrogativa busca precisamente contrarrestar ciertos riesgos que la libertad de determinados imputados representa en base a su eventual participación en delitos de especial gravedad. Así, la imposibilidad de configuración del delito contemplado en dicha norma en relación con el análisis que el juez realiza previamente en base a las letras a) y b) del artículo 140, entendiendo que no existen antecedentes para la configuración del delito formalizado, o que, existiendo antecedentes, estos no cuadran dentro de las figuras del artículo 149 inciso 2°, debiera llevar a rechazar la procedencia de la apelación verbal. Adicionalmente, y como plantea Oliver Calderón, aceptar la postura contraria, supondría *"atribuirle al Ministerio Público el ejercicio de una función jurisdiccional –algo que expresamente prohíbe el inciso primero del artículo 83 CPR–, en su vertiente cautelar, al decidir el fiscal la forma de apelar contra una resolución que niega, sustituye o revoca una concreta medida cautelar (...) y lo que es más grave, al escoger los efectos de dicha resolución denegatoria, sustitutoria o revocatoria de la medida cautelar"*[262].

5.5.2 Aplicación del Oficio FN N° 298/2023, de fecha 10 de abril de 2023 ("Criterio Valencia")

Especial consideración se debe tener al requerirse la medida cautelar de prisión preventiva a lo regulado en el Oficio FN N° 298/2023, de 10 de abril de 2023, mediante el cual se imparten criterios de actuación respecto de imputados nacionales y extranjeros sujetos a audiencia de control de detención que no cuenten con un documento oficial chileno que permita acreditar su identidad. Exceptúense de esta regla los extranjeros que hayan ingresado al país en forma regular en calidad de turistas, pero sólo en caso de que se encuentren en el periodo de vigencia en que pueden estar en Chile en esa calidad, a la época en que se lleve a cabo la audiencia de control de detención. De conformidad a lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se insta a los fiscales para que, en la audiencia de control de detención, corroboren que las policías que practicaron la detención hayan informado a los imputados extranjeros de su derecho a contar con asistencia consular.

En dicho contexto, se instruye a todos los fiscales del Ministerio Público solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva establecida en el artículo 140 del Código Procesal Penal, concurriendo los presupuestos

258 AGUILAR (2012), p. 89.

259 Véase, OLIVER (2018), p. 322.

260 HADWA (2020), pp. 185 y ss.

261 OLIVER (2018), pp. 322 y 323.

262 OLIVER (2018), p. 323.

materiales contenidos en las letras a) y b) de dicha norma, fundado en lo señalado en la letra c) de esa disposición, esto es, en la existencia de peligro de fuga en todos aquellos casos de imputados por la comisión de simples delitos y crímenes que fueran pasados a audiencia de control de detención, que en caso de no contar con un documento identificatorio chileno que permita acreditar su identidad en relación a la referida necesidad de cautela.

Además, en dicha instrucción se instruyó que en los casos en que la defensa solicite la aplicación del artículo 146 del Código Procesal Penal, esto es, reemplazar la prisión preventiva por una caución económica, los fiscales deberán oponerse a dicha petición y, en caso que el Juzgado de Garantía lo acogiera, el Ministerio Público se encuentra legitimado para recurrir en contra de esa resolución. Por su parte, si el Juzgado de Garantía rechazare imponer la medida cautelar de prisión preventiva en contra de aquel imputado que se encuentre en la situación antes descrita, se deberá deducir el recurso de apelación respectivo, sea cual fuere el delito, ya sea en audiencia de forma verbal o por escrito, según corresponda, de acuerdo con la normativa procesal penal vigente.

6. Otras medidas cautelares personales

El artículo 155 del CPP contempla otras medidas cautelares personales distintas de la prisión preventiva, las que tienen la misma finalidad que esta medida cautelar, como es garantizar el éxito de las diligencias de investigación, la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia.

El artículo 155 del CPP ofrece medidas cautelares de distinta intensidad, las que pueden decretarse en forma única o conjunta para lograr cubrir diferentes necesidades que se evaluarán caso a caso. No obstante su diseño teórico adecuado, existe una dificultad de control evidente respecto de varias de ellas, especialmente las prohibiciones de acercamiento y de comunicación con determinadas personas o de asistencia a ciertos lugares, como asimismo, la medida de privación de libertad domiciliaria, que aunque se encargue su supervisión a Carabineros, la fiscalización se reduce a visitas esporádicas al domicilio e incluso en casos en que se constata el incumplimiento, la carga laboral de la Fiscalía muchas veces impide pedir revisión de cautelar en todas las causas con incumplimiento de medidas cautelares y aun pedida la intensificación, los tribunales de garantía tienden a mantener en la mayoría de los casos la cautelar incumplida, sin que exista mayor requisito que el "compromiso" del imputado de cumplir, abonándose de todas maneras el tiempo transcurrido desde que se decretó la cautelar a la pena que se impondrá.

Respecto de su procedencia, duración, impugnación y ejecución, estas medidas cautelares se rigen por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, tal como lo dispone el inciso final del artículo 155 del CPP. Respecto de la oportunidad en la que pueden ser decretadas estas medidas, se encuentra regulado específicamente por el artículo 155 del CPP, el que señala que podrán ser solicitadas *"después de formalizada la investigación"*.

Esta exigencia abrió un debate en su época, hoy ya zanjado, respecto de si estas medidas cautelares podían ser decretadas en el contexto de un procedimiento simplificado tras haberse deducido requerimiento en contra del imputado, caso en el que no existe una "formalización" propiamente tal.

Finalmente, luego de variada discusión, se impuso la tesis que sostiene que sí es posible decretar estas medidas en el contexto del procedimiento simplificado, arguyendo para ello que una interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal debe considerar la aplicación de las normas contempladas en el Libro Primero del código, que se refiere justamente a las "disposiciones generales" a todos los procedimientos regulados en dicho cuerpo legal. Esto, justamente porque la finalidad de todo proceso que persigue la responsabilidad penal es que se aseguren los fines del procedimiento, lo que solo es posible de lograr a través de la implementación de medidas cautelares.

CAPÍTULO V

CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN
Y CAMINOS A SEGUIR

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Normativa vinculada

Párrafo 7º Libro II CPP, artículos 247, 248, 249, 250, 252, 254, 257, 258. Artículo 38 de la Ley Nº 20.084.

2. Normativa indirecta

Artículos 112, 229, 233 b), 234 del CPP.

3. La formalización de cargos, el plazo legal y judicial de cierre de la indagatoria y su ampliación

3.1. Cierre de la investigación

Referirse al cierre de la investigación constituye un hito relevante para el Ministerio Público, puesto que con ello, no solo se mide la razón de ser y la existencia de este órgano autónomo de rango constitucional, sino también la eficacia del sistema en su totalidad, particularmente en algo tan sensible como lo es la opinión pública y la seguridad pública. Por lo tanto, con el cierre de la investigación, está en juego el profesionalismo, la calidad de las investigaciones y la eficacia de la persecución penal. El estándar para la Fiscalía es que sus investigaciones deben haberse llevado de modo prolijo y acucioso.

3.2. Formalización de cargos

Referirse al cierre de la investigación presupone, además, revisar previamente las reglas básicas de la misma, principalmente al plazo que tiene la Fiscalía para realizar la indagatoria que le ha sido asignada.

De ahí que se requiera relevar a la formalización o comunicación de cargos, como el hito procesal relevante del procedimiento ordinario por crimen o simple o delito de acción penal pública, a partir del cual, como uno de sus efectos, comienza a correr el término legal para desarrollarla y completarla acorde a sus objetivos esenciales, cuales son, establecer la ocurrencia del hecho y si este tiene caracteres de delito y la participación en él de personas determinadas, identificándolas para en su oportunidad concretar la imputación penal.

3.3. Plazos de la investigación

3.3.1. Plazo legal y plazo judicial

Conforme a la letra b) del artículo 233 del CPP, una vez efectuada la imputación de cargos se inicia el plazo legal para que la Fiscalía pueda declarar cerrada la investigación, que por mandato normativo se extiende hasta dos años, tal como lo establece el artículo 247 del mismo texto, que precisamente dispone que transcurrido este bienio desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, la Fiscalía deberá proceder a cerrarla.

Hay ciertas cuestiones vinculadas a lo anterior que es menester destacar:

La primera, es que las investigaciones no formalizadas no tienen un plazo expreso, mejor, solo tienen uno tácito, cual es, el que se complete la prescripción de la acción penal respectiva sin formalizar cargos, ya que esta, por imperativo del aludido artículo 233 en su letra a), suspende la prescripción, según la norma, interrumpe la misma, según se desprende de la interpretación con el artículo 248 c) del código en cita, que asigna como efecto a la comunicación de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido en la indagatoria ya cerrada antecedentes suficientes para fundar una acusación, la de continuar corriendo la prescripción extintiva como si nunca se hubiere interrumpido (y no suspendido).

La segunda, que existe la posibilidad de abreviar el plazo legal concurriendo los presupuestos que indica el artículo 234 del CPP, que faculta a los otros intervinientes distintos a la Fiscalía para solicitar al juez de garantía la fijación, en la misma audiencia en que se formalicen cargos, de un plazo para el cierre de la investigación, lo cual, también puede efectuarlo de oficio el mismo tribunal, una prerrogativa muy interesante dentro de las varias facultades oficiosas reguladas en el CPP. Es, por tanto, una de las incidencias más habituales y que se plantea en un altísimo porcentaje de tales audiencias. Este plazo judicial, por oposición al legal ya abordado, requiere sí, que se cumplan dos exigencias bien determinadas, que desde el punto de la Fiscalía es recomendable tener siempre presente y exigirlas al juez cuando deba resolver, pues, como la norma ordena, debe oír al Ministerio Público antes de la fijación, y que son, que al fijar el plazo –es decir, para reducir el término legal–, debe cautelar las garantías de los intervinientes –entiéndase no solo del imputado– y asumir que las características de la investigación lo permiten.

Planteada la cuestión accesoria, lo normal es que cada interviniente proponga un término que sea de su conveniencia, en algunas pocas veces próximo en duración pero, en otras tantas, muy distantes. La defensa opta por la brevedad y la Fiscalía por una mayor extensión, cuestión obvia en esta discusión y en la que no hay mayor fundamentación, lo que, digamos, no se condice con la exigencia legal. Ha pasado a ser un debate sin enjundia, casi de mero trámite. Por eso que en la práctica judicial, sin necesariamente atender a la legalidad en comento, en muchos casos Fiscalía y defensor concuerdan en plazos de cierre cuando sus pretensiones están próximas, o el juez modera las pretensiones de las partes zanjando estas cuando son muy distantes, accediendo de manera más frecuente a lo pedido por la defensa –más cuando se ha impuesto una medida cautelar personal gravosa para su defendido–, y en algo menos veces, a lo solicitado por la Fiscalía –tratándose de casos de delitos graves y que las máximas de experiencia señalan que se requieren plazos relativamente extensos para desarrollar la indagatoria–. La realidad muestra también que, en escasas ocasiones, se mantiene

el plazo legal de dos años, ya sea por decisión expresa del juzgador rechazando la abreviación, o, por no haberse pedido por los intervinientes, extraña situación eso sí en los hechos y posiblemente atribuible a olvidos luego de temperadas discusiones por cautelares. En esta última hipótesis la jurisprudencia judicial incluso ha aceptado que la solicitud de un plazo judicial pueda plantearse en otra oportunidad distinta a la que regula el artículo 234, en una audiencia especialmente citada al efecto, amparándose en la cautela de derechos y usando como fundamento normativo el artículo 10 del mismo texto procesal.

El artículo 38 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, establece que el plazo para declarar el cierre de la investigación es de seis meses, pues, cuando este término transcurre nace la carga para la Fiscalía para proceder a cerrarla, a menos que el juez hubiere fijado un plazo menor, haciendo uso en este caso de la facultad contemplada en el mencionado artículo 234 del CPP. Esta norma es aún más interesante, ya no solo por la brevedad del plazo legal en comparación con el procedimiento general, sino que también porque nos permite peticionar al juez una ampliación del término por un máximo de dos meses, con la debida fundamentación se entiende, no habiendo precepto ni facultad explícita similar en nuestro CPP.

3.3.2. Ampliación del plazo judicial

Una vez fijado un plazo judicial en el procedimiento ordinario formalizado es posible pedir una ampliación o prórroga, encontrándose su basamento en aplicación del artículo 52 del CPP que trae como supletorias las disposiciones comunes del CPC cuando no se opusieren a las de aquel código, entre tales, en específico, del artículo 67 de aquel código que permite pedir la ampliación de un término judicial –incluso más de una vez– cuando se requiere antes de su respectivo vencimiento y alegando justa causa, esto es, con fundamento legítimo y suficiente de que la indagatoria cuyo plazo está por vencer aún requiere que se mantenga abierta para completar diligencias o actuaciones útiles y pertinentes para el cumplimiento de sus objetivos, lo que la Fiscalía debe explicitar convenientemente y el juez apreciar prudencialmente. Desglosando los presupuestos, en esta hipótesis: existencia de un plazo judicial, pedir su prórroga antes de vencer, alegar justa causa.

La(s) prórroga(s) en ningún caso podrá(n) exceder el plazo legal de dos años, límite máximo, criterio judicial y doctrinario que hace reverencia precisamente al artículo 247 antes aludido: principio básico, nunca la prórroga de un término judicial fijado podrá exceder el marco legal, aspecto relevante a tener en cuenta por la Fiscalía al momento de solicitar ampliaciones.

Asimismo, se ha discutido si la ampliación del plazo judicial puede ser solicitada por otros intervinientes –el imputado y su defensor, la víctima y el querellante– sosteniendo que ante el advenimiento del cumplimiento del término existen diligencias pertinentes en curso y que pueden resultar necesarias de cumplir para su teoría de caso, lo cual ha sido acogido por la judicatura de garantía, precisamente para cautelar los derechos de defensa judicial efectiva y de igualdad procesal.

La ampliación de la investigación debemos entenderla aplicable en el escenario que nos plantea el artículo 257 del CPP, que permite al juez de garantía ordenarle a la Fiscalía que reabra una indagatoria ya cerrada, acogiendo una petición de los intervinientes efectuada dentro de los diez días posteriores al cierre, para cumplir diligencias precisas en el plazo que ha de fijar al efecto. Es decir, un término especial, de origen judicial, en que la investigación vuelve a estar abierta y que debería cerrarse según las reglas generales, pero

que, por aplicación de la normativa ya comentada, dicho término podría ampliarse a petición de la misma Fiscalía o de otro interviniente, satisfaciéndose los requisitos legales ya expuestos.

Por último, el plazo legal de dos años previsto en el artículo 247 en comento, se suspenderá al aprobarse una suspensión condicional de procedimiento, o al dictarse sobreseimiento temporal, concurriendo alguna de las causales del artículo 252 –que se revisará más adelante–, o en el caso de arribarse a un acuerdo reparatorio, mientras no se cumplan las obligaciones asumidas por el imputado a favor del ofendido o hasta que se hubiere garantizado debidamente su cumplimiento a satisfacción de este último, ambas condiciones suspensivas. Removida la circunstancia de suspensión, el plazo se reanuda y continúa corriendo.

4. Naturaleza del plazo para efectuar la investigación, la rebeldía y el apercibimiento de cierre

El plazo para realizar una indagatoria, sea legal o judicial, es no fatal, cuestión que amerita una breve explicación. Nos encontramos frente a una distinción sumamente interesante porque conforme a las reglas sustantivas y procesales civiles todo plazo legal es fatal, se extingue por su transcurso y, por ende, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento, dando lugar a la rebeldía procesal, como lo dispone el artículo 64 del CPC lo que se remarca en el artículo 16 del CPP, que indica que los términos de tal código son fatales e improrrogables, a menos que se indique expresamente lo contrario. En simple, el principio es que los plazos legales son fatales en esencia –salvo norma expresa– y que los de carácter judicial no lo son. Sin embargo, hemos sostenido que el término para declarar el cierre de una investigación siempre es no fatal.

Nos encontramos aquí en un escenario procesal que reclama un abordaje. En efecto, pareciera existir una rencilla entre ambas disposiciones y lo afirmado, pero trataremos de fundamentar la negativa. Para ello traemos a colación el artículo 247 del CPP, que en su primer inciso señala de modo perentorio que transcurrido el plazo de dos años –refiriéndose al legal– desde la comunicación de cargos, el fiscal deberá proceder a cerrarla. Nótese la redacción y supuesto normativo: "transcurrido" el plazo de dos años. Presupone que ya venció el mismo. Pero a renglón seguido, dispone que, si así no lo hiciera, el imputado o el querellante podrán pedir al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre, debiendo el juzgador citar a audiencia para que, en ella, estando presente aquel, lo conmine a cerrar, y de no hacerlo, el imperativo de decretar el sobreseimiento definitivo. Entonces, para que opere esta disposición es requisito *sine qua non* que el plazo haya transcurrido, exigencia que hace deducir, primeramente, que no se extinguió a su vencimiento, que aún la investigación está abierta y que pueden continuar las diligencias y actuaciones en ella, que no les afectará nulidad alguna, y a continuación, que la única forma de que opere la sanción legal descrita es que el fiscal no concurra a la audiencia citada para ser apercibido, o que asistiendo y requerido no cierre derechamente su indagatoria, con la consiguiente sanción de que se ponga término al procedimiento, sin perjuicio de las consecuencias funcionarias para el rebelde.

Esta conclusión es plenamente aplicable al plazo judicial, pero en este supuesto porque la regla es que los términos de este carácter no son fatales y por ende debe ser solicitada la correspondiente rebeldía, como por ejemplo sucedería en los casos comentados de los artículos 234 y 257 del CPP.

En suma, la rebeldía por no cerrar la investigación en el plazo legal no hace que el término se extinga al vencimiento, pues el fiscal puede hacerlo de *motu propio* a pesar de estar vencido el término o cuando sea requerido a cerrarla conforme al procedimiento establecido en el citado artículo 247, evidentemente estando ya transcurrido aquel. Misma inteligencia cuando estamos frente a un plazo judicial inicial o prorrogado, en que también debe hacerse aplicación de idéntico criterio y procedimiento para instar al cierre cuando voluntariamente el fiscal no ha adoptado tal decisión.

5. Análisis del artículo 247 del CPP y sus consecuencias

Como ya fue comentado, la norma en cita es relevante al momento de analizar el cierre de la investigación.

Ante la interrogante ¿cuándo la Fiscalía debe naturalmente cerrar la indagatoria?, la respuesta usualmente dada es: al estar esta "agotada".

Téngase presente que la norma regulatoria se ubica en el Párrafo 7° del Título I del Libro Segundo de nuestro CPP, primera disposición en que se inicia lo que se titula "Conclusión de la Investigación". El vocablo cierre junto al giro agotada y a la voz conclusión, denotan en su conjunto una misma idea o noción, el término de una fase o etapa, a partir de la cual deberá adoptarse una decisión.

La expresión agotada no está presente en nuestro actual texto codificador pero sí lo estaba en el antiguo Código de Procedimiento Penal, que en su artículo 413, al regular el sobreseimiento definitivo, disponía que podía decretarse "... cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente". Haciendo el parangón, si es que se cree permitido, el agotamiento es posible cuando se han realizado todas las diligencias o actuaciones investigativas tendientes a dar satisfacción a los objetivos de toda investigación, lo que significa que no solo estará agotada si es posible deducir acusación, sino también habrá agotamiento si su mérito permite adoptar decisiones tendientes a pedir el sobreseimiento en sus distintas especies o de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, precisamente por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación y ejercer la acción penal respectiva. Esta última hipótesis incluso, al hablar de la existencia de antecedentes no suficientes, presupone una fundada duda de obtener una eventual decisión condenatoria si se llevara a juicio la imputación.

Es decir, se analiza la realidad probatoria de los antecedentes y evidencias reunidas y se estima por parte de la Fiscalía que no será viable obtener una condena de ejercer la acción penal –pero tampoco para pedir el término de la causa–. En ciertos casos, según lo que se haya instruido, esta decisión debe ser avalada por la unidad jurídica regional que al efecto revisará la carpeta investigativa y, en último término, según lo decida el fiscal regional, en cuanto que los mismos no superan el estándar probatorio exigido para sustentar una acusación.

De este modo, una investigación no se agota por el simple curso del tiempo, sino que este agotamiento presupone antecedentes que funden lo que podemos denominar una decisión cualificada, en que la tarea de completitud investigativa se valorará y servirá de fuente para adoptar alguna decisión de entre las que ofrece la ley.

El propio Ministerio Público en su Glosario de Términos puesto a disposición del público en su página institucional, señala con motivo del cierre de la investigación lo siguiente: "Actuación procesal con la cual finaliza la etapa de investigación, lo que se verifica una vez agotadas las diligencias necesarias para la

averiguación de un hecho punible y sus partícipes, la que debe ser comunicada por la Fiscalía ...". Esa decisión cualificada permite resolver por solo una de las posibilidades que oferta la alternativa u opción del artículo 248 del CPP, pues entre ellas se excluyen por ser incompatibles: la acusación, que excluye a las otras dos y nos llevará en principio al juicio oral, al igual como sucede si optamos por el sobreseimiento y, tanto más evidente, si la decisión es de no perseverar. Pero en todas está presente un denominador común, cual es el agotamiento de la indagatoria, que no es más ni menos que realizar todo cuanto sea necesario y esté al alcance de la Fiscalía para averiguar el hecho investigado, su naturaleza, y la participación de personas, identificándolas, sin dejar diligencias pendientes en torno a esas finalidades, único escenario para que la decisión tenga fundamento y no devenga en arbitraria o antojadiza, pudiendo sostenerse que es un virtual presupuesto de legalidad, que permite decidir según el mérito de los elementos reunidos.

Es decir, el cierre de una indagatoria debe resolverse basado en su mérito, entendiendo por mérito para este efecto como la valía justificativa de un reconocimiento o logro –por ejemplo aquel que permita poder acusar o solicitar un sobreseimiento definitivo– o también para explicar una frustración o fracaso investigativo, que lleve a no perseverar, siendo el mérito entonces lo que satisface el estándar legal.

Seguidamente, al enfrentarnos a la norma en concreto, el escenario se esquematiza en algunas distinciones, partiendo de una básica que nos explica la forma o manera como puede disponerse el cierre: voluntario o forzado.

Si el Ministerio Público cerró ejerciendo la facultad de que es titular, estaremos en presencia de una decisión voluntaria, regla general para nuestro CPP.

Si no lo hizo, habrá que revisar si hay o no solicitud de legitimado activo –víctima, querellante o imputado-defensor–, para que se inste judicialmente al fiscal a cerrar la indagatoria.

Para la negativa diremos que nada sucede pues, como ya fue explicado, tratándose el plazo de cierre de un término no fatal perfectamente puede continuar abierta la indagatoria sin consecuencias indeseadas, en principio. Nótese como se reafirma esta postura con el claro tenor literal del inciso primero de la norma: "Transcurrido el plazo...", es decir, corrido, pasado.

Para la afirmativa, el escenario admite una nueva distinción, ya que si se ejerció el derecho y el juez citó a audiencia para requerir en ella a la Fiscalía a que cierre, bien podría ocurrir una doble circunstancia, cual es, que asista a la citación o no.

Esto último, inasistencia, transcurrido un plazo adicional máximo de dos días que debe otorgar el juez, invitando a la Fiscalía a pronunciarse, informando de lo que está sucediendo, al fiscal regional. Si el Ministerio Público en el plazo concedido cierra la indagatoria deberá comunicarlo al juez –nos inclinamos por que sea por escrito, al ya no estar en audiencia–, pues será a partir de ello que no se producirá el efecto sancionatorio y desde luego comenzará a correr el plazo de diez días para ejercer alguna de las facultades que contempla el artículo 248 referido. Estamos frente a una decisión forzada. Pero, si nada dice en el plazo adicional, operará el apercibimiento previsto en la norma, que no es otro que el juez decrete el sobreseimiento definitivo. Esta misma sanción tiene lugar cuando, asistiendo la Fiscalía a la audiencia citada al efecto, se niega a cerrar, operando el aviso, la advertencia legal explícita. Este silencio traerá aparejada responsabilidad administrativa para el fiscal renuente, ya que el mandato es que el juez informará de ello al superior para que se apliquen las sanciones disciplinarias correspondientes, luego de un proceso sumarial.

Entendemos, para respetar el debido proceso, estándar proteccional para aplicar cualquier sanción, previo proceso legalmente tramitado y ante un órgano establecido al efecto. Esta sanción por la omisión se explica y justifica pues hay implícito un perjuicio para la víctima que puede ver truncados sus intereses de que se concrete una persecución penal efectiva, y, asimismo, alivia, sin mayor carga, la situación del imputado a quien le nacerá el derecho a la cosa juzgada.

El contexto más favorable en este artículo 247, es, sin duda, cuando la Fiscalía interpelada por el juez se allana y cierra la investigación en la audiencia iniciándose el término del artículo 248.

Recapitulando, una vez transcurrido el plazo legal o judicial fijado sin que la Fiscalía cierre la indagatoria, pueden presentarse dos hipótesis para dictar sobreseimiento definitivo: (1) la Fiscalía no comparece a la audiencia citada al efecto; (2) compareciendo a la audiencia se niega a cerrarla. Y, si el plazo legal o judicial para resolver el cierre estuviere vencido, la Fiscalía igualmente podrá hacerlo, antes de ser acusado ante el juez, o habiendo operado el reclamo, allanándose en la audiencia citada.

En esta materia de utilidad resulta comentar que en aquellas investigaciones en que existen varios imputados, puede la Fiscalía cerrar la indagatoria solo respecto de alguno(s), temática en todo caso no pacífica en tribunales de garantía y cortes de apelaciones, pero la jurisprudencia ha reconocido esta facultad dentro de las que puede ejercer el Ministerio Público[263]. De todas formas, a fin de minimizar los riesgos procesales de tal decisión –que se entienda que la indagatoria se cerró para todos los imputados– se recomienda expresar en el cierre, de manera nominada, a aquel o aquellos imputado(s) respecto del, o los, que se cierra, y, sin perjuicio de separar investigación, mecanismo útil en este contexto –eso sí, antes de resolver el cierre–, al amparo de la prerrogativa contenida en el artículo 185 del CPP.

263 Corte Suprema, Rol Nº 17.169-2014, de 15 de octubre de 2014. RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. La Corte Suprema establece que el Ministerio Público se encuentra facultado para continuar con la investigación en contra del imputado renuente a comparecer, con prescindencia de lo que ha ocurrido respecto de las otras personas formalizadas en el curso del procedimiento, sujeto solo a los plazos de prescripción generales, toda vez que a la persona de que se trata no se la ha formalizado. "CUARTO: Que la regulación precedente, entonces, da cuenta que los plazos y apercibimientos consagrados en el artículo 247 del Código Procesal Penal son pertinentes para el imputado formalizado, cuestión que resulta aún más clara si se advierte que entre los efectos principales de la comunicación que consagra el artículo 229 del código procesal se encuentra no sólo el inicio del plazo que consagra el primer artículo citado, sino que además la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, situaciones ambas que claramente inciden en el destinatario de la formalización y no en el ausente, que continúa sujeto sólo al término general de prescripción que corresponda a la conducta que se le atribuye.
QUINTO: Que en razón de lo expuesto, no resulta correcto pretender extender cualquiera de los efectos y actuaciones que derivan de la formalización de personas distintas del imputado ausente, a éste último, toda vez que ellas están previstas para los sujetos presentes en el proceso, sin perjuicio de advertir que una interpretación como la planteada en autos implicaría someter al ausente o renuente a comparecer a un estatuto de extinción de su eventual responsabilidad penal que no está contemplado en la ley, otorgándole un trato privilegiado en relación a aquellos que –forzada o voluntariamente– se encuentran presentes para todos los actos propios de la investigación, lo que no resulta admisible".
Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 90-2013, de 11 de febrero de 2013. RECURSO DE APELACIÓN ACOGIDO. REVOCA SENTENCIA APELADA QUE DECRETÓ SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. La Corte recuerda que el artículo 247 del CPP establece que una vez cerrada la investigación, el Ministerio Público dispone de un plazo de diez días para deducir acusación, y transcurrido dicho plazo el juez de oficio o a petición de parte citará a audiencia y dictará sobreseimiento definitivo y, dado que en el caso la resolución que cerró la investigación no lo había sido en relación a todos los imputados de la causa, la investigación se mantenía vigente respecto de los demás. "Quinto: Que en consecuencia, del mérito de los antecedentes, resulta que la resolución impugnada partió de una premisa fáctica errada, esto es que la resolución que cerró la investigación, lo había sido en relación a todos los imputados de la presente causa, a pesar que ello sólo afectaba a uno de ellos, esto es, a FJFV, resolución que no fue objeto de impugnación alguna y, respecto de quien se le aplicarían las reglas del procedimiento simplificado, situación que por lo demás, para el procedimiento abreviado, se encuentra expresamente autorizado en el inciso tercero del artículo 406 del Código Procesal Penal, que dispone "La existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurrieren los presupuestos señalados en este artículo".

6. Naturaleza de la decisión de cierre de la indagatoria y los efectos de esta

6.1. Naturaleza jurídica del cierre de la investigación

Una primera cuestión a despejar es la naturaleza jurídica de la decisión en que la Fiscalía cierra la investigación, sea en forma voluntaria o forzadamente en las hipótesis analizadas.

Habrá que convenir que dicha decisión es un acto jurídico unilateral, que produce consecuencias jurídicas, sea creando o extinguiendo derechos, como se verá. Además, es puro y simple, no está sujeto a modalidad, de ejecución instantánea, sin formalidad (no es extraña la existencia de este tipo de actos unilaterales emanados del Ministerio Público, citándose al efecto, a modo meramente ejemplar, la apertura de oficio de una investigación, la formalización de cargos, la decisión de no iniciar una investigación, el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la oferta de un procedimiento abreviado o de una suspensión condicional, o las formas de ejercer la acción penal, la acusación o el requerimiento simplificado).

Dispuesto el cierre de la investigación, este acto jurídico debe ser comunicado o noticiado al tribunal y a los intervinientes. Así está instruido desde luego por el Fiscal Nacional en el Oficio FN N° 060/2014, que junto con asentar que el cierre oportuno de la investigación en el término legal o judicial fijado "reviste la mayor trascendencia dentro del proceso penal y las consecuencias de las omisiones de un fiscal en este caso son gravísimas". Esta instrucción ordena, en lo posible, evitar esperar el apercibimiento de cierre, "debiendo comunicar la decisión de cierre a los intervinientes la que debe efectuarse de cualquier forma que asegure o garantice el efectivo conocimiento de todos aquellos a quienes está dirigida, pudiendo materializarse por correo electrónico, contacto telefónico u otro medio idóneo, dejando constancia del cierre y de la comunicación en la carpeta investigativa". Dispone sí, que los fiscales deben abstenerse de comunicar el cierre y acusar en un mismo escrito.

Una breve referencia histórica permite sustentar la relevancia de comunicar la decisión de cierre y el fundamento tenido en vista por el fiscal adjunto para ello. En efecto, esta misma instrucción general había sido dispuesta en el Oficio FN N° 133/2010, que exigía "un cierre oportuno en el plazo legal o judicial", pues reviste la mayor trascendencia hacerlo, y las consecuencias por las omisiones de un fiscal "son gravísimas" dado que se derivan efectos jurídicos que pueden traer aparejadas afectaciones a derechos de intervinientes o de terceros. Vale la pena recordar que este criterio confirmó lo que la misma autoridad superior había instruido, pues en el Oficio FN N° 406/2008 mantuvo lo que ya se había señalado en los oficios FN/MP N° 121/06 y 728/05[264], en lo tocante a la obligación que afecta a los fiscales adjuntos en orden a cerrar la investigación y comunicar formalmente tal diligencia, base para adoptar alguna de las decisiones siguientes, haciendo presente la "especial relevancia" que conlleva la comunicación, puesto que si el cierre no es conocido por los intervinientes, puede deducirse que a estos no les corre plazo para ejercitar alguna prerrogativa, como sería por ejemplo la del artículo 257 del CPP, o si la comunicación adoleciere de algún defecto, la facultad de reclamar

264 Los Oficios FN Nº 728/05, 121/06, 406/08 y 133/2010 se encuentran derogados, rigiendo actualmente en esta materia el Oficio FN Nº 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, previamente citado.

por ello al poder afectarse también el ejercicio de algún derecho, por ejemplo, proponer diligencias del artículo 183 del mismo texto. Por ello, debe asentarse que el cierre de la investigación se materializa y produce plenos efectos desde que se noticie en forma, por vía expedita y eficaz, que no deje en indefensión, que pueda dar lugar a reclamaciones de nulidad ante el juez de garantía por haberse omitido un trámite esencial, pudiendo el perjudicado por el vicio reclamarla al efecto incidentalmente. Ello, a pesar que la nulidad procesal penal solo puede demandarse cuando existan actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento –nada se regula por actuaciones defectuosas de la Fiscalía y de la investigación– pero que han sido aceptadas por los jueces de garantía precisamente por entender que en este caso –la falta de comunicación efectiva de la decisión de cierre a los interesados– constituye una omisión que solo puede ser reparada anulando lo necesario y disponer como corrección que dicha comunicación se efectúe invalidando lo actuado en el intertanto luego de que ello no se verificara, es decir, reconociendo el efecto retroactivo implícito de una anulación.

6.2. Efectos del cierre de la investigación

En relación a esta materia, hay que hacer referencia a las consecuencias que se siguen del acto jurídico cierre de la investigación[265]. Para ello podemos sustentarnos en una distinción que facilitará su comprensión: efectos hacia el pasado y hacia el futuro, creadores y extintivos de derechos.

265 La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dichos efectos. Así en Corte Suprema, Rol Nº 60.837-21, de 9 de septiembre de 2021. ACOGE APELACIÓN DE RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. Recordando que transcurrido el plazo de 10 días luego de cerrada una investigación, el juez no se encontraba facultado para fijar una audiencia para formalizar, pues había precluido la oportunidad procesal pertinente, vulnerando con ello las garantías establecidas, perturbando el derecho a la libertad personal y la seguridad individual, por haber fijado una audiencia de formalización sin cumplirse los presupuestos legales para ello, sin perjuicio que el Ministerio Público, haciendo uso de la facultad del artículo 185 del CPP, proceda a separar la investigación respecto del amparado, y solicitar la audiencia que en derecho corresponda, si lo estima pertinente. "Quinto: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248 del Código Procesal Penal, una vez cerrada la investigación el Ministerio Público tiene un plazo de diez días para acusar, solicitar el sobreseimiento definitivo o bien comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, sin que en dicha oportunidad se ejerciera respecto del amparado ninguna de las tres opciones. Sexto: Que, de acuerdo a la norma anteriormente citada, el juez no se encontraba facultado ante la solicitud del ente persecutor para llevar a efecto una audiencia para formalizar a CACD, pues había precluido la oportunidad procesal pertinente, vulnerando con ello las garantías establecidas en la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales reconocidos por Chile y que se encuentran vigentes, en especial el derecho a defensa, pues al encontrarse cerrada la investigación, el amparado quedó impedido de solicitar diligencias de investigación al fiscal conforme al artículo 93 letra c) del Código Procesal Penal. Lo anteriormente resuelto es sin perjuicio que el Ministerio Público, haciendo uso de la facultad del artículo 185 del Código Procesal Penal, proceda a separar la investigación respecto del amparado, y solicitar la audiencia que en derecho corresponda, si lo estima pertinente".
Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol Nº 95-2016, de 25 de noviembre de 2016. ACOGE AMPARO. Corte Suprema, Rol Nº 97.656-2016, de 12 de diciembre de 2016. CONFIRMA. Se destaca que uno de los elementos esenciales de la formalización es la existencia de una investigación que se desarrolla actualmente, cuestión que en el caso de autos no se cumplió respecto de los amparados, ya que la investigación se cerró por el Ministerio Público seis días antes de la formalización en cuestión, estimando que el actuar de los recurridos, tanto al formalizar una investigación ya cerrada, como al decretar luego de ella la prisión preventiva de los amparados, es ilegal. "TERCERO: Que, ha sido el propio legislador quien ha definido en el artículo 229 del Código Procesal Penal, lo que debe entenderse por formalización, señalando que ella es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra, respecto de uno o más delitos determinados. Es decir, uno de los elementos esenciales de esta comunicación es la existencia de una investigación que se desarrolla actualmente, cuestión que en el caso de autos no se cumple respecto de los amparados, ya que la investigación se cerró por el Ministerio Público seis días antes de la formalización en cuestión.
CUARTO: Que, en cuanto a la actuación del juez recurrido, la acoger al solicitud de prisión preventiva, se tiene presente que el artículo 140 del Código del ramo, exige para su otorgamiento, que se encuentre formalizada la investigación, lo que supone siempre una formalización realizada respetando el debido proceso y el derecho a defensa de los imputados, cuestión que como se viene razonando, es de parecer de estos sentenciadores, no se cumple en el caso de autos, por lo que necesariamente ha de concluirse que la prisión preventiva decretada respecto de los amparados no cumple con las exigencias del artículo 140 del Código Procesal Penal, lo que torna ilegal dicha cautelar, teniendo en consideración el carácter instrumental de la misma como el principio de integridad judicial, como lo ha señalado reiteradamente la Excma. Corte Suprema".

6.2.1. Efectos extintivos

a) Querella

En primer término, traemos a consideración un derecho que se extingue, cual es, el previsto en el artículo 112 del CPP, en cuanto el ofendido y las personas naturales y jurídicas facultadas, pierden la prerrogativa a deducir querella, situación que también involucrará al juez de garantía, que si no ha sido noticiado estará impedido de resolver una eventual inadmisibilidad. De esta suerte, es palmaria la necesidad de comunicar la decisión que analizamos, pues el efecto extintivo que conlleva el cierre impedirá una posterior querella y si esta igualmente fuere presentada operará la causal de inadmisibilidad a que se refiere la letra a) del artículo 114 del mismo texto: ser extemporánea. El derecho para deducir querella podrá renacer solo en la hipótesis de reapertura ordenada por el juez, ya que al regresar a la fase de investigación podrá ejercerse tal facultad temporáneamente por los legitimados del artículo 111 del CPP.

b) Reformalización

Otra prerrogativa que se extingue, es aquella que le permite al fiscal modificar o completar en sentido amplio la comunicación de cargos –conocida como reformalización– según se abordó, situación que adquiere especial relevancia cuando el cierre ha sido forzado en el marco del artículo 247, escenario en que precluye una facultad en no pocas veces necesaria acorde a los nuevos y distintos antecedentes reunidos. Siempre en el caso de un fiscal, será una herramienta útil y de ejercicio oportuno el solicitar la ampliación de la indagatoria y no exponerse a una privación o perturbación de un derecho, también carga, máxime para ejercer una acción penal cabal y completa en su componente fáctico.

6.2.2. Efectos hacia el futuro

A continuación, tocante a los efectos hacia el porvenir, podemos abordar dos principales:

a) Artículo 248 del CPP

Consiste en el derecho del fiscal adjunto, dentro de los diez días siguientes a la declaración de cierre, a resolver por una de las posibilidades que ofrece la opción prevista en el artículo 248 del CPP, a la que hemos hecho referencia en lo que precede.

b) Solicitar la reapertura de la investigación

Derecho que asiste a los demás intervinientes del proceso de pedir al juez de garantía, dentro del mismo término, la reapertura de la investigación.

Esta prerrogativa, como ya ha sido dicho, se puede ejercer en el mismo plazo que el fiscal tiene para decidir –siendo de obviedad las dificultades que esto trae añadido– e importa una prerrogativa reglada. Esto significa que para que la solicitud o cuestión accesoria sea discutida y resuelta favorablemente para el incidentista, deben cumplirse las exigencias legales, a saber:

1. hacerlo dentro del plazo señalado;

2. por escrito, solicitando se fije audiencia al efecto;

3. indicando las diligencias no realizadas, por haber sido rechazadas o respecto de las cuales no hubo pronunciamiento, y en la misma, reiterar se realicen aquellas precisas de investigación a partir de peticiones o propuestas que oportunamente hubieran formulado durante la investigación y que la Fiscalía hubiera rechazado o respecto de las cuales no se hubiera pronunciado, según reza el inciso primero del artículo 257 del CPP (lo que por consecuencia excluye, a todo evento, nuevas diligencias no pedidas en la fase ya cerrada).

En este punto es necesario tener en consideración lo previsto en los artículos 183 y 184 del mismo texto, que crean derechos para los intervinientes durante la investigación –pero que se extinguen al cerrarse esta– tendientes a proponer al fiscal –para algunos solicitar como lo abordaremos– todas las diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, actuando de modo activo en la indagatoria, en el marco de la estrategia o teoría del caso que cada cual sustente. El fiscal deberá pronunciarse dentro de diez días y ordenará que se lleven a efecto las que estimare conducentes, facultad a su vez discrecional pero regulada, ya que debe analizar la utilidad y pertinencia de la propuesta para resolver, y, además, sin perjuicio de lo que en definitiva decida el fiscal regional para el caso de que el interviniente proponente reclame frente al rechazo o no pronunciamiento del encargado de la investigación, como lo regula el inciso segundo de la disposición, recurso jerárquico similar a aquel establecido para el evento en que se considere arbitraria una formalización de investigación.

Se establecen asimismo limitaciones para acoger la petición de reapertura, mencionadas en el inciso tercero de la norma, cuando las diligencias que se pretendieren realizar reaperturando la indagatoria, hubieren sido ordenadas y por negligencia o hecho imputable a los intervinientes no se hubiesen verificado, o las que el magistrado considerare manifiestamente impertinentes, o que tuvieren por finalidad acreditar hechos públicos y notorios –*notoria non egem probationem*, lo notorio no requiere prueba– o las que hubieren sido pedidas con fines puramente dilatorios, razones que, con coherencia e integración procesal, las encontramos descritas en términos similares en el artículo 276 del CPP cuando el legislador regula las denominadas causales de exclusión de prueba. Constituye un criterio o estándar que justifica la denegatoria judicial.

La decisión de reapertura, o la negativa, es una resolución que no admite apelación pues el propio artículo nada dice, no contempla tal medio de impugnación –no pudiéndose aplicar entonces el artículo 370 letra b)– y tampoco es de aquellas que ponen término al procedimiento (la que podría estimarse como tal es la comunicación de no perseverar, pero que por mandato del artículo 258 inciso final es inapelable), o hace imposible su prosecución o lo suspende por más de treinta días, es decir, tampoco encuadra en las hipótesis del artículo 370 letra a) del CPP, postura que aunque discutida judicialmente por defensas y querellantes ha sido ya confirmada por la sostenida jurisprudencia de inapelabilidad reinante en tal sentido[266].

266 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 31-2022, de 9 de febrero de 2022. CONFIRMA SENTENCIA APELADA. La resolución que rechaza la solicitud de reapertura de la investigación con el fin de realizar diligencias precisas, es inapelable, pues el artículo 370 del CPP señala perentoriamente las resoluciones apelables, entre las cuales no se encuentra la resolución impugnada, pues esta no pone término al procedimiento, no hace imposible su prosecución, ni suspende el procedimiento por más de 30 días, así como tampoco existe alguna

Encontramos regulación complementaria del derecho del artículo 183, específicamente para el imputado, en los artículos 93 letra c), que le permite solicitar de los fiscales diligencias tendientes a desvirtuar las imputaciones que se le formularan, y 98 inciso cuarto, cuando con ocasión de una declaración judicial, puede junto a su defensor solicitar la práctica de diligencias de investigación, que el juez puede recomendar su realización en aras de la defensa material y la objetividad. En ambos preceptos, la voz utilizada para tipificar el derecho, su verbo rector, es el mismo, solicitar, lo que habilita a algunos a estimar que estamos en presencia de una prerrogativa distinta a una mera proposición, que solo es tal, una simple sugerencia, en nada vinculante, pero que, en este caso, al tratarse de una petición conlleva le necesaria respuesta y de ahí el fundamento para justificar una reclamación durante la investigación de carácter jerárquica, o, cerrada esta, una judicial de reapertura.

Finalmente, la prerrogativa de asistir a diligencias o actuaciones como derecho solo es factible de ejercer mientras la indagatoria esté abierta, lo que se entiende fácilmente, siendo inconcuso que no podrían ordenarse ni realizarse aquellas una vez concluida aquella.

Cuando el juez de garantía accede a lo pedido por el articulista, debe ordenar al fiscal (1) que reabra la investigación –no debe él reabrirla en su resolución, cuestión esta que en la práctica de los tribunales indebidamente se dispone, convengamos, contra norma– (la facultad de reapertura que el juez sí tiene en el artículo 254 respecto del sobreseimiento temporal dice relación con el procedimiento); (2) que se proceda a realizar las diligencias precisas que indique, referidas a aquellas pedidas y no realizadas pero reiteradas en esta instancia; (3) fijando al efecto un plazo judicial para su ejecución, término que en este caso permite ser ampliado, por una sola vez, a petición del indagador. Nótese que esta ampliación aquí regulada expresamente y limitada a una sola vez, no opera respecto del plazo judicial fijado conforme al artículo 234 del texto, que reconoce como único límite que la(s) prórroga(s) que se autorice(n) no puede(n) exceder el límite legal del artículo 247, como se reflexionó en lo que antecede.

De lo anterior se siguen algunas consideraciones importantes: reaperturada la investigación y cerrada nuevamente, no habría posibilidad de una nueva solicitud de reapertura[267]; el fiscal podría resolver por una

ley que señale expresamente que la resolución impugnada es apelable. "SEGUNDO: Que, el Ministerio Público solicita el rechazo del referido recurso de apelación, con costas, y se confirme la resolución apelada, pues habiéndose decretado por resolución de fecha 24 de enero de 2022 dictada por esta I. Corte de Apelaciones con motivo del recurso de apelación rol ingreso Corte rol número 848-2021, el sobreseimiento definitivo de don JGGI por su eventual responsabilidad en calidad de autor del delito de homicidio simple y que incide en esta misma causa, tal circunstancia pone término al presente juicio y produce cosa juzgada. Expresa además, que las diligencias solicitadas para reabrir la investigación ya fueron pedidas ante el Juez de Garantía, discutidas ante él en audiencia y rechazadas por éste, por lo que resultan improcedentes e innecesarias.
SEXTO: Que, sin perjuicio del sobreseimiento definitivo y total decretado en favor del único imputado JGGI por resolución de 24 de enero de 2022 en causa rol número 848-2021, y considerando lo expuesto en el considerando anterior, esta Corte estima que al tenor del artículo 370 del Código Procesal Penal, el presente recurso de apelación resulta inadmisible, pues dicha disposición señala perentoriamente las resoluciones apelables, entre las cuales no se encuentra la resolución impugnada, pues ésta no pone término al procedimiento, no hace imposible su prosecución ni suspende el procedimiento por más de 30 días, así como tampoco existe alguna ley que señale expresamente que la resolución impugnada es apelable".

267 Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol Nº 116-2016, de 28 de noviembre de 2016. CONFIRMA SENTENCIA APELADA. Resuelve que la ampliación del plazo judicial para reabrir la investigación y que se proceda a cumplir diligencias es por una sola vez, y en forma muy excepcional, por lo que no procede nuevamente reabrir la investigación. "CUARTO: Que, para lo que ha de decidirse, conviene tener presente lo que dispone el artículo 257 del Código Procesal Penal, que dice textualmente: "Reapertura de la Investigación. Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren

cualquiera de las posibilidades del artículo 248, aunque lo habitual es que nuevamente opte por aquella que ya decidió en su oportunidad; y que si se decide por acusar, los antecedentes reunidos con motivo de la reapertura deberían incluirse en la oferta probatoria si es del caso.

7. Análisis en particular del artículo 248 del CPP y el derecho de opción del fiscal adjunto junto a las consecuencias de la decisión que adopte

Adoptada por el fiscal adjunto la decisión de cerrar la investigación, debidamente noticiada y comunicada como ha quedado dicho, se inicia el plazo de diez días para que resuelva, a su vez, por alguno de los caminos que le ofrece el artículo 248 en análisis y que, como ya asentamos, debe elegir alguna, solo una, conforme al mérito de los antecedentes, por cuanto son excluyentes entre sí.

7.1. Acusación

Una primera distinción nos servirá en este esquema: si decide o no acusar. Ello por cuanto, si elige ejercer la acción penal mediante la presentación de la respectiva acusación, deberá tener presente el cumplimiento de las exigencias del artículo 259 del CPP (norma que tiene su equivalente en el artículo 254 del CPC, pues dicha acusación es una verdadera demanda, en sentido lato, pero de naturaleza penal).

7.1.1. Requisitos

Los requisitos de la acusación están contenidos en el artículo 259, primer precepto del Párrafo 1° del Título II del Libro II del CPP, que deben satisfacerse, en lo fundamental, para evitar una posterior reclamación de vicios formales en la audiencia preparatoria, incidencia que puede deducir tanto el querellante (artículo 261 letra b), cuanto por el ahora acusado (artículo 263 letra a), pues estos intervinientes tienen esta facultad para reclamar la corrección que estimen se tipifica, vale decir, como se ha dicho, una verdadera alegación de excepciones dilatorias como en el proceso civil; y además, para respetar el denominado *principio de congruencia*, también llamado de correlación o convergencia, y que nuestro Tribunal Constitucional ha calificado de "nodal", vale decir, básico, central, fundamental, indispensable.

El artículo 259 del CPP, con bastante detalle regula los requisitos del escrito de acusación, cuyas omisiones o inclusión errónea sabemos puede conllevar las sanciones antes descritas. Pero resulta de interés referirse a la justificación y relevancia de los mismos, ya que siendo norma positiva no cabe más que cumplirla a cabalidad, tal y como señala su encabezado, en forma clara y precisa.

Obviamente, la acusación debe contener la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos (exposición fáctica,

formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado. Si el Juez de Garantía acogiere la solicitud, ordenará al Fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el Fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo. Vencido el plazo o su ampliación, o aún antes de ello, si hubiere cumplido las diligencias, el Fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248".

en base a la formalización) y de su calificación jurídica, lo que es el corazón del libelo acusatorio, con apego a la congruencia, como se verá, incluido, por cierto, el grado de ejecución del delito. Por ello, si no se hace descripción fáctica alguna o esta es de tal forma confusa o ininteligible, debe entenderse que no se cumple con el requisito de pormenorizar la relación circunstanciada del o los hechos atribuidos; la omisión fáctica anotada deriva en que la demanda penal no puede ser considerada como una acusación propiamente tal. Luego, mencionar la participación que se atribuyere al acusado en los términos de los artículos 14, 15, 16 y 17 del CP. Con ambas exigencias, en el fondo, se puede afirmar que la indagatoria reune los antecedentes suficientes para dar por satisfechas las dos finalidades de la acusación. De considerarla(s) concurrente(s), debe referir la(s) circunstancia(s) modificatoria(s) de la responsabilidad penal que concurriere(n), aun subsidiariamente de la petición principal. Es decir, las generales descritas en los artículos 10, 11, 12, 13 CP, como otras especiales (Ley Nº 20.000, Ley Nº 19.913 o Ley Nº 18.314, o el caso del artículo 456 del CP), normativa que en conjunto permite la determinación de la pena que en concreto se debe pedir aplicar, junto a la expresión de los preceptos legales aplicables. Es decir, los fundamentos de derecho.

Requisito esencial del escrito de acusación es la oferta de prueba –señalamiento de los medios probatorios–, tanto nominados o regulados como los no regulados u otros medios útiles y aptos para producir fe, como lo previene el artículo 323 del CPP, con lo que se develan los antecedentes del acusador a tal fin, pues serán estos medios los que, revisados que sean en la audiencia de preparación, puedan quedar en condiciones de ser producidos en el juicio. Una acusación sin prueba ofertada, lo que es imposible de entender, lleva inexorablemente a decretar, previa petición, el sobreseimiento definitivo, cuya máxima expresión tiene lugar con la exclusión definitiva de prueba, dispuesta en la audiencia preparatoria, como lo establece el artículo 277 inciso final del CPP, pues en uno y otro caso no existirá viabilidad para destruir, para algunos, la garantía de presunción de inocencia. La oferta de prueba da posibilidades ciertas de que la acusación prospere, de modo que la Fiscalía debe identificar y pormenorizar adecuadamente cada medio, según su naturaleza –guiándose por la forma de producirlos en juicio, como se regula en el artículo 333 del mismo texto, particularizándolos para distinguirlos de otros, incluyéndolos en apartados– documentos, testigos, peritos, medios materiales (objetos), medios audiovisuales (fotografías, fonografías, videos, películas, escuchas o grabaciones telefónicas o de otro origen, en que se reproduzca voz, sonido e imagen, evidencias computacionales o cualquier otra de naturaleza electrónica, prueba anticipada obtenida, entre otros), versiones taquigráficas, declaraciones escritas anteriores de testigos, peritos e imputado en el marco del artículo 331 y desde luego del artículo 332, ambos del CPP, y en el caso de testigos y peritos presentar la lista correspondiente individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, dice la ley procesal, agregaríamos rol único nacional (RUN), más las calidades de los expertos y comprobantes que acreditaren la idoneidad profesional, en los términos del artículo 314 del texto procesal, indicando los puntos sobre los que deberán deponer. Ahora bien, desde el punto de vista práctico, conviene distinguir entre las causas complejas[268] y las no complejas. En los casos simples (no complejos) y en relación al artículo 314 del CPP, basta con mencionar que lo harán sobre los hechos de la acusación o de las pericias que en particular hayan evacuado. Sin embargo, tratándose de las causas complejas, particularmente cuando hay una gran cantidad de testigos y peritos, existe la posibilidad de que se pida exclusión de prueba por sobreabundante, dilatoria o impertinente, resultando necesario incluir en la acusación elementos, tanto de las declaraciones de los testigos como de los peritajes, que permitan justificar la pertinencia del testigo, la singularidad de su relato, la particularidad/especialidad de la pericia. Lo anterior también

268 Causas complejas es un concepto de hipótesis alternativas en que los diversos motivos cualifican su complejidad. Son motivos, entre otros, los siguientes: 1.- Pluralidad de víctimas o imputados; 2.- institución donde ocurren los hechos (establecimiento de educación, institución religiosa, institución pública); 3.- calidad del imputado y contexto de los hechos (sacerdotes, profesor, funcionario público, etc.); 4.- imputado serial; 5.- pluralidad cuantitativa y/o cualitativa de medios de prueba; 6.- víctima con discapacidad (retardo mental, autismo, sordomudez, ceguera, etc.).

es importante, puesto que no siempre el fiscal titular es el fiscal que va a la audiencia de preparación. Excepción a la identificación de testigos y peritos, está prevista para el caso que se haya decretado reserva de identidad o de su domicilio, como medida de protección dispuesta en el marco de los artículos 6 y 78 (o 78 bis) del CPP, sea por orden directa del fiscal o dispuesta por resolución judicial, a petición de aquel o del interesado, frente a amenazas, hostigamientos o atentados, caso en el cual deberán acompañarse en sobre cerrado tales datos, a fin de que sea el propio tribunal el que los corrobore en su oportunidad.

Es por ello que, como ya se dijo, acusación penal y demanda civil, en cuanto a su naturaleza, requisitos y finalidad son equivalentes, más escuetamente en su redacción en el artículo 254 del CPC (exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya y la enunciación precisa y clara de las peticiones concretas que se someten al fallo del tribunal) y más detallados en el CPP.

Cabe añadir en este punto, que similares exigencias se establecen para el requerimiento, medio a través del cual se ejerce la acción penal en el procedimiento simplificado: baste leer los seis requisitos del artículo 391 del CPP, especialmente los referidas a materia sustancial, como las letras b), relación sucinta del hecho, letra c), cita de la norma penal infringida, o letra d), pena solicitada, advirtiéndose la misma esencia que convierte también a este libelo en una verdadera acusación penal, pero solo con una denominación diversa.

Junto al escrito de acusación deberá ponerse a disposición también copia íntegra y completa de los antecedentes de investigación, para cada acusado, según mandata el inciso primero del artículo 260 del CPP, lo que se cumplirá habitualmente acompañándolos escaneados y agregando los soportes adecuados (discos compactos, *pendrives* u otros contenedores técnicamente adecuados) para percibir aquellos medios de prueba de origen tecnológico o informático, en un formato accesible según su carácter, exigencia de completitud que de no cumplirse podrá generar reclamaciones de los intervinientes en la causa, particularmente de la defensa, usando como fundamento el artículo 10 del CPP, cautela de garantías, que aparte de la dilación procesal que conlleva podría derivar incluso en la suspensión del procedimiento o, por último, en la dictación de sobreseimiento temporal. Como ha sido criterio judicial en ciertos casos cuando la entrega de antecedentes ha sido desoída por el fiscal o esta ha sido incompleta, ilegible o no perceptible en los soportes en que se contienen los medios. Y es entendible, pues esta exigencia busca hacer efectiva la igualdad de armas y especialmente el derecho de defensa en su cabalidad, por lo que incongruencias y pruebas incompletas en la documentación proporcionada por la Fiscalía contraviene la garantía contemplada en el artículo 93 letra a) del CPP, que establece que los imputados tienen derecho a que se les informe "de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes".

7.1.2. Principio de congruencia

El primer pilar de este principio lo encontramos en la formalización de investigación, o en la que, estimamos, erróneamente denominada "reformalización" (usualmente usada en escritos y en la terminología judicial), que no es más que una modificación, complementación, corrección o ajuste de la imputación original efectuada en cualquier momento mientras no se haya cerrado la indagatoria, y que se traduce en una comunicación de hechos a persona(s) determinada(s).

Su segundo eslabón está en el artículo 259 en cita, dada la perentoria exigencia de su inciso final: la acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la comunicación de cargos, quedando únicamente liberado el fiscal para efectuar una calificación jurídica diversa de aquella que pudo sustentar inicialmente.

Recordemos que este principio, de congruencia penal, se extiende hasta la sentencia, donde encontramos el tercer sostenedor de la convergencia, ya que, como lo mandata el artículo 341 del CPP, la sentencia de condena no podrá exceder el contenido de la acusación, habiendo impedimento para el tribunal que juzga de condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Sabido es que la infracción a este principio en la sentencia definitiva, conlleva la posibilidad de reclamar la nulidad de la sentencia y del juicio oral donde ella se pronunció, pues es un motivo absoluto de nulidad según consagra el artículo 374 letra f) del CPP (cuando se hubiere dictado con infracción a lo prescrito en el artículo 341 reza la causal).

Este principio de congruencia es de tal naturaleza que se erige como una de las principales garantías para el justiciable, cuya violación, establecida que sea a través del acogimiento del recurso de nulidad respectivo, obligará a lo que se denomina el reenvío y, por ende, a realizar un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda, habida consideración de la nueva norma incorporada por la Ley Nº 21.394 en cuanto lo que puede ser invalidado es el juicio oral y la sentencia, o parte de estos, y teniendo en consideración, además, que el nuevo juicio cuando la nulidad del juicio original y la sentencia sea dispuesta parcialmente, existiendo pluralidad de delitos o de imputados, deberá precisar la corte respectiva a qué prueba, a qué hechos y a qué imputados afecta la declaración de nulidad, según ahora lo mandata el nuevo artículo 386 inciso segundo del CPP[269].

Menester es añadir el criterio invariable que ha sostenido el Tribunal Constitucional en esta materia: la acusación, en el sistema procesal penal vigente, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria de la Fiscalía) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a defensa. Al mismo tiempo, se considera a este principio como una manera de concretar en forma efectiva el derecho a defensa, respetando en la acusación el componente fáctico material y personal que proviene de la imputación, generando el derecho a la defensa para reaccionar y procurarse elementos de descargo. Por ello, las imprecisiones que puedan ser observadas y reclamadas, algunas veces como vicios formales, si son accidentales e intrascendentes que en nada afectan la esencialidad –el llamado hecho típico, antijurídico y culpable– no configuran infracción a la convergencia. Existe abundante jurisprudencia sobre este particular.

7.2. Sobreseimiento y decisión de no perseverar

Ahora bien, el otro escenario que plantea el artículo 248 que venimos analizando, se genera si la Fiscalía resuelve no acusar. En este evento el fiscal adjunto deberá instar por una de las dos posibilidades restantes:

269 El principio que venimos desarrollando también se recepciona en materia civil, a pesar de su falta de tratamiento doctrinal, en materia de impugnación, pues se sitúa como una causal de casación en la forma, en la llamada *ultra petita* y la *extra petita*, en que el fallo otorga más de lo pedido o se extiende a peticiones no formuladas. De configurarse la infracción formal, da lugar a la nulidad de la sentencia y a la dictación acto continuo, sin nueva vista pero separadamente, de una sentencia de reemplazo, según se establece en los artículos 768 causal 4ª y 786 inciso tercero, del CPC, diferencia esta última de significación para cada violación, pues aquella causal acogida da reenvío (recurso negativo) y esta otra de aceptarse da reemplazo (recurso positivo).

pedir al juez de garantía decretar el sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicar la decisión de no continuar en el procedimiento. Claramente ambas son distintas y distantes entre sí. Ello, por una razón procesal muy simple: para solicitar un sobreseimiento hay que esgrimir una razón legal, es necesario basarse en una causal específicamente descrita en la ley, básicamente en los artículos 250 y 252 según el tipo de sobreseimiento, ambos del CPP. Al contrario, cuando el fiscal se decide por el camino que ofrece la letra c) del artículo 248, hay una razón subjetiva, que se basa en una calificación de suficiencia de que los antecedentes reunidos no son bastantes en calidad y/o cantidad, idóneos, para sustentar un libelo acusatorio, de allí que de generarse alguna discusión con un querellante particular, el escenario legal regulado en el artículo 258 del CPP, sobre forzamiento de acusación, es completamente distinto, lo que abordaremos en breve.

Si la decisión es jurídica, en cuanto a que los antecedentes reunidos permiten solicitar algún tipo de sobreseimiento, es porque estos son suficientes precisamente para fundar la petición al estimar el fiscal tipificada la causal respectiva. No podemos olvidar que cuando es el legislador el que describe el agravio en una causal, por ejemplo en las inhabilidades de jueces y auxiliares, testigos, peritos, recursos de nulidad civil, penal, laboral, entre otros, es imprescindible que la situación fáctica encuadre o se ajuste a aquella, no es una reclamación genérica sino que de especificidad, lo que le da viabilidad. De allí que, como se planteó, la virtud de la investigación de la Fiscalía, su mérito, es que los antecedentes permitan y justifiquen en concepto de ella una solicitud que lleve a pedir el sobreseimiento que le ponga término al procedimiento penal o que lo suspenda mientras no se remueva el obstáculo respectivo.

La petición de sobreseimiento es un incidente, que debe ser tramitado en audiencia a la que el juez de garantía deberá citar a todos los intervinientes que tengan derecho a asistir, y será en ella, luego del debate respectivo oyendo a quienes asistan, que deberá dictarse la resolución que acoja o rechace el sobreseimiento definitivo o temporal, o también que decrete uno distinto al pedido (referido al tipo de sobreseimiento), pudiendo incluso sustituir el solicitado cambiando la causal alegada, todo como lo autoriza el artículo 256 del CPP.

Si se acoge el sobreseimiento definitivo, por su naturaleza, estamos en presencia de una sentencia interlocutoria, de aquellas que ponen término al procedimiento, equivalente a una sentencia definitiva absolutoria y, por ende, un equivalente jurisdiccional, con efecto de cosa juzgada al quedar firme; o de un auto, si se acepta el temporal, pues removiéndose el impedimento podrá dejarse sin efecto, junto con decretar la reapertura del procedimiento, facultad dada a los intervinientes interesados y nunca de oficio por el claro tenor del artículo 254 del CPP. La impugnabilidad de cada decisión deberá analizarse a la luz de lo previsto en los artículos 253 y 370 del CPP.

Por el contrario, si la decisión es fáctica, sobre la suficiencia o insuficiencia de los antecedentes reunidos, hay una opinión de cualificación personal que *a priori* le permite a la Fiscalía resolver por la comunicación de no perseverar en el procedimiento. En la audiencia respectiva, así lo expresará –acto jurídico unilateral, puro y simple– siendo su naturaleza la de una "comunicación", tal y como lo es la formalización de la investigación, no siendo por tanto un incidente en el proceso[270], y que una vez efectuada, permite una suerte de oposición

270 Corte Suprema, Rol Nº 24.698-2020, de 12 de mayo de 2020. RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. El fallo recuerda que la decisión de no perseverar, al tratarse de una facultad del órgano encargado de la investigación, no requiere de la aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional, sino que basta con la comunicación efectuada en los términos prescritos por la legislación procesal penal, referida a una decisión que solo a él puede competer, consistente en la decisión de no continuar con el procedimiento por no contar con antecedentes suficientes para intentar una acusación y un procedimiento serio ante el órgano jurisdiccional. En tal caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de una decisión del Ministerio Público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al juez de garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que

por parte del querellante situándose en el marco del artículo 258 del CPP, cuya pretensión es obtener del tribunal la autorización para acusar por su cuenta, donde nace una cuestión accesoria que, previo traslado, el tribunal deberá resolver. La resolución entonces guarda relación, como sostenemos, con la suficiencia o no de los antecedentes, lógicamente en que el acusador particular sostiene que sí lo son y el fiscal y el acusado optan por la posición contraria, con lo que la discusión se centra en el material y evidencias reunidas, en cuanto bastan o no para sustentar una acusación. Esta incidencia no puede plantearse antes de la comunicación del fiscal, por el claro tenor del inciso tercero del artículo 258, que otorga el derecho de oposición en caso "que el fiscal hubiere comunicado la decisión", ergo, solo después de hacerlo y nunca en forma previa.

Así entonces, en el caso de que el fiscal opte por la letra a) del artículo 248 del CPP, habrá siempre un incidente que, como toda cuestión accesoria, con audiencia, deberá resolverse en forma especial por el tribunal. En cambio, si se efectúa la comunicación de no perseverar podrá nacer un incidente, sujeto a la condición de que exista querellante, que este asista a la audiencia y que formule oposición a fin de conseguir la decisión del tribunal para transformarse en único acusador. Sin embargo, no basta que solo exista querellante, puesto que no solo es una cuestión de suficiencia o insuficiencia probatoria, sino que además debe estar la investigación debidamente formalizada por la Fiscalía. Lo anterior surge como una necesidad y como una garantía del debido proceso en favor del imputado, la que es coherente y consistente en tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, bajo la formulación del derecho a saber cuál o cuáles son los hechos por los que será juzgado y, en consonancia, con el ejercer su derecho a la defensa. Se trata de una materia no pacífica en la que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional tienen puntos de vista diversos, pero que recientemente ha sido modificado por el Tribunal Constitucional en los términos que se han planteado[271].

Como se ha dicho, tanto las causales de sobreseimiento definitivo como las del temporal, están descritas en los artículos 250 y 252 del CPP, respectivamente. Pero en materia de sobreseimiento definitivo o temporal existen otras hipótesis para decretarlos, siendo las más frecuentes la cautela de garantía regulada en el artículo 10 del texto –bastante recurrida por la defensa, incluso más allá de su propio contenido– que permite al tribunal, de oficio o a petición de parte, adoptar las medidas necesarias para permitir ejercer al imputado los derechos de que es titular, cuando estime que no está en condiciones de hacerlo, pudiendo incluso, si la afectación es sustancial, suspender el procedimiento y luego decretar el sobreseimiento temporal, o la establecida en el artículo 247 del CPP en los supuestos de no cierre de la investigación que se analizarán, en que opera como sanción, la dictación del sobreseimiento definitivo, o la circunstancia que norma el artículo 270 del CPP sobre corrección de vicios formales reclamados y ordenados sanear y que de no ser subsanados oportunamente, el juez está facultado para decretar el sobreseimiento definitivo, salvo que hubiere querellante acusador; o la figura que se regula en el artículo 271 inciso tercero, cuando al acoger excepciones previas de carácter perentorio puede dictar el sobreseimiento definitivo, o la situación que describe el artículo 277 inciso final del CPP, es decir, cuando hay sentencia firme que excluye prueba que la Fiscalía considera sustancial para sustentar su acusación, puede pedir al juez el sobreseimiento

de ella pudiere efectuarse. Habiendo la causa terminado sobre la base de una decisión del órgano encargado de la persecución penal, y no con una resolución judicial, no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva investigación y/o formalización en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, en caso de que existiere mérito suficiente para que el Ministerio Público adoptare tal decisión. "SEXTO: … Por tales razones, habiendo la causa terminado sobre la base de una decisión del órgano encargado de la persecución penal, y no con una resolución judicial, no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva investigación y/o formalización en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, en caso de que existiera mérito suficiente para que el Ministerio Público adoptara tal decisión".

271 Sentencia Tribunal Constitucional, Rol Nº 12133-21, de 30 de julio de 2022.

definitivo y este decretarlo en audiencia fijada al efecto. Asimismo, otro caso de sobreseimiento definitivo lo encontramos al cumplirse la suspensión de la imposición de la condena que hubiere dispuesto el tribunal en el marco del artículo 398 del CPP. Un caso interesante que aplica a ambos tipos de sobreseimiento lo encontramos en el artículo 465 sobre el imputado que cae en enajenación mental después de iniciado el procedimiento en que, previo examen psiquiátrico, puede disponerse el temporal hasta que desaparezca la incapacidad o el definitivo si la enajenación mental es incurable. También cabe aquí referir que en las salidas alternativas intermedias de suspensión condicional del procedimiento y de acuerdo reparatorio, cumplidos los supuestos legales que permiten ambas el tribunal deberá decretar el sobreseimiento definitivo como lo disponen los artículos 240 inciso segundo y 242 del CPP.

En relación al actual texto del artículo 247 del CPP, específicamente por el tenor de lo establecido en su inciso quinto que dispone: "*Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido acusación, el juez fijará un plazo máximo de dos días para que el fiscal deduzca la acusación, dando cuenta de inmediato de ello al fiscal regional. Transcurrido dicho plazo, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, sin que se hubiere deducido la acusación, en audiencia citada al efecto dictará sobreseimiento definitivo. En este caso, informará de ello al fiscal regional a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes*".

Lo primero que podemos decir, es que esta norma viene a impedir sobreseimientos definitivos directos, –solo por el transcurso del plazo de los 10 días– que conllevaba a perjuicios irreparables para la investigación, más allá que no se produjera una afectación real para los derechos del imputado, como sería el caso que la acusación se presentara solo pasadas unas horas del día 10; además la norma es enfática en señalar que el juez debe fijar un nuevo plazo "máximo de dos días", para que el fiscal acuse. Esta nueva obligación judicial ha sido refrendada por nuestra Corte Suprema como una obligación esencial, para que transcurridos tanto el plazo legal, como el judicial, se decrete un sobreseimiento definitivo.

Sobre este punto ha habido importante discusión judicial como lo ponen de manifiesto los fallos dictados por distintas cortes[272].

272 Corte Suprema, Rol Nº 28.180-2018, de 20 de diciembre de 2018. RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. La corte señala que no se vislumbra la existencia de la infracción de garantía denunciada, pues de la sola lectura del artículo 247 del CPP, se desprende que el juez de garantía en caso alguno se encontraba facultado para decretar el sobreseimiento definitivo al no presentarse la acusación dentro del plazo de diez días que establece el artículo 248 del mismo cuerpo de normas, toda vez que -como ya se señaló-, la declaración de sobreseimiento definitivo solo procede cuando, transcurrido el plazo adicional de dos días otorgado por el tribunal, el ente persecutor no presenta la acusación, hipótesis que por cierto es diversa a la que se ha suscitado en autos. "QUINTO: Que según se desprende del claro tenor de la norma antes citada, en caso de no presentarse la acusación dentro del plazo de los diez días establecido para ello, lo que corresponde es que el tribunal fije un plazo de dos días para que el fiscal deduzca la acusación y que, sólo si transcurrido dicho término no se ha interpuesto la misma, corresponde al juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, dictar el sobreseimiento definitivo.
SEXTO: Que no se encuentra controvertido por los intervinientes que, en la especie, la acusación no fue presentada dentro del término de diez días que establece el Código Procesal Penal, sino que la misma fue interpuesta cuatro días después de transcurrido dicho plazo. En el mismo sentido, es un hecho de la causa que el juez de garantía tuvo por deducida la acusación y fijó la correspondiente audiencia de preparación de juicio oral. Finalmente, también se encuentra asentado que, en el marco de la audiencia preparatoria de juicio, la defensa solicitó el sobreseimiento definitivo –debido a la extemporaneidad en la presentación del libelo acusatorio–, siendo tal petición desestimada por el tribunal y, apelada que fue dicha resolución, fue confirmada por el tribunal de alzada".
Corte Suprema, Rol Nº 76.367-2020, de 23 de febrero de 2021, que acoge un recurso de queja, por estimarse que no existía norma legal para dictar la resolución que motivó la queja, pues los jueces recurridos, aplicando de forma errónea el artículo 247, inciso 5° del CPP, si bien se encontraban en un supuesto que permitía su aplicación, han omitido arbitrariamente un paso previo al sobreseimiento que la propia norma procesal citada exige (fijación de un plazo máximo de 2 días), según se citó en el razonamiento precedente, lo que derivó en la aplicación de una sanción procesal improcedente consistente en un sobreseimiento parcial definitivo carente de justificación. "Quinto: ... Entonces, al no existir acusación respecto del mencionado acusado, debió necesariamente aplicarse lo dispuesto en el artículo

Otro tema que no pierde de vista la nueva norma, es procurar que la Fiscalía se preocupe de esta etapa tan sensible de la investigación, estableciendo dos instancias de comunicación al superior jerárquico del fiscal que no acusa dentro de los plazos, primero al cumplirse el plazo de 10 días y, eventualmente en una segunda ocasión, si vencido el plazo judicial, aún no se dedujese acusación.

Finalmente, en esta reflexión, traemos a colación una discusión, ya zanjada judicialmente, pero que de tanto en tanto se renueva por algunos intervinientes, en orden a si es posible cerrar una investigación en que no hay formalización previa y optar por comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento. Como se anuncia, la justicia terminó aceptando esta vertiente procesal, a pesar de que las decisiones por las que puede decidir el fiscal en el marco del artículo 248 parten de la premisa que ha existido imputación formal de cargos. Sin embargo, inicialmente la judicatura de garantía aceptó este proceder de la Fiscalía respecto de investigaciones judicializadas y no formalizadas, como una forma de otorgarles una salida procesal que el sistema no contempló, pero que tenía como antecedente el sobreseimiento temporal del antiguo sistema y permitir con ello mejorar los indicadores de casos vigentes o terminados, incluyendo dentro de estos últimos aquellos en que operaba la comunicación de no perseverar. Poco tiempo se requirió para que se aceptara en todo evento, con el mismo fin, incluso estadístico.

Los efectos de la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento están descritos en la ley, en el mismo artículo 248 letra c) que hemos revisado. Son, en cierta forma obvios: se deja sin efecto la formalización de la investigación y consecuencialmente, quedan sin efecto y se revocan las medidas cautelares decretadas, para, finalmente, establecer que la prescripción seguirá corriendo como si nunca se hubiera interrumpido, ello de conformidad a lo establecido en el artículo 233 del mismo CPP (a pesar de ser esta una imprecisión en que incurre dicha norma al atribuir "suspensión de la prescripción" que luego interpretativamente se corrige como se viene diciendo).

247, inciso 5º del código adjetivo, norma que dispone que, "transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido acusación, el juez fijará un plazo máximo de dos días para que el fiscal deduzca la acusación, dando cuenta de inmediato de ello al fiscal regional" y solo en el evento de haber operado dicho decurso, sin que se hubiese materializado la acusación, es que la misma norma permite que "el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, sin que se hubiere deducido la acusación, en audiencia citada al efecto dictará sobreseimiento definitivo. En este caso, informará de ello al fiscal regional a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes".
Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 2.527-2021, de 27 de septiembre de 2021. RECURSO DE APELACIÓN. REVOCA SENTENCIA APELADA. La Corte recuerda que para que el tribunal de base pudiera disponer de oficio o a petición de parte el respectivo sobreseimiento, era menester que fijara al fiscal un plazo máximo para deducir la acusación –lo que no se hizo– por lo que al prescindir de dicho trámite, no podía disponerse el sobreseimiento. "2°. Que para resolver, conviene precisar que la acusación se presentó tres meses después de cerrada la investigación sin que, en su oportunidad, el juez fijara un plazo adicional para formular la acusación conforme lo prevé el inciso 5° del artículo 247 del Código Procesal Penal".
"4°. Que en el escenario descrito, para que el tribunal de base pudiera disponer de oficio o a petición de parte el respectivo sobreseimiento, era menester que fijara al fiscal un plazo máximo para deducir la acusación –lo que no se hizo– por lo que al prescindir de dicho trámite, no podía disponerse el sobreseimiento, razón por la cual dicha decisión será revocada".
Corte Suprema, Rol Nº 81.085-2021, de 29 de octubre de 2021. CONFIRMA SENTENCIA APELADA. Se señala: "4° ante la petición de la defensa de sobreseimiento definitivo, el tribunal –como expresa en su informe previamente procedió de conformidad a lo dispuesto en la primera parte del inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal, apercibiendo al Ministerio Público del modo allí señalado e informando de la omisión al señor Fiscal Regional. Ese mismo día el fiscal BHT presentó acusación en contra de los imputados, la que fue proveída al día siguiente, fijando audiencia de preparación de juicio oral.", cumpliéndose los objetivos buscados con la normativa antes indicada.
5° De lo anterior fluye que se cumplieron los objetivos buscados con la normativa antes indicada, esto es, fue cerrada la investigación y se dedujo la acusación por el fiscal ante el apercibimiento del juez por haber trascurrido el plazo que la ley prevé al efecto, velando en consecuencia por las garantías procesales del imputado; de tal modo que el perjuicio que pudo haber sufrido por una indagatoria que se prolongara más allá de lo razonable, en definitiva, no se produjo. Sigue de ello que no estamos en presencia de una infracción que impidiere el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República, a que se refiere el Art. 160 del Código Procesal Penal, y que hace presumir de derecho un perjuicio".

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de que la investigación requiera formalización previa, esta es una materia que está expresamente desarrollada en el Oficio FN N° 060-2014, en el que se establece que la decisión de no perseverar puede comunicarse aun en casos de investigaciones no formalizadas, puesto que de no ser así se presentan una serie de problemas.

Primero, significa dejar sin solución todas aquellas situaciones en las que el fiscal carece de antecedentes suficientes para continuar seriamente con un procedimiento (ya sea en cuanto al hecho punible o a las personas presuntamente responsables), sin que pueda ejercer los mecanismos de los artículos 167 y 168 del CPP, por existir impedimento legal al haber intervenido el juez de garantía, implicando mantener "formalmente" como abiertos y vigentes una cantidad de casos que no corresponden a la realidad del organismo persecutor.

Por otra parte, la idea de obligar al fiscal a formalizar investigación, con la sola finalidad de ejercer la facultad señalada, no resiste el mayor análisis desde una perspectiva puramente lógica: proceder a imputar cargos que el fiscal no cree que existan o a personas que no estima responsables, no tiene sentido alguno; además, pretender obligar al fiscal a realizar una actuación que es totalmente facultativa para el órgano persecutor despeja toda duda. El Ministerio Público es el órgano encargado, en forma exclusiva, de la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, por lo tanto, es el ente legitimado en forma privativa para determinar cuándo formaliza una investigación y también cuándo y por qué la cierra (dentro de los plazos legales y judiciales fijados al efecto). Finalmente, el hecho que se contemple como efecto de esta decisión el que la formalización de la investigación quede sin efecto no constituye óbice a esta interpretación, desde que dicho efecto tendrá lugar, obviamente, solo en caso de que hubiere existido tal formalización.

8. El forzamiento de la acusación o la facultad de acusar particularmente sin acusación fiscal previa

Este instituto lo regula el artículo 258 del CPP y puede presentarse solo en el caso en que el fiscal adjunto, dentro de los diez días posteriores al cierre de la indagatoria, resuelva no formular acusación, optando por alguna de las otras dos facultades: pedir el sobreseimiento definitivo o temporal al juez de garantía (artículo 248 letra a) o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento (artículo 248 letra c).

La regulación acerca de cómo tramitar y finalmente obtener la autorización para que el querellante continúe en forma autónoma y separada del fiscal, difiere según sea la posibilidad por la que opte. Como incidente que es, requiere tramitarse confiriendo el respectivo traslado en la audiencia correspondiente.

8.1. Sobreseimiento y forzamiento de la acusación

La norma en análisis dispone que si la audiencia a la que debe citar el juez de garantía cuando el fiscal ha ejercido alguna de las dos atribuciones señaladas (artículo 249) es de aquellas en que se discutirá el sobreseimiento, el querellante deberá oponerse –se entiende antes de discutir el fondo de la incidencia–, actitud que obligará al juzgador a remitir los antecedentes al fiscal regional para que revise la decisión del

fiscal a cargo de la causa. Interesante esto último pues en la audiencia bien podría estar presente un fiscal adjunto distinto.

Recibidos los antecedentes y este requerimiento, normalmente junto a un oficio del tribunal, el fiscal regional debe optar por una de dos posibilidades, otorgándole la ley un plazo de tres días:

1. decidir que se formulará acusación, desestimando de paso la decisión que había adoptado el fiscal adjunto, caso en el cual, simultáneamente, debe resolver una segunda cuestión, cual es si la investigación ya cerrada continuará a cargo del mismo fiscal asignado o la asignará a otro distinto, en ambos casos, para que el persecutor que quede a cargo deduzca la correspondiente acusación, lo que deberá materializar dentro del plazo de diez días desde la data de decisión, lo que comunicará al juez de garantía requirente para dar certeza a lo decidido y al cómputo del plazo para concretar el libelo acusatorio.

En este escenario no hay forzamiento de acusación, ya que al querellante, que se había opuesto, le nacerán los derechos que contempla el artículo 261 del CPP –inicialmente extintos por falta de acusación fiscal– una vez que la Fiscalía, vía el fiscal responsable, deduzca la correspondiente demanda penal.

2. Si, por el contrario, el fiscal regional decide ratificar la decisión del fiscal en orden a solicitar el sobreseimiento, así lo deberá comunicar al juez de garantía, que con esa decisión deberá citar a una nueva audiencia para discutir y resolver el sobreseimiento pedido por la Fiscalía. La razón de esto se debe a que esta incidencia no fue objeto de debate por la remisión de la oposición al fiscal regional, y tuvo que quedar a la espera de su decisión.

Si el juez de garantía, oídos los intervinientes confirma la decisión del Ministerio Público decretará el sobreseimiento que sea pertinente. No habrá entonces forzamiento de acusación y el querellante podrá ejercer las facultades recursivas previstas en la norma por el término o suspensión de la causa. Pero si el juez de garantía rechaza la petición del Ministerio Público, habiéndose formalizado la investigación, habrá entonces forzamiento, pues facultará junto con ello al querellante para que formule la acusación que corresponda, para lo cual tendrá también un plazo de diez días contados desde la fecha de la resolución judicial, querellante que la sostendrá en lo sucesivo "en los mismos términos que este Código lo establece al ministerio público", evento este que crea además una obligación al fiscal en orden a entregar todos los elementos y antecedentes de la causa, incluidas evidencias y pruebas materiales junto a sus cadenas de custodia, que efectuará prontamente y bajo acta y debidos resguardos, atendido el plazo para acusar en curso, permitiendo con ello el adecuado cumplimiento de esta carga para el acusador particular único. Este es el primer caso de forzamiento.

8.2. Decisión de no perseverar y acusación particular

La otra posibilidad que regula el artículo 258 en cita tiene lugar cuando el fiscal adjunto decide comunicar la decisión de no perseverar. En este escenario, situados en la audiencia a la que el juez citó a dicho fin, una vez efectuada la comunicación (el inciso cuarto del artículo 258 dice a la letra "En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión…") el querellante deberá oponerse y pedir específicamente que se

le faculte para deducir acusación particular por su cuenta. Yerra aquel juez que ante la oposición resuelve remitir los antecedentes al fiscal regional, ya que este procedimiento solo cabe cuando lo pedido ha sido el sobreseimiento, estimándose que dicha autoridad debería devolver el requerimiento, sin pronunciarse, relevando que no le compete actuar en esa hipótesis. Así entonces, la incidencia que nace, abrirá debate acerca de la suficiencia o insuficiencia de los antecedentes reunidos, el querellante defendiendo lo primero y el fiscal lo último, como fue expuesto anteriormente, lo que el juez deberá zanjar, pudiendo negar lo pedido, caso en que no podrá darse entonces forzamiento, o acogerse la pretensión del querellante, siempre y cuando la investigación esté formalizada, evento en que sí operará la institución, pues el querellante habrá obtenido la facultad para proseguir como único acusador en los mismos términos que la ley lo establece para la Fiscalía. Encontramos aquí el segundo caso de forzamiento de la acusación, naciéndole la carga al querellante para acusar dentro de los diez días siguientes contados desde la resolución pertinente y el derecho a contar con todos los elementos y evidencias en poder de la Fiscalía.

En este apartado colacionamos la regulación prevista en el inciso tercero del artículo 270 del CPP, pues se nos presenta un caso *sui generis* de acusación particular que pervive y permite al acusador continuar solo, quedando el Ministerio Público sin poder volver a intervenir. Es el efecto sanción para la acusación del fiscal cuando este no subsana o corrige en forma oportuna los vicios formales denunciados en dicho escrito, ya que si no hay acusador o adherente privado el juez decretará el sobreseimiento definitivo; pero, por el contrario, si existe querellante acusador o adherente, la sanción es que el procedimiento continuará con este pero sin el fiscal, configurándose un escenario procesal con un único acusador particular.

Para terminar, esta figura no se genera cuando lo vicioso formal afecta a la acusación particular o demanda civil, pues en estos casos la punición adjetiva es tenerlas por no presentadas. Interesante diferencia frente a vicios formales de los escritos fundamentales y la carga de no corrección temporánea de estos.

9. Casos especiales de cierre

En el marco de la temática, de interés resulta abordar el cierre de la investigación en los escenarios del juicio inmediato y del procedimiento abreviado.

9.1. Juicio inmediato

Esta primera institución, regulada en el artículo 235 del CPP, es una incidencia que puede plantearse en la audiencia de formalización luego de efectuada la comunicación de cargos. En este evento, la Fiscalía, atendido el mérito de los antecedentes reunidos y su suficiencia –sea que la imputación de cargos se efectúe luego de revisar la detención del imputado (artículo 132) o derechamente en la audiencia fijada al efecto con previa citación de este (artículo 231) –, puede pedir al juez de garantía "que la causa pase directamente a juicio oral". Acogida esta petición, el persecutor deberá presentar su acusación en forma verbal y ofrecer prueba.

Formular la acusación penal presupone el que la investigación se entienda cerrada, aun cuando no se explicite, pues de otro modo no podría procederse a ejercer la acción penal.

Esta norma también faculta al querellante para adherirse a la acusación presentada verbalmente, o deducir la propia también en forma oral, derechos idénticos a los que consagra la letra a) del artículo 261 del CPP, para lo cual, obviamente, deberá estar preparado, por tratarse de un escenario excepcional, que ciertamente le puede sorprender como a los demás intervinientes y al propio juez de garantía. Este juicio inmediato configura, además, una suerte de aceleración procesal desde que la audiencia, que pudo iniciarse con el control de detención, continúa con la formalización, petición y aceptación de juicio inmediato, formulación de acusación y audiencia de preparación y sus discusiones en materia probatoria, finalizando con la dictación de la interlocutoria de apertura de juicio oral. En términos simples, tres audiencias en una misma, debidamente separadas y cumpliendo los presupuestos legales respectivos. Pero también podría suceder que sin desarrollarse formalmente la preparación del juicio podría plantearse la continuación de la causa, conforme a las reglas del procedimiento abreviado –incluso simplificado, substituyendo el procedimiento, atendida la pena que se solicitare– lo que la judicatura, en términos generales ha aceptado. De esta suerte, a las tres audiencias incluidas en esta aceleración procesal se agregaría una más, la de juicio abreviado o simplificado, de haber admisión de responsabilidad, terminando entonces con la dictación en la misma audiencia de una sentencia definitiva, máxima aceleración que podría presentarse en una sola y concentrada audiencia. Racionalización suprema de los recursos y de la actividad jurisdiccional penal, que hace extremadamente concreto el principio del derecho a un juicio en tiempo breve, sin perjuicio de respetar los derechos sustantivos y procesales de los intervinientes.

9.2. Procedimiento abreviado

La segunda institución, regulada para este efecto en el artículo 407 del CPP, es también una incidencia que plantea la Fiscalía en forma oral o por escrito, debiendo en este último caso citarse a una audiencia especial para discutir y resolver esta modalidad de juicio ordinario. De aceptarse este procedimiento por el acusado y su defensor, el fiscal actuante deberá formular oralmente su acusación y si está presente el querellante, podrá ejercer sus derechos y adherirse o interponer su particular acusación, todo al igual que en la incidencia de juicio inmediato, lo que, como se dijo, asume que la investigación ha sido cerrada. Pero en este instituto hay una curiosidad procesal y es que, en el marco del inciso quinto del artículo 407, si el juez no admitiera el procedimiento abreviado –por estimar no cumplidos los presupuestos legales o al acoger la oposición fundada del querellante–, se tendrán por no formuladas las acusaciones verbales y sus modificaciones según sea, debiendo continuar el procedimiento según las reglas generales, lo que importa regresar a la investigación y subsecuentes fases, presentándose algo así como una reapertura implícita.

CAPÍTULO VI
AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL[1]

1 La designación de artículos, sin el señalamiento de su fuente, están referidos al CPP.

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Introducción: definición, características y objetivos

1.1. Definición

La audiencia de preparación de juicio oral constituye la fase oral de la etapa intermedia del procedimiento ordinario por crimen o simple delito en la que se debaten, ante el juez de garantía, cuestiones fundamentales para el debido desarrollo posterior del juicio oral.

Presupuesto indispensable para que ella tenga lugar, propio de todo sistema acusatorio, es la presentación de la acusación por parte del órgano persecutor, sin perjuicio de las actuaciones que pueden realizar el o los acusador(es) particular(es) y la o las defensa(s), todas las cuales forman parte de la *fase escrita de la etapa intermedia*. La prolijidad y precisión de la acusación será fundamental a la hora de debatir las incidencias formales y probatorias que puedan suscitarse durante la audiencia intermedia.

1.2. Características

Al igual que en el juicio oral, esta audiencia se rige por los principios de oralidad e inmediación, al punto que si el acusado no hubiese efectuado su defensa por escrito con anterioridad a ella, solo podrá hacerla verbalmente al momento de su inicio (artículo 268), pues no se admiten presentaciones escritas durante su desarrollo (artículo 266). Por otro lado, la inmediación del tribunal se manifiesta en el deber de conducción directa de la audiencia por el juez de garantía[273], quien dirige el debate, resume las presentaciones escritas de las partes, resuelve todas las cuestiones e incidencias que se propongan en ella y dicta el auto de apertura de juicio oral.

1.3. Objetivos

Los objetivos de esta audiencia son los siguientes[274]:

1. *Precisar el objeto fáctico de la litis*, esto es, los hechos y circunstancias que serán materia de prueba y de debate en el juicio oral, tanto en el aspecto penal como civil.

   Conforme con el inciso primero del artículo 341 del CPP, la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación y, por consiguiente, no se puede condenar por hechos o circunstancias que no estuvieren contenidos en ella. Este principio, denominado de congruencia o de correlación entre imputación y fallo, también amarra la acusación a la formalización de la investigación en términos fácticos y subjetivos, pues el inciso final del artículo 259 del CPP establece que la acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en ella, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica. El fundamento de estas disposiciones se hallaría en la prohibición de sorpresa o de indefensión, esto es,

273 El juez de garantía no puede delegar en empleados subalternos sus atribuciones so pena de nulidad de todas las actuaciones delegadas (artículo 35).

274 MATURANA y MONTERO (2010), p. 680; HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 20 y ss.

en el derecho de la defensa de controvertir los hechos de la acusación en base a su conocimiento con la debida antelación[275]. De aquí la importancia de precisar, del mejor modo posible, los hechos de la formalización y de la acusación, pues una vez presentada esta última solo podrán corregirse los vicios formales de que ella adolezca en la audiencia intermedia.

Resulta importante considerar que el respeto al principio de congruencia no significa ni persigue la mantención de hechos idénticos en la formalización y la acusación para ser reproducidos luego en la sentencia. Tal como ha señalado la Corte Suprema, "La ausencia de exactitudes o precisiones aritmético - cronológicas respecto de la ocurrencia de determinados hechos, no impide al tribunal, que opera en el plano normativo - penal sustantivo y penal adjetivo, apoyado en una realidad fáctica, formarse su íntima convicción sobre las características - típicas - de aquellos sucesos, los lugares en que acaecieron, si ocurrieron en una sola oportunidad o varias, las modalidades y circunstancias específicas de la conducta, etc."[276]. De esta forma se advierte que el principio de congruencia se refiere a los elementos centrales de la acusación o al núcleo fáctico de la imputación reconocido así por nuestro máximo tribunal al indicar que "no toda particularización de hechos formulada en sede de acusación forzosamente acarrea la infracción de la obligación de congruencia en relación a la formalización efectuada, por cuanto lo fundamental para que tal yerro se produzca es la modificación sustancial del núcleo fáctico de lo atribuido, mutando la conducta imputada en otra de suyo diversa"[277].

2. *Depurar la acusación fiscal y la acusación particular de vicios formales*, esto es, corregir la acusación y, en su caso, la acusación particular, de defectos o errores que no afecten el fondo de tales presentaciones (letra b) del artículo 261 y letra a) del artículo 263).

   Los vicios no solo podrán versar sobre el contenido de las menciones que debe incluir la acusación, sino también sobre la congruencia objetiva y subjetiva entre la formalización de la investigación y la acusación[278]. Ello tiene que ver con lo que se conoce como principio de congruencia que debe existir entre la formalización y la acusación.

3. *Resolver las incidencias que los intervinientes formulen*, como las excepciones de previo y especial pronunciamiento (artículo 264), las cautelas de garantía que plantee la defensa del acusado (artículo 10), las cuestiones referidas a la procedencia, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares personales (artículos 139 y ss; 155 y ss.) o a la demanda civil y su contestación (artículo 63), la separación o unificación de acusaciones (artículo 274), entre otras.

4. *Determinar qué pruebas de aquellas ofrecidas por los intervinientes se rendirán en el juicio y cuáles no, por haber sido reducidas o excluidas.* En efecto, el Ministerio Público debe ofrecer su prueba en la acusación (letra f del artículo 259); el querellante, en su adhesión o acusación particular (letra c) del artículo 261) y el acusado, de modo escrito o verbal, en su contestación de defensa (letra c) del artículo 263), de modo que ningún interviniente podría presentar en el juicio oral algún medio de prueba que no hubiere

275 Artículo 8 N° 2 letra c) de la Convención americana de derechos humanos (CADH) y artículo 14 N°3 letra b) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

276 Corte Suprema, Rol N° 3193-08, de 19 de agosto de 2008.

277 Corte Suprema, Rol N° 7802, de 14 de noviembre de 2013.

278 HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 36.

sido oportunamente ofrecido y admitido por el juez de garantía, salvo la situación excepcional prevista en el artículo 336. Pero, además, las partes pueden solicitar al tribunal la exclusión o reducción de medios de prueba, cuando concurran los supuestos a que se refiere el artículo 276 (artículo 272).

5. *Procurar acuerdos o salidas alternativas consensuadas, tanto respecto de los hechos de la acusación, de la pretensión penal como de la pretensión civil.* Durante la audiencia de preparación de juicio oral y, también en la "audiencia intermedia"[279], puede proponerse la suspensión condicional del procedimiento, un acuerdo reparatorio o la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado (artículos 245, 280 bis y 407). Asimismo, el tribunal deberá propender a que querellante e imputado concilien sobre las acciones civiles deducidas por el primero proponiendo bases de arreglo (artículo 273). Del mismo modo, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, los que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia (artículo 275).

2. Presencia de los intervinientes, oralidad y continuidad de la audiencia

2.1. Presencia de los intervinientes

Una importante manifestación del principio de inmediación es la exigencia de la presencia ininterrumpida del juez de garantía y de ciertos intervinientes durante la audiencia o sus sucesivas sesiones, si correspondiere.

Conforme el artículo 269, la presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia constituye un requisito de validez de la misma. En efecto, la disposición legal citada, en su inciso tercero, señala que "[l]a inasistencia o el abandono injustificado de la audiencia por parte del fiscal deberá ser subsanada de inmediato por el tribunal, el que, además, pondrá este hecho en conocimiento del fiscal regional respectivo para que determine la responsabilidad del fiscal ausente, de conformidad a lo que disponga la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso"[280].

Por regla general la ley no exige la presencia del acusado en la audiencia de preparación del juicio oral, por tratarse de una instancia de carácter predominantemente técnico-jurídico. Sin embargo, ello no siempre es así, pues pueden darse situaciones de término del procedimiento para cuyo acuerdo se exige el consentimiento del acusado. En tal sentido, la Ley Nº 21.394 incorporó un inciso segundo al artículo 269 estableciendo que "[s]i en la audiencia se ventilare la aprobación de convenciones probatorias, procedimiento abreviado, suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio, o cualquier otra actuación en que la

279 Conforme al artículo 1º Nº 5 de la Ley Nº 21.394, de 30 de noviembre de 2021, que introduce un nuevo artículo 280 bis al CPP en el marco de reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública.

280 Inciso introducido por el artículo único Nº 4 b) de la Ley Nº 21.004, publicada en el Diario Oficial el 29 de marzo de 2017.

ley exigiere expresamente la participación del imputado, su presencia constituirá un requisito de validez de aquella". De modo que a partir del 30 de noviembre de 2021 la comparecencia del acusado a la audiencia de preparación de juicio oral es imprescindible únicamente a los fines de la disposición señalada, so pena de declaración de la nulidad de las actuaciones realizadas sin su presencia. Por ello no se comparte la opinión de quienes sostienen que el acusado debe hallarse presente durante toda la audiencia, aunque no se propongan tales acuerdos[281], pues el tenor de la disposición citada es claro al respecto. En tal sentido, si el acusado no asiste a la primera audiencia bastará que el tribunal advierta a los intervinientes que no podrá ejecutarse ni celebrarse ninguna de las actuaciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 269 sin la presencia de aquel, debiendo asegurarse su comparecencia si se tuviere la intención de solicitarlas.

Con relación al querellante, si este no concurre a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa justificada, el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, declarará abandonada la querella (letra b del artículo 120). Tratándose de la víctima, el artículo 64 establece que "[s]e considerará abandonada la acción civil interpuesta en el procedimiento penal, cuando la víctima no compareciere, sin justificación, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia del juicio oral".

2.2. Oralidad

Todas las actuaciones de los intervinientes y del juez de garantía deben practicarse oralmente, circunstancia que impone la necesidad de llevar un registro íntegro de la audiencia o sus sesiones de forma que se asegure debidamente su fidelidad o autenticidad, por medio de algún soporte como audio digital, video u otro equivalente (artículo 41), en especial para el caso de impugnación de las resoluciones que dicte el tribunal cuando ello sea procedente. En particular, el registro será indispensable para probar que se ha preparado debidamente el recurso de nulidad conforme al inciso 1° del artículo 377 del CPP.

2.3. Continuidad

En general, el CPP no se pronuncia acerca de la continuidad o los efectos de posibles interrupciones de la audiencia de preparación de juicio oral o de sus sesiones. La omisión en el artículo 266 de este principio, fundamental en el juicio oral (artículo 282), muestra la diferente naturaleza y objetivos de ambas audiencias. Así, se contempla expresamente la posibilidad de suspensión hasta por *cinco días* en el caso, ya visto, de abandono de hecho de la defensa (artículo 269), prorrogable por otros *cinco* en el caso de corrección de vicios formales de la acusación del Ministerio Público (artículo 270, inciso segundo), y también hasta por *diez días* cuando el juez de garantía compruebe que el acusado no ofreció prueba en forma oportuna por causas que no le son imputables (artículo 278). Tales hipótesis legales no impiden, sin embargo, la concurrencia de supuestos en que resulte forzoso suspender la audiencia. Así, por ejemplo, si se acogiese la excepción de previo y especial pronunciamiento de *litis*

281 Así, por ejemplo, MATURANA y MONTERO (2010), p. 694, quienes no obstante invocan –sin pronunciarse al respecto– la posición de Cerda San Martín, quien lo considera un "tema no resuelto", a partir del carácter técnico-jurídico de la audiencia que solo exigiría la presencia del defensor letrado, y presenta el artículo 101 en apoyo de su tesis contraria a la presencia ininterrumpida del acusado en la audiencia intermedia, pues "si es posible realizar la audiencia cuando el imputado ha sido declarado rebelde, aunque para el solo efecto de sobreseerlo, con mayor razón se podrá celebrar sin él" (CERDA (2003), p. 35).

pendencia o de falta de autorización para proceder criminalmente[282], o se ventilare la aprobación de convenciones probatorias, procedimiento abreviado, suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio y fuere necesario citar al o los acusado(s) en tanto, como ya se señaló antes, en estos casos su presencia constituye un requisito de validez de la audiencia (artículo 369, inciso segundo).

También ha existido algún caso en que se ha suspendido la audiencia de preparación de juicio oral por motivos de carácter administrativo sin que ello haya traído aparejada la clausura del procedimiento. Así, en la causa Rit N° 4933-2018, seguida ante el 8º TG de Santiago, la Corte Suprema no autorizó al juez de la causa a que acumulara vacaciones pendientes de años anteriores y, como consecuencia, la audiencia debió suspenderse por el lapso de treinta días correspondiente a su feriado legal[283]. Aunque uno de los defensores recurrió de amparo alegando la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, dicha acción constitucional fue rechazada en primera y segunda instancia[284].

Es posible afirmar que el principio de continuidad no tiene la misma relevancia que en el juicio oral y que, por ello, no se consagra de igual forma en el código. En efecto, la continuidad del juicio, junto a la oralidad y la inmediación, aseguran que el tribunal falle exclusivamente en base a la prueba rendida y las alegaciones de las partes, esto es, garantiza que no se recurrirá a otra fuente de información sobre los hechos jurídico-penalmente relevantes que la producida durante el debate y que ella será la base de su convicción conforme al artículo 340[285]. En cambio, la audiencia de preparación del juicio oral tiene más bien un carácter técnico jurídico y no existe la misma prevención del juicio: la necesidad de su continuidad se orienta más bien a garantizar el derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable.

Por otro lado, aunque la ley establece las materias que deben ser tratadas durante la audiencia preparatoria regulándolas en un orden consecutivo[286], nada impediría que el juez de garantía altere dicho orden, de oficio o a solicitud de las partes, cuando se trate de evitar resoluciones contradictorias o parezca lógico abordar primero alguna porque del modo que ella se resuelva hará eventualmente innecesario resolver otra(s). Así, por ejemplo, el acogimiento de la excepción de cosa juzgada volvería innecesario la corrección de vicios formales de la acusación. Lo mismo sucede con la alegación de incompetencia del tribunal, pues pareciera inoficioso que el juez conociera y resolviera incidentes que quedarán sin efecto en el evento de un reinicio de la audiencia ante otro tribunal.

Finalmente, el juez puede establecer la preclusión del debate de ciertas materias una vez tratadas a fin de evitar su renovación constante, cuidando siempre de no afectar los derechos de los intervinientes.

282 Que obligan a la suspensión del procedimiento mientras se resuelve la causa pendiente o se obtiene la autorización correspondiente. En el caso de la excepción de incompetencia, el inciso segundo del artículo 74 dispone que "[s]i durante la audiencia de preparación del juicio oral se planteare un conflicto de competencia, no se suspenderá la tramitación, pero no se pronunciará la resolución a que alude el artículo 277 mientras no se resolviere el conflicto".

283 8° TG de Santiago, Rit N° 4933-2018, de 29 de octubre de 2021, que da cuenta que solo se le permitió acumular el feriado legal correspondiente al 2020, pero no del 2019.

284 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 5.264-21, de 23 de noviembre de 2021, confirmado por la Corte Suprema, Rol Nº 92.634-21, de 27 de diciembre de 2021.

285 HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 250 - 253.

286 MATURANA y MONTERO (2010), pp. 691 - 692, hacen referencia a un "orden consecutivo discrecional". Tal caracterización pudiera entenderse, incorrectamente, en el sentido que depende de la voluntad del tribunal. Sin embargo, pareciera que el orden legal debe respetarse a menos que se alegue por los intervinientes un fundamento plausible para la alteración.

3. Planificación de la audiencia de preparación de juicio oral. Algunas buenas prácticas

Frente a una audiencia de juicio oral resulta necesario –previo a la realización de esta audiencia de la etapa intermedia– la revisión de la acusación con la finalidad de detectar errores formales, verificar si existe prueba sobreabundante y adelantar eventuales solicitudes de exclusión que pudiera formular la contraparte.

En relación a la prueba pericial es recomendable revisar los currículum y certificados de título de los peritos con el objeto de acreditar la idoneidad y seriedad de los mismos respecto de la materia objeto de la pericia.

Debe considerarse que este examen de admisibilidad es preliminar, en tanto la credibilidad es un tema propio de la convicción de los juzgadores. Dependiendo del tipo de pericia que se presenta, resulta relevante contar con los títulos académicos, capacitaciones y publicaciones relativas al tema abordado en la pericia.

En relación a la prueba material debe verificarse su disponibilidad para la audiencia, y ordenarlas de acuerdo al listado señalado en la acusación respectiva, especialmente en aquellos casos en que se ha presentado una cantidad considerable de evidencia de este tipo.

Por último, es importante adelantar los planteamientos que el resto de los intervinientes pudieren plantear durante el desarrollo de la audiencia, especialmente en relación a excepciones de previo y especial pronunciamiento y solicitudes de exclusión de prueba.

Por otra parte, en aquello casos en que constan autorizaciones judiciales, se sugiere ordenarlas de forma cronológica y mantenerlas disponibles durante la audiencia en el evento de cualquier solicitud relacionada con las mismas.

4. Estructura de la audiencia y actuaciones durante su desarrollo

4.1. Cuestiones previas

Como vimos en el segundo punto, el juez de garantía competente debe dirigir personalmente la audiencia intermedia (artículo 14 letra b) del COT) y presenciarla en su integridad (artículo 266).

Al inicio de la audiencia, y si correspondiere, el juez aplicará las sanciones por abandono injustificado de la audiencia en conformidad con el inciso final del artículo 269 del CPP.

Por la necesidad de que se verifique la presencia del imputado en los supuestos del inciso segundo del artículo 269 CPP, pareciera conveniente proponer o resolver en este momento las salidas alternativas o términos anticipados del procedimiento, tales como la suspensión condicional, los acuerdos reparatorios o el procedimiento abreviado, ello sin perjuicio de poder renovarse su solicitud, por una sola vez, en la oportunidad indicada en el artículo 280 bis del CPP.

Seguidamente, el tribunal deberá efectuar una exposición sintética de las presentaciones realizadas por los intervinientes (artículo 267) y otorgará la palabra al acusado para que efectúe su defensa verbalmente si no lo hubiera hecho por escrito en la oportunidad que señala el artículo 263 del CPP (artículo 268).

Si bien resulta habitual que la defensa señale que reserva sus alegaciones para la audiencia de juicio oral, aquello necesariamente debiera traducirse en la imposibilidad de presentar prueba propia, por cuanto el resto de los intervinientes, incluidas las otras defensas –si las hubiere– se encontrarían impedidos de realizar cualquier observación a la prueba presentada por desconocer la pertinencia de la misma en relación a una estrategia o teoría del caso de la defensa completamente desconocida. El CPP no lo regula en forma expresa, pero cabe entender que esta es la oportunidad para que la defensa ofrezca la prueba de que se valdrá en el juicio oral, entregando materialmente aquella propia que no conste en la carpeta investigativa, de modo de otorgarse un lapso razonable a los acusadores y demás defensas, si las hubiere, para su escrutinio.

En relación al querellante, si bien el artículo 261 se remite al artículo 259 en lo referente a la oportunidad para efectuar el ofrecimiento de su prueba, el artículo 260 solo impone al Ministerio Público el deber de poner a disposición de el o los acusado(s) los antecedentes acumulados durante la investigación, por lo que solo al inicio de la audiencia preparatoria podría solicitarse a dicho interviniente que proporcione materialmente su prueba propia, por ejemplo, informes periciales, medios audiovisuales, documentos, entre otros.

4.2. Excepciones de previo y especial pronunciamiento

A pesar de que el código regula en primer lugar las correcciones formales de los vicios de que adolezca(n) la o las acusación(es), pareciera lógico discutir antes las excepciones de previo y especial pronunciamiento que hubiesen sido planteadas por escrito o verbalmente por la(s) defensa(s), porque la resolución por el juez de garantía o por el tribunal superior, en caso de ser admisible el recurso de apelación, puede afectar los trámites posteriores de la audiencia.

El inciso primero del artículo 271 del CPP establece que el tribunal debe abrir debate sobre su fundamento y, de estimarlo pertinente, permitirá la presentación de antecedentes que fueren relevantes para la adopción de su decisión. Por tanto, podría ocurrir que el juez resuelva directamente, sin necesidad de que se aporten antecedentes por las partes, o decida suspender la audiencia para recabarlos si ello no hubiere sido posible antes por causa justificada[287]. Habiendo precedido debate queda, en principio, clausurada la posibilidad de solicitar reposición (artículo 363). No obstante, si el fundamento de la resolución no fue objeto del debate previo, entonces sí cabría la reposición[288].

Conforme al inciso segundo del artículo 271, el juez resolverá de inmediato las excepciones de incompetencia, *litis pendencia* y falta de autorización para proceder criminalmente deducidas por la o las defensa(s), previstas en las letras a), b) y d) del artículo 264, y dicha resolución es apelable.

287 Cabe tener presente el Oficio FN N° 284, de 31 de mayo de 2010, Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación de juicio oral.

288 No puede entenderse que excluye la reposición una resolución que se base en un fundamento no previamente debatido pues, justamente, la restricción al ejercicio de este recurso en audiencia se basa en la posibilidad de controvertir oralmente los distintos argumentos esgrimidos por las partes. Ello ciertamente no ocurre cuando el tribunal invoca alguno no considerado en dicho debate.

Tratándose de las restantes excepciones previstas en el artículo 264, esto es, la cosa juzgada y la extinción de la responsabilidad penal, el juez podrá acoger una o más de las que se hubiesen deducido y decretar el sobreseimiento definitivo, siempre que el fundamento de la decisión se encuentre suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación. Dicha resolución es apelable conforme a los artículos 253 y 370 letra a). En caso contrario, la resolución de la cuestión planteada deberá dejarse para la audiencia del juicio oral y esta última decisión es inapelable (artículo 271 inciso final). Por su parte, el artículo 265 dispone que no obstante las facultades del acusado establecidas en el artículo 263, si las excepciones de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal "no fueren deducidas para ser discutidas en la audiencia de preparación del juicio oral, ellas podrán ser planteadas en el juicio oral". Esta disposición presupone, por tanto, que tales excepciones no hubiesen sido debatidas y resueltas en la audiencia de preparación de juicio oral o que, habiendo sido deducidas oportunamente, el tribunal no se hubiere pronunciado de inmediato dejando su resolución para el juicio oral. Fuera de estos casos, precluye la facultad de renovar su discusión en el juicio oral en razón del efecto de cosa juzgada que emana de la resolución interlocutoria que rechaza la excepción de previo y especial pronunciamiento.

Los tribunales superiores de justicia han debido pronunciarse de modo frecuente sobre la procedencia de tales excepciones con ocasión de recursos de apelación o de nulidad. Sobre la excepción de incompetencia[289],

289 Corte Suprema, Rol N° 3212-2018, de 23 de julio de 2018; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4266-2021, de 15 de diciembre de 2021; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 941-09, de 27 de julio de 2009; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 79-2015, 28 de enero de 2015; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 2341-19, de 25 de septiembre de 2019.

sobre la de *litispendencia*[290], de falta de autorización para proceder criminalmente[291] y de cosa juzgada[292-293-294-295].

4.3. Corrección de vicios formales de las acusaciones y demanda civil

El código contempla la posibilidad de que se levanten incidencias con el propósito de aclarar o corregir formalmente la acusación o las acusaciones particulares y la demanda civil, lo que no impide que se efectúen peticiones similares por los acusadores respecto al ofrecimiento de prueba de la o las defensa(s), cuando esta(s) adoleciere(n) de errores manifiestos o no se cumpliere con las formalidades exigidas por el artículo 263 letra c).

290 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°,251-19, de 12 de abril de 2019, que confirma la resolución que rechazó la excepción de *litispendencia* entre querellante y querellada por delitos de denuncia calumniosa y de calumnia, por considerar que se trata de delitos que protegen distintos bienes jurídicos y tienen procedimientos diversos, no concurriendo la triple identidad que exige la institución.

291 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5742-2018, de 27 de febrero de 2019, que confirmó el rechazo de esta excepción formulada, tanto de delitos tributarios como de fraude al fisco imputados a un senador, sosteniendo respecto del primero que el SII interpuso querella por los hechos por los cuales fue acusado O. y que siendo el Ministerio Público el órgano constitucionalmente llamado a perseguir los delitos de que tenga conocimiento con ocasión de su investigación "actuó dentro de la esfera de sus facultades" (considerando cuarto), ello sin perjuicio que además, el SII dedujo acusación particular en su contra. Con relación a los delitos de fraude al fisco, la corte rechaza la alegación de la defensa en orden a que ella comprende hechos no contenidos en la resolución de desafuero del senador, argumentando que la segunda formalización por tales hechos se realizó cuando ya no era parlamentario, siendo el fuero un mecanismo de protección de la función parlamentaria y no de la persona, por lo que ya no se requería el mencionado antejuicio (considerando decimotercero). Respecto de la acusada I., el tribunal rechaza la alegación en orden a que tratándose en la especie de un delito de acción penal pública previa instancia particular, y no habiendo el SII adherido o acusado particularmente en la oportunidad correspondiente, no puede entenderse que ha habido una "renuncia tácita a la acción penal", pues ella fue ejercida por el Ministerio Público habiéndose satisfecho el requisito de procedibilidad con la interposición de la respectiva querella (considerandos vigésimo primero y siguientes). No obstante, la misma corte, en sentencia Rol Nº 2603-21, de 21 de octubre de 2021, no acogió el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en contra de la resolución que acogió la excepción de falta de autorización para proceder criminalmente y decretó el sobreseimiento definitivo y parcial de la causa respecto de dos acusadas argumentando que el SII no denunció, no se querelló, ni acusó por los hechos relativos a las boletas materia de la discusión.

292 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol Nº 69-13, de 15 de febrero de 2013, rechaza (con voto de minoría) el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra el fallo que condenó por delito de desacato a pesar de haberse dictado sobreseimiento definitivo por la letra f) del artículo 250 en procedimiento paralelo por los mismos hechos al entender que, por principio de buena fe procesal, el único propósito de tal sobreseimiento era poner fin a uno de los procedimientos paralelos. El voto de minoría expresa que el acusador público no impugnó el sobreseimiento definitivo y no evitó la existencia de dos procesos paralelos por los mismos hechos pudiendo haber agrupado las investigaciones y estuvo por acoger el recurso de nulidad.

293 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol Nº 453-18, de 3 de diciembre de 2018: rechaza el recurso de apelación de la defensa y confirma la resolución apelada que desestimó la excepción de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal alegadas por la defensa por haberse sancionado los mismos hechos en el ámbito tributario administrativo (multa impuesta por el SII). Desestima la excepción de cosa juzgada en el proceso penal bajo razonamientos formales como la inexistencia de identidad de partes, de objeto y causa de pedir.

294 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Nº 54-21, de 24 de marzo de 2021: rechaza un recurso de nulidad por varias causales, una de las cuales se sustentó en la afectación de la cosa juzgada en tanto, por los mismos hechos por los cuales el recurrente fue condenado por el delito de microtráfico, fue sancionado con anterioridad por el TG a celda solitaria por el lapso de 6 días conforme a la letra i) del artículo 78 del Reglamento Penitenciario.

295 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 441-17, de 10 de marzo de2017: rechaza el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público contra la sentencia que absolvió al imputado del delito de receptación. Entre los motivos de nulidad se invocó la cosa juzgada respecto del auto de apertura del juicio oral (sentencia interlocutoria) que resolvió que cierta prueba era lícita pero que el TJOP estableció que era ilícita. El fallo señala que en dicha fase la cosa juzgada es solo de carácter formal y cita un fallo de la Corte Suprema (Rol N° 5363-2016, de 3 de marzo de 2016) cuyo considerando sexto señala: "(...) *que la jurisprudencia, incluida la emanada de esta Corte Suprema, se ha uniformado en entender que el juicio oral constituye una instancia adicional al control de detención y a la audiencia de preparación de juicio oral para discutir y probar la ilicitud de la prueba de cargo*". En el considerando quinto se señala: "Por lo demás, la causa de pedir en un caso es la exclusión de la prueba para que no sea admitida al juicio oral y, en la otra, ante un tribunal distinto, lo que se solicita no es reponer el debate destinado a excluir la prueba de ser rendida en el juicio oral, sino que, una vez producida en esa audiencia, se solicita que en el proceso de valoración, sea aplicado el artículo 334 del Código Procesal Penal, valorando negativamente el medio de prueba ya admitido y desahogado".

Es así como tanto el querellante (letra b) del artículo 261) como el acusado (letra a) del artículo 263), pueden solicitar que se enmienden los vicios formales de que adoleciere la acusación del Ministerio Público, mientras que el acusado puede además efectuar la misma petición respecto de la acusación particular y de la demanda civil, en su caso, facultad que se desprende del inciso segundo del artículo 270 que establece los efectos de la omisión de tales correcciones dentro del plazo legal. Si el tribunal encontrare mérito dispondrá que los vicios denunciados se subsanen sin suspender la audiencia, siempre que ello fuere posible (artículo 270, inciso primero). De lo contrario, ordenará la suspensión de la audiencia por el lapso necesario para efectuar las correcciones, el que no podrá exceder de cinco días.

La sanción por la falta de rectificación de los vicios de la o las acusación(es) y de la demanda civil es distinta según quién sea el infractor. En el caso del querellante y el actor civil, la sanción prevista por el legislador es tenerlas por no presentadas, a diferencia de lo que ocurre cuando es el Ministerio Público quien incurre en dicha omisión, en cuyo caso, y si este lo solicitare, el tribunal podrá concederle una prórroga por otros cinco días sin perjuicio de informar de la situación al fiscal regional. Si transcurrida la prórroga el órgano acusador no hubiere subsanado los vicios alegados, el juez deberá –dados los términos perentorios empleados por la ley– decretar el sobreseimiento definitivo a menos que interviniere en el procedimiento un querellante particular que haya deducido acusación particular o adherido a la del fiscal[296]. En este caso, el procedimiento continuará solo con el querellante y el Ministerio Público no podrá volver a intervenir en el mismo (artículo 270, incisos segundo y tercero). Sucede aquí algo similar a lo que ocurre en el caso de forzamiento de la acusación y la sustitución del fiscal por el querellante particular, conforme lo dispuesto en el artículo 258. Sin perjuicio de lo anterior, se establece que la falta de oportuna rectificación de los vicios de la acusación importa una grave infracción a los deberes del fiscal, circunstancia que debiera dar lugar a las sanciones disciplinarias que correspondan por las autoridades superiores del Ministerio Público en conformidad con el artículo 91 de la CPR y los artículos 48 y siguientes de la Ley N° 19.640, LOCMP.

Los vicios que regularmente se denuncian por las defensas dicen relación con las menciones que debe(n) contener la o las acusación(es) y la demanda civil en conformidad con los artículos 259 y 261 y las reglas pertinentes del CPC. En una buena parte de los casos, las alegaciones giran en torno a la prueba ofrecida y el cumplimiento estricto de los requisitos exigidos respecto de los testigos en el inciso segundo del artículo 259, en particular los puntos sobre los que han de recaer sus declaraciones. En efecto, un problema que suele suscitarse es la controversia acerca de la precisión de ciertas frases de estilo que se ocupan al respecto, tales como "declarará sobre los hechos anteriores, concomitantes o posteriores a los hechos de la acusación, sobre su conocimiento de ellos y todos aquellos pertinentes". De allí que se recomiende precisar lo más posible el o los punto(s) de prueba sobre el (los) que recaerá su declaración.

Con relación a los policías, se han planteado problemas acerca de su estatus de testigos o peritos en tanto pueden comparecer en una o en ambas calidades y sujetarse entonces a diferentes reglas procesales. Si comparecen como testigos, una fuente de controversia ha sido la ausencia de su declaración en la carpeta investigativa, al constar únicamente el registro de sus actuaciones en los respectivos informes.

296 Corte Suprema, Rol N°15.881-19, de 13 de junio de 2019, que confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillan, Rol N° 27-19, de 3 de junio de 2019. Lo interesante de la sentencia que resuelve un amparo, concediéndolo, es que se ordena corregir vicios por discordancia objetiva o de hechos entre la formalización y la acusación, y no habiéndose hecho, se decreta el sobreseimiento definitivo por el juez de la instancia.

La Corte Suprema ha señalado que la circunstancia de que no exista registro de la declaración de los funcionarios policiales no es constitutiva de un vicio, toda vez que "concurren al juicio oral como testigos para dar cuenta de las actuaciones por ellos realizadas y que han sido objeto de los informes del caso, de suerte que a la defensa no era desconocido lo que sería objeto de las declaraciones de dichos deponentes"[297]. No obstante, suelen plantearse incidencias en que se solicita al tribunal, por la vía de correcciones formales, que los acusadores indiquen de manera clara y precisa cuál o cuáles es (son) el (los) informe(s) y la(s) diligencia(s) sobre los cuales van a declarar en el juicio y si lo harán como testigos directos o de oídas.

En la misma línea, una sentencia de la Corte Suprema señala que basar una infracción de garantías en la falta de declaración de testigos durante la investigación, con lo cual se le habría impedido ejercer el derecho a controlar su versión, en los términos del artículo 332 del CPP, resulta infundada si los testigos dan cuenta de hechos que presenciaron o de diligencias que realizaron –en el caso de los funcionarios policiales–, porque aun cuando no hubiesen declarado formalmente durante la investigación, para la defensa no era desconocido lo que sería objeto de sus testimonios y descarta cualquier posibilidad de sorpresa en su relato. Agrega el mismo fallo que exigir siempre una declaración durante la investigación deviene en una excesiva formalidad al pretender asilarse en una supuesta obligación del órgano persecutor de tomar declaración a todo testigo que pretenda presentar en juicio, siendo la falta de aquel presunto deber una afectación del derecho a defensa. Tal razonamiento resulta incompatible con la autonomía y desformalización con que los fiscales del Ministerio Público ejercen su labor en los casos que tienen a su cargo, según predican los artículos 2° y 6° de la Ley N°19.640[298].

Cabe señalar, por otra parte, que en el caso que se solicite la exclusión de la declaración de una víctima, en ningún caso puede argumentarse su exclusión porque no conste en la carpeta investigativa, toda vez que la víctima siempre tiene derecho a ser oída.

En tanto peritos, los cuestionamientos surgen respecto de la forma de introducir sus informes policiales, pues, en la medida que constituyen pericias, no pueden ser ofrecidas como prueba documental ni ser leídos durante el juicio oral excepto en los casos previstos en los artículos 331 y 332 (artículo 329)[299]. La duda surge respecto a la posible exhibición de parte o partes del informe pericial a efectos de ilustrar al tribunal con tablas, cuadros sinópticos, imágenes u otros análogos los antecedentes tenidos a la vista o la metodología empleada, siempre que ello no signifique la lectura parcial o total del informe y sus conclusiones. Piénsese en informes con numerosos análisis de tipo contable, cuyo contenido ha podido ser conocido y revisado por las defensas: no parece razonable exigir al perito que recuerde el detalle de las operaciones realizadas si ellas pueden ser graficadas en tablas o planillas *excel*. Por lo anterior pareciera recomendable ofrecer dichas tablas, planillas, imágenes u otros elementos que puedan exhibirse audiovisualmente en la sección de "otros medios de prueba".

297 Corte Suprema, Rol N° 2958-2007, de 7 de agosto de 2007, considerando sexagésimo sexto, y en Rol N° 1504-2013, de 23 de abril de 2013, considerando cuarto.

298 Corte Suprema, Rol N° 149.240-2020, de 16 de febrero de 2021. En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N° 4883-2013, de 25 de septiembre de 2013; Corte Suprema, Rol N° 266-17, de 07 de marzo de 2017, y Corte Suprema, Rol N° 24.261-2019, de 21 de octubre de 2019.

299 HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 300 y ss. De otra opinión, MATURANA y MONTERO (2010), pp. 1040 y ss., p. 1042, quienes consideran que el informe pericial puede tener valor probatorio –al menos en algunos casos– con independencia de la declaración del perito.

Los vicios que se aleguen no solo podrán versar sobre el contenido de las menciones que debe incluir la acusación conforme al artículo 259, sino también sobre la congruencia entre los hechos y personas designados en formalizaciones previas y los de la acusación[300]. En la ponderación de su posible infracción, la Corte Suprema ha relevado, a propósito del motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra f) del artículo 374, que la correlación entre los hechos de la formalización y la acusación no tiene la misma relevancia que entre acusación y fallo señalando que "[l]a congruencia, en cuanto principio informador del proceso penal, se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, y la concordancia o correspondencia impuesta como límite infranqueable a la decisión condenatoria sólo es exigible entre la acusación y la sentencia, de manera que las ambigüedades que a juicio del recurrente presentan la formalización y la reformalización, carecen de relevancia para el asunto en examen"[301]. Asimismo, el máximo tribunal ha señalado que "(...) no toda particularización de hechos formulada en sede de acusación forzosamente acarrea la infracción de la obligación de congruencia con relación a la formalización efectuada, por cuanto lo fundamental para que tal yerro se produzca es la modificación sustancial del núcleo fáctico de lo atribuido, mutando la conducta imputada en otra de suyo diversa, cuestión que en los antecedentes vertidos no se aprecia. En efecto, de la prueba aportada por los recurrentes se advierte que los hechos materia de la acusación han sido únicamente precisados por los persecutores, sin duda con la información obtenida después de cerrada la investigación, sin que tales puntualizaciones adicionen hechos constitutivos de nuevos ilícitos o formas de participación distintas de las primitivamente atribuidas (...)"[302]. En un sentido análogo ha señalado que, "(...) la congruencia no es identidad gramatical, es una correspondencia entre los cargos y lo resolutivo del fallo que opera a favor de la defensa, para no ser condenado al margen de lo que postula la acusación, porque cuando ello ocurre la defensa queda inerme"[303].

Todas las cuestiones que se relacionan con vicios formales de las acusaciones y demandas civiles deben ser tramitadas oralmente como incidentes dentro de la audiencia y resueltas previa audiencia de los intervinientes. De no ocurrir aquello, procede interponer recurso de reposición conforme al artículo 363.

4.4. Debate sobre la prueba ofrecida

4.4.1. Cuestiones generales

Como sabemos, el código consagra la libertad de prueba y, por consiguiente, todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado conforme a la ley (artículo 295). La regla general, entonces, es que todos los medios de prueba son, en principio, admisibles.

La excepción es su reducción o su exclusión del juicio oral a través del control del juez de garantía.

300 HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 35 - 36.

301 Corte Suprema, Rol N° 502-09, de 31 de marzo de 2009, considerando séptimo (en el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N° 3297-2005, de 23 de septiembre de 2005, considerando noveno).

302 Corte Suprema, Rol N° 7802-2013, de 14 de noviembre de 2013, considerando decimocuarto.

303 Corte Suprema, Rol N° 6247-14, de 12 de mayo de 2014. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 3.164-2019, de 8 de enero de 2020.

Otra restricción relevante es que tales medios probatorios sean ofrecidos en la oportunidad y forma que señala la ley. En efecto, durante la audiencia de preparación de juicio oral solo puede debatirse acerca de la prueba ofrecida en las oportunidades y formas señaladas en los artículos 259 letra f), 261 letra c) y 263 letra c). Surge la duda de si pudiera plantearse en esta instancia la hipótesis a que alude el inciso primero del artículo 336, ubicado entre las disposiciones sobre el juicio oral. Esta hipótesis autoriza al tribunal para ordenar la recepción de una prueba no ofrecida oportunamente cuando el interviniente que lo solicita justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Pareciera que si la ley permite hacer tal solicitud en una etapa más avanzada y crucial del procedimiento, nada impediría que sobre la base de la misma lógica se admitiera efectuarla en la etapa intermedia. La restricción estaría dada, pues, por la acreditación de falta de conocimiento previo de la misma, lo que evidentemente puede ser controvertido por las distintas partes.

El TG debe escuchar las solicitudes, planteamientos y observaciones que las partes propongan sobre las pruebas ofrecidas, abriendo debate sobre ellas para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276 (artículo 272).

Una forma de soslayar la acreditación de hechos en el juicio oral consiste en acordar convenciones probatorias, que no solo pueden ser solicitadas en conjunto por las partes, sino también promovidas por el juez de garantía y que, si fueren acogidas por no merecer reparos al conformarse con las alegaciones efectuadas en la audiencia, dan lugar a la inclusión de los hechos objeto de tales convenciones en el auto de apertura del juicio oral sin que puedan ser discutidos en el juicio oral (artículo 275). El acuerdo requiere tener acabado conocimiento de los hechos y circunstancias controvertidos y no controvertidos del caso, porque solo respecto de estos últimos cabría aceptar convenciones probatorias sin perjudicar la teoría del caso que se sustente. Es bastante habitual que ellas no se celebren, ora por el acentuado carácter adversarial que ha ido adquiriendo la audiencia de preparación de juicio oral, ya por temor a cometer algún error en su aceptación, sea por falta de preparación, dificultades interpretativas de los tipos penales involucrados o incertidumbre acerca de la relevancia del o los hecho(s) susceptible(s) de convención en la propia teoría del caso.

La falta de preparación también puede afectar la capacidad de los fiscales para argumentar en contra de la solicitud de reducción o exclusión de pruebas efectuada por las defensas, siendo por ello imprescindible el conocimiento cabal de las pruebas de cargo y su importancia relativa para la acreditación de los hechos de la acusación.

En efecto, el artículo 276 contempla los supuestos en que el juez de garantía puede disponer la exclusión o la reducción de la prueba ofrecida por los intervinientes, siendo particularmente relevante el caso en que tal procedimiento vuelva insuficiente la prueba de cargo en el contraluz del exigente estándar de convicción acerca de la existencia del hecho objeto de la acusación y la participación culpable en él del acusado (artículo 340). Por tal razón se justifican las normas contenidas en los dos últimos incisos del artículo 277 en cuya virtud, por un lado, se concede el recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio oral solo al Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 276, y, por el otro, se autoriza al Ministerio Público para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa cuando se excluyan, por resolución firme, aquellas pruebas de cargo que considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo.

4.4.2. Exclusión de prueba manifiestamente impertinente o que tenga por objeto acreditar hechos públicos y notorios

Conforme al inciso primero del artículo 276, el juez de garantía ordenará fundadamente, previo debate de los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, la exclusión del juicio oral de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Como ya vimos, el artículo 295 dispone que "todos los hechos y circunstancias *pertinentes* para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley". Por consiguiente, cuando la ley autoriza la exclusión de la prueba ofrecida que fuere "manifiestamente impertinente", la interpretación de dicho concepto debe ser particularmente restrictiva, esto es, debe entenderse como aquella prueba que de manera clara y evidente no dice relación lógica o jurídica alguna con los hechos de la acusación[304], pues de lo contrario se afecta la libertad de prueba de los acusadores sobre quienes pesa además, de modo exigente, el deber de probar más allá de toda duda razonable los cargos efectuados contra el acusado. Por tal razón debe ser considerado pertinente el ofrecimiento de prueba orientado a acreditar el comportamiento anterior del acusado, en un sentido motivacional dirigido a establecer las causas explicativas de su actuar, así como las circunstancias previas en cuya virtud el hecho pudiere encuadrarse en un patrón determinado de conducta. Tales motivos, en no pocos casos, son los que permiten inferir el conocimiento de circunstancias anteriores o concomitantes al hecho que son suficientes para adscribir dolo eventual, y si además concurre el elemento volitivo, dolo directo. Por ello no debiera impedirse al órgano persecutor acreditar las razones de contexto que expliquen de modo racional y consistente los cargos atribuidos al acusado, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos. Esta discusión ha sido especialmente importante en el caso de los denominados "testigos de contexto".

En lo que dice relación con los hechos públicos y notorios[305] –que en muchos casos se busca que ingresen al juicio por la vía de las convenciones probatorias– cabe recordar que ya el artículo 89 del CPC autoriza al tribunal a fundar su resolución sin necesidad de prueba. Así, el cargo público del imputado notoriamente ejercido por una persona en un determinado lapso de tiempo, o una cierta circunstancia que es de público conocimiento –como un terremoto o una pandemia–, podrían ser excluidas de la carga de su prueba en base a esta causal, lo que no siempre es aprovechado por los acusadores.

4.4.3. Prueba testimonial y documental con fines puramente dilatorios

El inciso segundo del artículo 276 establece que si el tribunal estima que la prueba testimonial y documental, en la forma que ha sido ofrecida, produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá que el respectivo interviniente *reduzca* el número de testigos o documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del TJOP. El predicado "pertinencia sustancial" está referido tanto a los hechos como a las circunstancias y, a diferencia del supuesto previsto en el inciso primero ("impertinencia manifiesta"), aquí sí existe vinculación de la prueba testimonial o documental ofrecida con aquellos, pero ella no es de carácter sustancial o principal.

304 HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 45.

305 Sobre este concepto en la doctrina procesalista, MATURANA y MONTERO (2010), pp. 851 y ss. También, HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 46 y ss.

Es claro que el objeto de esta disposición es evitar la prueba redundante, pero solo cuando se trata de acreditar hechos o circunstancias *no* pertinentes sustancialmente con las imputaciones de la acusación. A *contrario sensu*, habría que entender que tal restricción no opera respecto de la acreditación de aquellos que sí lo son.

El legislador ha tenido la cautela de no imponer restricciones respecto de los hechos y circunstancias principales de la acusación por la diferencia de matices o aspectos que puede tener la prueba testimonial o documental sobre los mismos. En tal sentido, no resulta admisible que se solicite la reducción de testigos o documentos únicamente en consideraciones numéricas, pues el criterio utilizado por el legislador ("fines puramente dilatorios") obliga a discernir si, en efecto, todos los medios ofrecidos recaen sobre el mismo hecho o circunstancia y en la misma forma. Ello es particularmente importante en delitos complejos, como los económicos o funcionarios, o en los que hay multiplicidad de aristas y acusados.

Por otra parte, varios testigos supone corroboración y contrastación, lo que podría ser útil para el adecuado razonamiento y valoración probatoria por parte del TJOP. Además funciona como garantía para la defensa, en tanto le otorga más posibilidades de contrastación de información en los contrainterrogatorios que realice, pudiendo aprovechar lo señalado en el artículo 330 inciso segundo del CPP en relación a la contrastación del testigo (o perito) con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en juicio, que habitualmente provendrán de otros testigos.

Aunque el artículo 276 no se refiere a la prueba pericial redundante, sí lo hace el inciso primero del artículo 316, cuando señala que el juez de garantía podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio. No queda claro a qué se refiere con "excesivos", pues el criterio cuantitativo, como dijimos a propósito de la prueba testimonial y documental no parece suficiente. En efecto, el perito es un experto o persona con conocimientos especiales en un determinado oficio, ciencia o arte y, a diferencia de los testigos, no declara sobre hechos o circunstancias que ha percibido por los sentidos o escuchado de un tercero. Solo si el informe pericial ha sido elaborado por distintos peritos con las mismas calidades o diferentes pericias han recaído sobre un mismo objeto y analizado bajo las reglas de una misma disciplina podría proceder la reducción de esta prueba. Ello no ocurriría si, por ejemplo, un documento fuera examinado desde una perspectiva contable y, además, caligráfica. Lo anterior vale únicamente respecto de un mismo interviniente o más de uno cuando representen los mismos intereses y no exista discordancia relevante entre los informes expertos. La prueba pericial que es adherida por otros intervinientes solo tiene como efecto que se podrá interrogar y contrainterrogar por turnos al perito según quien lo haya presentado, derecho que no puede ser coartado debido a las posibles dilaciones que ello pueda ocasionar en el juicio oral.

Respecto a la prueba material y los otros medios de prueba no se contempla su exclusión por efectos puramente dilatorios, por lo que cualquier solicitud de exclusión a su respecto debe fundarse en otra causal.

4.4.4. Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas

Para que opere esta hipótesis de exclusión se requiere la existencia previa de una resolución judicial que haya declarado nula la actuación o la diligencia con ocasión de la cual se obtuvo la evidencia cuyo ingreso al juicio oral se quiere impedir, todo ello de conformidad a los artículos 159 y siguientes (Título VII Libro I CPP).

En efecto, no existen las nulidades de pleno derecho, porque el vicio o defecto del procedimiento puede subsanarse por falta de reclamo oportuno, por aceptar el perjudicado de forma expresa o tácita los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumple su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en el caso del artículo 160 (artículo 164). Pero aun en este último caso, el tribunal debe pronunciarse expresamente para que pueda operar la exclusión probatoria en estudio.

En tanto la nulidad procesal solo puede declararse respecto de "actuaciones o diligencias *judiciales*", el ámbito de aplicación de esta hipótesis es bastante reducido atendido que son muy escasas las actuaciones o diligencias que ejecuta el propio juez y que no se trate de resoluciones, cuya forma ordinaria de impugnación son los recursos que franquea la ley[306]. Se ha sostenido que junto a los supuestos de prueba testimonial anticipada y la declaración del imputado ante el juez de garantía que pudiere llegar a servir de prueba para el juicio oral conforme a los artículos 98 y 331 letra d (por ejemplo, por vicios en la notificación), la nulidad también podría solicitarse cuando la prueba se obtiene en base a una medida intrusiva autorizada judicialmente[307]. Sin embargo, puede ocurrir que la orden judicial se otorgue lícitamente, pero se ejecute fuera del marco legal. Dado el tenor preciso de la ley, no cabría solicitar la nulidad procesal de la resolución judicial, pues ella no adolece de vicios. Tampoco cabría hacerlo respecto de las actuaciones o diligencias *practicadas* por los fiscales del Ministerio Público, o sus auxiliares, que tengan su origen en aquella, porque no se trata de actuaciones o diligencias judiciales. Un ejemplo imaginable sería el de una orden judicial que autoriza la entrada y registro de la morada del imputado cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 208, pero el fiscal o policía a cargo la ejecute a las 22:10 horas, esto es, fuera del horario que prescribe el artículo 207.

Por su parte, el artículo 159 requiere que el defecto procesal que se denuncia ocasione al interviniente un perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad (principio de trascendencia)[308], esto es, que limite severamente sus posibilidades de actuación dentro del procedimiento. Cabría preguntarse si el defecto del ejemplo arriba propuesto es de carácter meramente formal o incide en el ámbito de los derechos y garantías que dan lugar a la presunción de derecho del perjuicio en conformidad con el artículo 160.

Parece evidente que las formalidades que establece el legislador para que se pueda ordenar y ejecutar una medida intrusiva buscan asegurar que la afectación del derecho o garantía constitucional respectiva (en el ejemplo, la intimidad o la privacidad) se realicen dentro de límites razonables conforme a la gravedad de la imputación y precaviendo la indefensión del titular del derecho. Es así como la Corte Suprema, en numerosos fallos, ha señalado que la causal del recurso de nulidad prevista en la letra a) del artículo 373 exige trascendencia en los términos del artículo 375, esto es, que la infracción o vicio debe ser de tal entidad que importe un desconocimiento del núcleo esencial de la garantía. A modo de ejemplo, podemos citar el considerando séptimo de un fallo de 2012: "[q]ue, asimismo se ha señalado que el referido arbitrio debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre los cuales se encuentra el llamado 'principio de trascendencia' que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la transgresión que funde un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de tal entidad que importe un perjuicio al litigante afectado que conduzca a

306 Sobre el origen de este precepto y modificaciones en el Senado, HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 206 y ss.

307 Así, HERNÁNDEZ (2002), pp. 44 - 48.

308 TAVOLARI (2000), p. 264; HORVITZ y LÓPEZ, 2004, pp. 392 y ss.

la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta. En otras palabras, se requiere que el vicio sea sustancial, trascendente, de importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrabe, limite o elimine el derecho preterido"[309].

De lo dicho precedentemente, se desprende que el principio de trascendencia, aunque controvertido en su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia[310], permite argumentar en contra de la sustancialidad del vicio o infracción a un derecho o garantía, sosteniendo que ellos no han supuesto la pérdida o merma concreta de una oportunidad o inmunidad, situación o expectativa procesal y que, en consecuencia, no pueden considerarse un detrimento concreto al derecho de defensa[311], razonamientos que también valen para la denominada prueba ilícita.

Lo que está claro es que si la nulidad procesal de la respectiva actuación o diligencia no ha sido declarada judicialmente de forma previa, el juez de garantía no puede excluir prueba por esta causal en la audiencia de preparación del juicio oral.

Asimismo, tampoco podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 161).

4.4.5. Exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales

La prueba ilícita, también denominada "prohibiciones probatorias", no está expresamente reconocida en el CPP, sino solo de modo indirecto a través de la regla del inciso tercero del artículo 276, que autoriza al juez de garantía para excluir aquellas pruebas que hubieran sido *obtenidas* vulnerando garantías fundamentales. Aquí nos limitaremos a la posibilidad de exclusión probatoria por ilicitud, esto es, aquella cuya rendición en juicio no resulta admisible dejando fuera, por tanto, toda la discusión sobre las prohibiciones de valoración o de "inutilizabilidad" de la prueba por el TJOP[312].

La regla de exclusión citada presupone dos requisitos copulativos: primero, la inobservancia, durante la investigación de algún delito, de una norma de rango constitucional o legal que asegura garantías o derechos fundamentales; segundo, dicha infracción ha de estar causalmente vinculada con la obtención de un medio de prueba que se quiera hacer valer en el juicio oral.

A los requisitos legales podría añadirse uno de carácter jurisprudencial, examinado en relación con la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas, a saber, que la infracción del derecho ha de ser sustancial, trascendente[313]. La entrada y registro en un lugar habitado, por ejemplo, ciertamente es una diligencia que afecta el derecho fundamental a la privacidad e inviolabilidad del hogar y, por ello, debe ser

309 Corte Suprema, Rol Nº 7913-2012, de 31 de diciembre de 2012. También: Corte Suprema, Rol Nº 3319-2002, de 29 de octubre de 2002; Rol Nº 6631-2007, de 30 de enero de 2008; Rol Nº 2866-2013, de 17 de junio de 2013; Rol Nº 4909-2013, de 17 de septiembre de 2013; Rol Nº 21.408-2014, de 8 de septiembre de 2014; Rol Nº 1323-2015, de 24 de marzo de 2015; Rol Nº 31025-2016, de 18 de julio de 2016; Rol Nº 76.424-2016, de 28 de noviembre de 2016, entre otras.

310 Críticamente sobre la interpretación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, DEL RÍO (2018), pp. 322 y ss.

311 DEL RÍO (2018), p. 344.

312 Sobre el particular, HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 199 y ss, 210 y ss.

313 Ver "4.4.3. Debate sobre la prueba ofrecida: exclusión de pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas". Este elemento ha sido más bien abordado a propósito del recurso de nulidad cuando la causal invocada es la letra a) del artículo 373 y la infracción ha consistido en la valoración de prueba considerada ilícita.

autorizada judicialmente. Pero cabe la posibilidad de que la infracción no sea de aquellas que inciden de modo directo y esencial en el derecho, como podría ser que la diligencia se ejecute minutos después de las 22 horas (artículo 207), o en que se haya incurrido en molestias innecesarias al interesado (artículo 214).

Son numerosos los fallos que se han pronunciado sobre esta materia a propósito del recurso de apelación que puede interponer el Ministerio Público por la exclusión de pruebas de cargo en virtud del inciso tercero del artículo 276 (artículo 277).

Un primer grupo se pronuncia sobre la exclusión de testigos por infracción al derecho de defensa, del debido proceso y de la prohibición de sorpresa. La Corte de Apelaciones de Santiago, por ejemplo, rechazó un recurso de apelación deducido por el órgano persecutor contra la resolución del juez de garantía que ordenó la exclusión de una testigo de cargo por presunta vulneración de garantías fundamentales, consistente en no haberse motivado el cambio de estatus de imputado a testigo de una persona. En su fallo señala:

"Que, del análisis precedente, aparece claramente la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de consignar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identidad de los partícipes en la comisión de un hecho punible, en forma detallada, lo que se concreta, en la obligación de hacer constar el estado de las personas, cosas o lugares y la obligación de identificar a los testigos del hecho investigado y de consignar sus declaraciones. Estas cuestiones son propias de la obligación que la ley impone al persecutor de sociabilizar a las defensas todos los antecedentes acumulados durante la investigación. Este deber responde al derecho que tiene el inculpado a una debida defensa, que se materializa no sólo en la asistencia letrada, sino que también, en el derecho a conocer con detalle el hecho imputado y los elementos de cargo que sirven para sustentarlo; asimismo, no basta con la mera indicación del nombre de un testigo, puesto que en el caso concreto se trata del nombre de una persona que en un principio aparece como imputada y luego de declarar ante el Fiscal, se transforma en testigo, sin conocerse en parte alguna de la investigación las razones que motivaron el cambio cuestionado. El mismo artículo 93 del Código Procesal Penal, en su letra e), reconoce el derecho del imputado a imponerse del contenido de la investigación, ésta debe estar realizada de tal forma, que no sólo contenga todos los elementos en que el fiscal funda su acusación, sino al mismo tiempo que le permita construir de manera clara y precisa la teoría del caso que someterá a conocimiento del Tribunal Oral en lo Penal. En definitiva, el ejercicio del derecho de defensa debe estar desprovisto de cualquier elemento de sorpresa" (considerando séptimo).

"Que, como se ha dicho, existen ciertas obligaciones del Ministerio Público como aquella de motivar como un imputado pasa a ser testigo, lo que sirve no sólo a las ya señaladas cuestiones de credibilidad, sino que dan certeza también al examen que de las pruebas debe realizar el tribunal oral, y evitar se escuche prueba contaminada o ilegal, la que debe ser excluida en la audiencia intermedia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal, todas razones por las cuales la sentencia recurrida debe ser confirmada" (considerando octavo)[314].

Por su parte, la Corte de Apelaciones de San Miguel revocó la resolución del juez de garantía que dispuso la exclusión de la testigo víctima del auto de apertura en un procedimiento simplificado por no constar su declaración formal en la carpeta investigativa, alegándose vulneración del derecho de defensa y del

314 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5649-2018, de 28, de diciembre de 2018.

debido proceso al no poderse contrastar sus dichos en el juicio oral. En su resolución la corte objetó dicha argumentación indicando que:

"(...) la prerrogativa de la defensa para interrogar y contrainterrogar, en especial la testimonial que se invoca para su contrastación de modo pertinente, no es un arbitrio utilizable a todo evento, según refiere el citado artículo 332 (...)". Añadiendo que "(...) se ha constatado que la actuación policial materializada a través del parte denuncia, está debidamente registrada mediante el acta, informe o diligencia correspondiente, en el cual se contiene una relación circunstanciada de los hechos que motivaron la investigación, aportada por las mismas víctimas, y en los cuales se singulariza a ambas" "(...) de donde se sigue que no es posible concluir que estemos frente a la incorporación de una prueba que pueda resultar sorpresiva o que pueda amagar el derecho de defensa por desconocimiento absoluto de aquella"[315].

En otro fallo, la misma corte ratifica este criterio y desecha el carácter de ilícita de la prueba testimonial respecto de la cual no consta su declaración en la carpeta. Como fundamento indica que la defensa conoce la identidad y calidades del testigo, también los puntos de prueba sobre los que recaerá su declaración, "(...) por lo que no se observa impedimento u obstaculización de la adecuada preparación de la defensa, sea a través de la interrogación o contrainterrogación del testigo y, por ende, tampoco alguna posible vulneración al debido proceso o el derecho de defensa del acusado". Agrega "(...) que el Código Procesal Penal no exige una declaración previa de los testigos ante el Ministerio Público o los jueces de garantía como requisito esencial o habilitante para que luego puedan comparecer a declarar en el juicio oral en calidad de testigo hábil. Es más, el artículo 329, expresamente dispone que la declaración personal del testigo durante la audiencia del juicio oral no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieran"[316].

A su vez, la situación del coimputado que incrimina a los copartícipes por el mismo delito por el cual está siendo encausado debe ser clarificada. La posición que no admite en general la declaración del coimputado como testigo se funda en la sospecha de autointerés y de ahí que solo suela admitirse cuando este haya sido absuelto respecto del hecho por el cual haya sido juzgado juntamente con otros, o se trate de procedimientos por delitos distintos entre sí, pero conectados directamente. De no ser así, solo podría declarar como imputado[317]. Sin embargo, existiendo libertad de prueba y no habiendo ninguna restricción procesal respecto a la declaración inculpatoria de coimputados, esta cuestión solo debiera tener relevancia en el nivel de la credibilidad y consistencia del relato, esto es, en el ámbito de la valoración de la prueba por el tribunal del fondo[318]. En efecto, en el derecho procesal penal chileno no existen los testigos inhábiles (artículo 309 inciso 1°). Nada obstaría a que su declaración pueda ser asimilada a la de un testigo porque, como señala De Diego Díez, "también son sospechosos en su credibilidad los familiares, amigos y enemigos de la víctima o del acusado, la propia víctima del delito, así como todos aquellos que estén subordinados o tengan relación de dependencia respecto de alguno de los implicados; y, no obstante, pueden y suelen ser interrogados como testigos"[319]. Un coimputado que ha sido objeto de una salida alternativa, un procedimiento abreviado o de un sobreseimiento puede

315 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 3318-2020, de 16 de octubre de 2020, considerandos 5°, 7° y 8°.

316 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 2636-2021, de 8 de noviembre de 2021, considerando cuarto.

317 DÍAZ PITA (2000) citando a Miranda Entrampes, p. 400.

318 Así, DÍAZ PITA (2000), pp. 401 y ss.

319 DÍAZ PITA (2000) citando a De Diego Díez, pp. 401 y ss.

declarar como testigo en el juicio siempre que conste su cambio de calidad en el proceso, pues a diferencia del imputado debe "declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración" (artículo 298, inciso primero), para lo cual está obligado a declarar bajo juramento o promesa (artículo 306). Que la declaración del coimputado es válida en nuestro derecho se ve refrendado por la circunstancia que existe algún supuesto en que, bajo ciertas circunstancias, se puede introducir como prueba al juicio la declaración de coimputados rebeldes (artículo 331, letra d). Por consiguiente, formalmente es necesario hacer constar el cambio de estatus de imputado a testigo a fin de que las partes puedan ejercer las facultades y derechos que les corresponda por dicho cambio de calidad.

Un segundo grupo de fallos discurre en torno al requisito de causalidad entre infracción y obtención de prueba de cargo y sus límites, en especial los problemas que genera la denominada "prueba derivada", esto es, aquella que si bien tiene conexión con la prueba obtenida ilícitamente permite, empero, sostener cierta independencia de aquella. Esta cuestión no es pacífica en la doctrina y ha recibido atención a través de la "teoría de los frutos del árbol envenenado"[320]. Se trata, en definitiva, de determinar si la ilicitud de la prueba primaria se comunica o no a la derivada y, como parece evidente, la existencia o inexistencia de la conexión causal y de su relevancia para el derecho afectado ha de ser resuelto caso a caso[321].

Así, la doctrina de la *fuente independiente* autoriza a emplear la prueba derivada distinguiendo entre aquellos casos en que, establecida la ilegalidad primaria, la evidencia secundaria se ha obtenido por la explotación de tal ilegalidad o, por el contrario, a través de medios suficientemente distinguibles como para entenderla expurgada de su mancha original[322]. La Corte Suprema ha reconocido esta excepción a la regla de exclusión en diversos fallos[323].

Por su parte, el criterio del *descubrimiento inevitable* se refiere a aquellos casos en que, si bien la evidencia derivada tiene conexión causal con la primaria, el tribunal puede predecir, con cierto grado de certeza, que aquella conexión es irrelevante, porque, de no haber existido, la evidencia habría podido obtenerse de todas formas a través de actos investigativos lícitos en curso[324]. La Corte Suprema también ha acogido este criterio[325].

Una siguiente distinción la expone la doctrina del *vínculo atenuado*, la cual admite prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando la conexión entre la ilegalidad original y la evidencia secundaria es demasiado tenue, lo que puede ocurrir por falta de proximidad temporal entre ambas, la extensión de la cadena causal entre una y otra, la concurrencia de un acto voluntario del titular del derecho, entre otros criterios. Un caso de la jurisprudencia norteamericana que aplicó esta doctrina estuvo referido a la confesión de una persona ilegalmente arrestada quien admitió el delito varios días después de haber sido dejado en libertad y mientras esperaba el juicio[326].

320 HERNÁNDEZ (2002), p. 76; MIRANDA ENTRAMPES (2003), p. 110; HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 219 y ss.

321 MIRANDA (2003), p. 111.

322 HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 220 - 221, citando el precedente de la Corte Suprema norteamericana Wong v. United States.

323 Corte Suprema, Rol Nº 2708-2012, de 29 de mayo de 2012; Rol Nº 6711-2012, de 7 de noviembre de 2012; Rol Nº 7872-2012, de 24 de diciembre de 2012, entre otras.

324 HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 221 - 222.

325 Corte Suprema, Rol Nº 11.767-2013, de 30 de diciembre de 2013.

326 HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 222 - 223.

La Corte Suprema ha señalado que las teorías de excepción a la regla de exclusión se fundarían en la circunstancia de que, en algunos casos, rechazar la prueba ilícita podría resultar excesivo, vulnerándose el principio de proporcionalidad que pondera la gravedad del hecho punible investigado con la intensidad de la vulneración de un derecho. En su fallo de 31 de diciembre de 2013, Rol N° 11.482-2013, señaló que "(...) el derecho violentado se refería a no haber dado a conocer al imputado sus derechos una vez que confesó su participación en un delito, lo que más tarde se corrigió, renovándose su confesión con todas las garantías legales, infracción que, en consecuencia, pasó a ser secundaria ante la gravedad del delito que siempre siguió siendo el mismo, una violación con homicidio y agravantes de alevosía y premeditación concurrentes" (considerando cuarto). En otro fallo[327], el alto tribunal invoca nuevamente el principio de proporcionalidad junto al de buena fe[328], afirmando que no se puede sostener una postura demasiado rígida sobre la materia y que "la existencia de una prueba ilícita no significa directa e inmediatamente la nulidad de una actuación, sino que es preciso traspasar, primero, el cedazo de la preparación y, luego, el de la trascendencia que el legislador nacional impuso en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, sin descuidar tampoco el sistema de valoración probatorio y la disposición constitucional del artículo 19 N° 26 que impone a todos los ciudadanos la obligación de tolerar ciertas restricciones en sus derechos, en tanto no se vulnere el núcleo esencial del mismo" (considerando quinto).

Con relación a la prueba ofrecida por la defensa, la posibilidad de solicitar su ilicitud está determinada por aquellos casos en que sea posible acreditar su obtención mediante algún medio ilícito, como la coacción, el engaño o la falsedad. En tales casos, a pesar de que el origen y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita está relacionada con la actuación torcida de los órganos estatales, nada impide que pueda solicitarse la exclusión de dicho ofrecimiento de prueba cuando sea posible acreditar su obtención mediante medios ilícitos. Por otro lado, debe considerarse que los funcionarios de la Policía de Investigaciones se encuentran impedidos de realizar informes periciales para las defensas de los imputados en los procesos penales (dictamen 11.406, de 2011, de la Contraloría General de la República), lo que podría extenderse a otros organismos auxiliares de la administración del Estado.

4.5. Unión y separación de acusaciones

El juez de garantía posee la facultad de unir acusaciones diversas formuladas por el Ministerio Público, cuando considere conveniente someterlas a un mismo juicio oral por referirse a un mismo hecho, a un mismo imputado o porque debieren ser examinadas unas mismas pruebas, siempre que ello no perjudique el derecho de defensa del o de los acusado(s). En estos casos debe decretar la apertura de un solo juicio oral (artículo 274 inciso 1° CPP).

Por otro lado, dicho tribunal también puede disponer la separación de acusaciones, y dictar autos de apertura de juicio oral separados, para distintos hechos o imputados comprendidos en una misma acusación. Esto, cuando: a) de ser conocidos tales hechos en un mismo juicio oral pudieren provocarse graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio; o, b) detrimento al derecho de defensa. En ambos casos, cuando ello no implique el riesgo de provocar decisiones contradictorias.

327 Corte Suprema, Rol N° 2576-2011, de 11 de mayo de 2011.

328 Sobre este criterio, ver HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 224 - 225.

Se advirtió, ya en la Cámara de Diputados, que esta facultad del juez podía "desarmar la estrategia del fiscal" con la presentación de su acusación. En efecto, se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, sobre lo siguiente: "La Comisión no tuvo inconvenientes respecto de que esta disposición pudiera desarmar la estrategia del fiscal, al modificar la acumulación o desacumulación de acusaciones propuesta por éste, porque el sentido de esta norma es que el fiscal sea quien las plantea y, excepcionalmente, el juez puede modificarlas"[329].

De esta forma, el legislador estimó que la solicitud para unir o separar acusaciones estaba entregada a la iniciativa del fiscal y que, solo excepcionalmente, el juez podía decretarla cuando se cumplieran los requisitos legales establecidos para ello.

Si bien por otra vía, la separación de acusaciones ocurrió en una causa ya examinada anteriormente, en la que el Ministerio Público había agrupado investigaciones sobre hechos cometidos por una pluralidad de personas, pero en distintos territorios jurisdiccionales[330]. Ante la solicitud de incompetencia propuesta por las defensas, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió la contienda estableciendo que había cuatro tribunales competentes, cada uno de los cuales debía abocarse al conocimiento de distintos hechos contemplados en una misma acusación[331]. Dicha situación no solo obligó al Ministerio Público a corregir su acusación ante cada uno de los tribunales competentes por la vía de vicios formales, sino que también afectó su estrategia procesal de mostrar un patrón de conducta de los acusados en los diferentes hechos que abarcaba su acusación. Pero, por otro lado, la extensión de al menos uno de los juicios orales[332], da cuenta de las dificultades que hubiera debido enfrentar un TJOP para juzgar todos los hechos agrupados por el ente persecutor a la luz, además, de las innumerables incidencias que suelen suscitarse en el caso de delitos complejos[333].

Ello demuestra la importancia de tener en consideración la variable de territorialidad a la hora de agrupar investigaciones (artículo 185) y deducir una sola acusación en contra de unos mismos acusados respecto de hechos conexos, pero perpetrados en distintos territorios jurisdiccionales.

5. Auto de apertura del juicio oral

Con relación al auto de apertura del juicio oral resulta particularmente relevante la justificación de la decisión legislativa de conceder recurso de apelación únicamente al Ministerio Público.

329 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, discusión particular, p. 1454.

330 9° TG de Santiago, RUC 1300384594-4, RIT 9458-2013, de 25 de enero de 2021.

331 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3212-2018, de 23 de julio de 2018.

332 Causa Rol N° 96-2019, de 20 de julio de 2022, seguida ante el 5° TJOP de Santiago, cuya duración se extendió desde agosto de 2019 hasta marzo de 2022, sin perjuicio de su suspensión por más de un año en razón de la pandemia.

333 A la fecha de redacción de este trabajo, en dos de los juicios orales los acusados fueron absueltos y en el tercero, solo uno de los acusados fue condenado por dos delitos. Aún se encuentra pendiente el cuarto juicio oral (fallo 3er TJOP de Santiago, RIT N° 286-2018, de 7 de febrero de 2019, contra P. S. y otro; fallo del TJOP de Colina, RIT N° 1-2019, de 2 de mayo de 2029, contra M. O. y otros; fallo del 5° TJOP de Santiago, RIT 96-2019, 20 de julio de 2022, contra M. T. y otros. Falta aún el juicio oral por los hechos de Cerro Navia, contra L. P. y otros).

Esta facultad se corresponde con la circunstancia de que corresponde al órgano persecutor acreditar "más allá de toda duda razonable" los hechos de su acusación, de modo que la exclusión en la audiencia de preparación del juicio oral de importante prueba de cargo lo dejaría en la situación de no satisfacer dicho exigente estándar en el juicio oral.

De lo expuesto, también, se explica que se faculte al Ministerio Público a que, en el caso de mantenerse la exclusión de prueba esencial ofrecida por resolución firme, pueda solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez de garantía (artículo 277, inciso final).

En los hechos, esto implica que los fiscales deben efectuar una valoración ex ante del peso de la prueba susceptible de exclusión de modo de adoptar una decisión oportuna y adecuada en dicho escenario que no lo arriesgue a un fallo absolutorio y una condena en costas.

6. Audiencia intermedia

La Ley Nº 21.394, de 30 de noviembre de 2021, introdujo un nuevo artículo –el 280 bis– al CPP, con la designación de "audiencia intermedia"[334].

Este artículo autoriza a realizar una serie de actuaciones procesales no obstante haberse fallado el recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio oral o, inclusive, habiendo transcurrido el plazo para interponerlo, e incluso antes de su envío al TJOP competente.

Tales actuaciones son la solicitud, por cualquiera de los intervinientes, de:

1. la aplicación del procedimiento abreviado;

2. la suspensión condicional del procedimiento;

3. acuerdos reparatorios, o

4. el arribo de convenciones probatorias.

En estos casos podrá solicitarse al juez de garantía, por una única vez, la realización de una nueva audiencia, a efectos de resolver dicha solicitud, y esta solicitud suspenderá el plazo de remisión del auto de apertura al TJOP competente.

La ley requiere que la solicitud de nueva audiencia se realice de común acuerdo entre los intervinientes que corresponda:

1. de conformidad a lo previsto en el artículo 237, si la solicitud se tratare de la aplicación de una suspensión condicional del procedimiento;

334 Lo que obligará a diferenciar esta denominación con la audiencia de preparación del juicio oral, habitualmente designada por la literatura comparada, también, como "audiencia intermedia".

2. en el artículo 241, si se tratare de la aplicación de un acuerdo reparatorio;

3. en el artículo 275, si se tratare de convenciones probatorias, o

4. en el artículo 406, si se tratare de la aplicación de un procedimiento abreviado.

Efectuada la solicitud, el juez de garantía deberá citar a la respectiva audiencia al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, si lo hubiere, dentro del plazo de cinco días contados desde la solicitud.

Finalizada la audiencia, el juez de garantía procederá conforme a las reglas generales. En el caso de arribarse a convenciones probatorias, el tribunal procederá a la dictación de un nuevo auto de apertura del juicio oral.

El fundamento de esta nueva disposición legal, dictada con ocasión de la pandemia, pareciera radicar en el propósito del legislador de enfrentar los nudos generados por la suspensión de los procedimientos penales y promover, en última instancia, la posibilidad de arribar a salidas alternativas (*latu sensu*) o en convenciones probatorias que eviten o simplifiquen el desarrollo del juicio oral.

CAPÍTULO VII

ALEGATOS DE APERTURA
Y CLAUSURA EN EL JUICIO ORAL

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Introducción

En esta sección se aborda en detalle la fase inicial y final del juicio oral, esto es, los alegatos de apertura y clausura. Ambas etapas se caracterizan por ser los intervinientes quienes se dirigen, a través de la palabra, directamente al tribunal. Durante el resto del juicio, la prueba ocupa el lugar prioritario y solo en la medida en que los intervinientes interactúan con ella, es que están habilitados para actuar. Esta característica se deriva del carácter "compartimentalizado"[335] del proceso, en el sentido de estar constituido por etapas sucesivas en las que la ley dispone una actuación diferenciada por parte de los intervinientes.

La relevancia de ambos discursos se comprende al constatar que la prueba que se rinde en juicio proporciona al tribunal una historia *parcelada* de lo que ocurrió. En este sentido, puede compararse la evidencia con "islas de información", cada una codificada en un lenguaje particular. Si a lo anterior se suma el hecho de que el tribunal no solo debe valorar la información que cada prueba proporciona, sino su credibilidad y autenticidad, el asunto se torna más complejo.

No existiendo entonces una forma unívoca de interpretar la evidencia (ni de valorarla), los alegatos de apertura y clausura constituyen las instancias por excelencia para dirigirse al tribunal explicándole cómo se debe valorar la prueba[336].

Mientras en el discurso de apertura el énfasis está ubicado en la oportunidad para los litigantes de presentar su teoría del caso al tribunal debido a que por medio de este tomará por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso de la parte, permitiendo crear una primera impresión del caso, indicándole al tribunal a qué medio probatorio poner mayor atención en el transcurso del juicio dada cierta teoría del caso. Se presentarán los hechos del caso, proporcionando un relato convincente y coherente que *hile* y funcione de referencia para el momento en que la evidencia efectivamente se incorpore. En el alegato de clausura lo que se busca es proveer al tribunal de un análisis completo de la prueba que se ha rendido en juicio, qué proposiciones fácticas se verifican y qué calificación jurídica es la que se corresponde con ellas.

En ambos momentos, los intervinientes deben realizar esta tarea de una manera eficaz, cuidando que el tribunal permanezca atento a la narración y teniendo presente las debilidades de la propia teoría del caso, así como las ventajas respecto de la teoría de la contraria. Como se verá, concitar la atención del tribunal, no es una cuestión que deba solicitarse al tribunal, sino una consecuencia que se produce si es que se enfatiza el uso de descripciones objetivas unívocas y con poder evocativo, y no se cae en usos rituales excesivos que no trasunten las particularidades del caso.

Finalmente, se aborda con cierto detalle la importancia de las proposiciones fácticas y de la prueba directa e indirecta en relación con la teoría del caso que se defienda, así como la correlación entre ambas instituciones.

335 BLANCO *et al.* (2021), p. 132.

336 BAYTELMAN y DUCE (2004), p. 333.

2. El alegato de apertura

2.1. Concepto y objetivos

El alegato de apertura está regulado en nuestro medio de manera breve en los artículos 325 y 326 del CPP. La primera de estas normas dispone que una vez que el tribunal haya dado cuenta de las acusaciones contenidas en el auto de apertura, haya advertido al acusado que debe estar atento a lo que oirá, y que hubiera dispuesto el abandono de la sala de los testigos y peritos del caso, el juez presidente le concederá "la palabra al Fiscal, para que exponga su acusación". Enseguida, se le dará la palabra al querellante, si lo hubiere, para que "sostenga su acusación". Finalmente, el artículo 326 del CPP regula el discurso de apertura del abogado defensor quien podrá "exponer los argumentos en que fundare su defensa".

Este momento es el primer encuentro que los jueces tienen respecto del asunto que deberán resolver. Es cierto que previamente se ha dado lectura al auto de apertura que contiene los hechos de la acusación que deben ser objeto del juicio oral, pero la información contenida en el mismo es escasa, y cumple un propósito procesal más que expositivo. Por lo mismo, se trata de un momento vital que debe ser empleado por el interviniente para proporcionar al tribunal un relato coherente que contenga los hechos más relevantes del asunto, la teoría del caso defendida y sus principales pilares[337].

Se ha señalado que el alegato de apertura constituye un mapa que es proveído a los jueces para que *naveguen* luego en la etapa probatoria[338], o unos anteojos que son instalados, con mayor o menor éxito por parte del interviniente, ante-los-ojos de los jueces para que observen la prueba con una mirada similar a la del expositor[339]. Lo cierto es que el discurso de apertura es la instancia en la que el litigante ofrece un relato coherente, verosímil y convincente acerca de los hechos que motivan el juicio, y un punto de vista particular desde donde darle sentido a la prueba que se presentará en la siguiente etapa. En la etapa probatoria la evidencia es incorporada al proceso una a una, sin una relación o explicación que preceda a su inclusión, de manera que los jueces deben ir hilando las piezas de evidencia de alguna manera.

Un buen alegato de apertura se adelanta a esta dificultad y proporciona un continente robusto que permita a los magistrados facilitar e intencionar las interpretaciones de sentido entre cada una de las pruebas. Sin embargo, la importancia del discurso de apertura no se acaba aquí, porque de lo que se trata no es solo de favorecer la *conexión de sentido* entre cada prueba, sino, antes bien, de ofrecer un modo sobre cómo *interpretar* el contenido de la prueba misma.

Por otra parte, el discurso de apertura es uno de los elementos que sirve para fijar la pertinencia de la actuación del interviniente durante juicio oral. Si, por ejemplo, en este momento se adelanta la importancia de un detalle específico a propósito de un elemento probatorio, que no es evidente y por lo mismo pasaría desapercibido si no fuere destacado en esta oportunidad, en el caso que la contraria objetara una pregunta vinculada a ese detalle –aparentemente desconectado de la controversia del proceso– podría el interviniente

337 BLANCO *et al.* (2021), p. 134.

338 BAYTELMAN y DUCE (2004), p. 334.

339 LORENZO (2012), p. 163.

defender su pregunta invocando la teoría del caso que fuera expuesta en la apertura. A *contrario sensu*, lo no dicho en este momento, y que además no se entienda contenido en la acusación o en la contestación, según corresponda, debe ser empleado para ejercer el principio de contradicción con respecto a la contraparte, objetando por impertinente la pregunta[340].

Como último punto, se hace presente que en general en el alegato de apertura no se realizan mayores ejercicios argumentativos, sino una exposición para ofrecer la prueba y la forma como apreciar la misma por parte del juzgador, la que debe ser realizada, además, teniendo presente que la credibilidad de la propia teoría del caso se construye desde este preciso momento. Un alegato que no está bien preparado, que no es verosímil, que redunda en un discurso excesivamente emotivo o político, afectará gravemente la posición defendida en el juicio. En todo caso, no hay una norma que impida un ejercicio argumentativo en el alegato de apertura, el cual podría ser pertinente en casos de cierta complejidad, así como en aquellos con prueba indirecta, para facilitar la comprensión acerca de la forma en que se cumplirá la promesa.

2.2. Metodología

2.2.1. Orden y sistematización

En este apartado proponemos una estructura de alegato de apertura. Como idea inicial, sin embargo, es importante considerar que la estructura puede variar dependiendo de las particularidades que tenga el caso, así como de la técnica propia y costumbre que tenga cada litigante. La explicación detallada de cada uno de los contenidos será abordado en el apartado correspondiente más adelante.

1. Presentación de un tema, idea movilizadora o etiqueta. Como punto de partida es conveniente invocar un tema que permita al tribunal detenerse y tomar conciencia de la importancia del asunto que conocerá. Pueden, también, invocarse estadísticas o valores jurídicos penalmente relevantes.

2. Relación de los hechos por los que se ha acusado. Si bien se ha dado lectura al auto de apertura es importante referirse a los hechos, pero no de manera automática, sino a través de descripciones objetivas y sencillas, unívocas y con poder evocador. En este punto se deben introducir las proposiciones fácticas y las circunstancias de contexto que sean relevantes para los hechos centrales del caso.

3. Presentar las principales personas que intervienen. No es necesario hacerlo separado del punto anterior.

4. Humanizar a la víctima y principales testigos. Basta con una descripción objetiva acerca de quienes son y su relación con los hechos. El relato sobre la víctima es esencial, no así sobre los testigos.

5. Introducir la prueba más relevante. De manera breve y objetiva, sin referirse al contenido mismo de cada evidencia, sino a su "continente".

340 LORENZO (2012), p. 137.

6. Referirse a la calificación jurídica solo de manera excepcional. El alegato de apertura se trata de una exposición de hechos, sin embargo, en algunos casos en que, por ejemplo, lo discutido sea particularmente un asunto de esta índole, se deben adelantar los principales fundamentos de la posición defendida.

7. Adelantar debilidades. Sobre todo si se prevé que la contraria la conoce y que de revelarla causará más daño a la teoría propia que si uno mismo adelanta esa información.

8. En caso de que la acusación se sostenga en pruebas "indirectas" o indiciarias, anunciar al tribunal que se recurrirá a este ejercicio probatorio.

9. Finalizar con peticiones concretas.

2.2.2. Énfasis y persuasión

Como idea fundamental debe tenerse presente que las personas concentran su atención en la parte inicial y final del mensaje, hallazgo que se conoce como principio de primacía y novedad[341], por lo que un comienzo fuerte es prioritario. Lo anterior implica que es aconsejable abandonar las prácticas tan arraigadas de las aperturas que abren a través de fórmulas rituales idénticas para todos los casos. Aquellas no concitan la atención del tribunal, que está acostumbrado a escuchar la misma frase al inicio de innumerables juicios y por ello ha perdido novedad y fuerza para concitar la atención. La Fiscalía puede o bien elegir adaptar una fórmula ritual al caso concreto, agregando elementos que son particulares del caso, o bien realizar un inicio distinto, invocando, por ejemplo, estadísticas, valores, etc. Por ejemplo, en un caso de delito sexual cometido en el seno de una familia podría comenzarse señalando:

Los hechos que hoy ponemos en conocimiento de este tribunal lamentablemente no constituyen una situación excepcional en nuestro país. De hecho y de acuerdo con la UNICEF, más del 70% de los casos de abuso sexual denunciados en Chile se trata de imputados familiares o conocidos de la víctima.

Con un inicio como el anterior se le está haciendo ver al tribunal que el caso que deben juzgar está inmerso en una realidad mayor, en la que el proceso penal ciertamente tiene algo importante que decir. Pero además se ha logrado comunicar una idea un poco más sutil: por muy contraintuitivo que sea para la generalidad de las personas el hecho de que una persona –normalmente un padre, un tío o un abuelo– abuse sexualmente de un pariente, por desgracia se trata de la generalidad de los casos del género abuso sexual. Así, dentro de esta generalidad, el caso que se ha traído este día a juicio es uno más.

Como se indicó, otra forma de concitar la atención del tribunal es referirse a las particularidades del caso. En un caso de homicidio, por ejemplo, es aconsejable dedicar un tiempo para relatar quien era en vida la víctima del delito: que hacía, quienes componían su familia, su edad, estado de salud, quienes son sus deudos, y en general todos aquellos detalles que contribuyen a que los jueces llenen de contenido la imagen lejana y teórica de la "víctima del delito", representando, en la medida de lo posible, a la persona de carne y hueso cuya vida fue segada.

341 FONTANET (2010), p. 45.

Las particularidades, además de atraer la atención de los oyentes, como se verá más adelante, los acerca al proceso, de manera que deja de ser "un caso más de homicidio" y se trata, ahora, del homicidio de una persona muy en concreto que ha sido recreada en las mentes de los juzgadores, gracias a la descripción hecha por el litigante. La representación tiene la virtud, también, de pervivir al momento de la apertura, extendiéndose y resonando a lo largo de todo el juicio oral.

Finalmente, hay ciertos casos que escapan de la cotidianidad de asuntos que incluso el sistema penal está acostumbrado a ver. Se trata de procesos por los delitos más graves –en términos de penalidad– que contempla nuestro ordenamiento jurídico. En estas situaciones es posible iniciar la apertura dando cuenta de esta situación excepcional, porque para los jueces desde luego que no es indiferente imponer una pena tan alta como, por ejemplo, la de presidio perpetuo. En un caso de robo con violación, por ejemplo, podría iniciarse de esta manera:

Al derecho penal se le ha asignado conocer solo aquellos casos "más graves" de la vida en sociedad, aquellos que no estamos dispuestos a tolerar, seleccionando a modo de "islas" estas situaciones y sancionándolas de la manera más enérgica que el sistema permite, esto es, a través del sistema penal. El caso que hoy exponemos a S.S. es una "isla" incluso dentro del derecho penal, un caso gravísimo dentro de un sistema que ya sanciona solo los casos "más graves". Lo anterior ha llevado a que, en este caso, se haya acusado por uno de los delitos que tiene asignada, dentro de su marco penal, la pena más alta que concibe nuestro ordenamiento jurídico, a saber, la de presidio perpetuo calificado…

a) Relatos simples y verosímiles

El alegato de apertura es principalmente un relato de hechos, una historia que se narra desde la perspectiva particular de cada interviniente. Como a lo menos existirán dos relatos contados desde veredas opuestas –de lo contrario, no existiría controversia–, se debe cuidar que la historia narrada sea verosímil, creíble, y sencilla. No es el momento de complicar al tribunal con un relato difícil de digerir –bastante complicación probablemente tendrá siguiendo las declaraciones de más de un testigo–. Se debe, entonces, simplificar la información y las explicaciones. Un discurso sencillo, directo y sintético será agradecido por el tribunal.

Esto tiene un doble valor: en primer lugar, entregando un mensaje claro se cautela que la información contenida en el mismo sea recibida en su totalidad y con el sentido y énfasis que el interviniente ha querido otorgarle; en segundo lugar, un discurso sencillo constituye un instrumento, un "marco de referencia"[342], fácil de emplear por parte del tribunal al momento de recibir cada prueba, de manera de poder ir entendiendo la importancia y matices que tiene cada una de las probanzas que se vayan incorporando durante el proceso.

Ligado a la idea anterior, el alegato de apertura debe ser breve, porque en este ámbito "lo que abunda sí daña"[343]. Es tarea de los intervinientes sintetizar el relato lo más posible. La condensación implica que se domina el caso y que se conoce exactamente el objeto preciso de la controversia, y esa idea de dominio será traspasada de manera no verbalizada al tribunal, contribuyendo a dotar su actuación a lo largo del juicio de credibilidad.

342 BLANCO *et al.* (2021), p. 135.

343 LORENZO (2012), p. 163: de lo que se trata es de "identificar claramente dónde está el nudo de la cuestión: la controversia del caso".

b) Énfasis en la descripción objetiva de los hechos

El relato debe priorizar la descripción sintética de imágenes por sobre conclusiones o sensaciones a las que llega, unilateralmente, el interviniente que expone.

Esto que parece difícil de entender, es muy sencillo. Si decimos "elefante rosado" el receptor irremediablemente, y aunque no lo quiera, se imaginará un elefante con esa característica y probablemente provocará en él sensaciones vinculadas a la extrañeza de la imagen. Lo relevante aquí es que la descripción es entregada por el hablante, pero la imagen y las sensaciones que ella produce son generadas en la mente del receptor. Para Steven Goldberg esto es así porque "los seres humanos prefieren aprender visualmente. La mayoría de nosotros, después de escuchar una idea, tratamos de verla en nuestra mente"[344], aunque en nuestra opinión es más preciso afirmar que no es que las personas *traten* de ver lo que aprehenden por medio de los sentidos, sino que no pueden oponerse a que ello ocurra.

Veamos el siguiente caso de homicidio. Una descripción adecuada sería la siguiente:

El acusado apuñaló a la víctima tres veces con un cuchillo en el estómago, mientras el hijo de la última se encontraba presente en la habitación.

Lo dicho textualmente es solo la punta del iceberg de lo imaginado en la mente del receptor y, por lo tanto, del tribunal. Sin decirlo el litigante, el receptor se ha debido imaginar, a lo menos, la sangre de la herida, los gritos de dolor de la víctima, los gritos de dolor del hijo. Todas imágenes que no han sido incoadas expresamente por el hablante, sino "creadas" por el receptor. Esto por una parte, y por la otra, se encuentran las impresiones o sensaciones que se producen: el terror y disgusto que provoca la imagen, la animadversión que se genera irremediablemente respecto de la figura del agresor, su frialdad, etc.

Una de las innovaciones del cine de Hitchcock, fue hacer que el espectador participara en la escena. En vez de exhibir toda la acción, mostraba solo aquellas imágenes necesarias para generar, con ayuda del receptor, toda la escena. Ya no era que el espectador solo viera un homicidio, sino que *participaba* en el mismo, en el sentido de llenar los espacios en blanco con su imaginación, la que era empujada irremediablemente hacia una dirección bien precisa y conocida por el director.

El hallazgo de Hitchcock tiene repercusiones tremendamente relevantes en nuestro ámbito, porque el alegato de apertura, a fin de que sea efectivo, y por lo tanto persuasivo, debe funcionar de una manera parecida a la vista. A través de descripciones objetivas, seleccionadas por su capacidad generadora de contenido en la mente del receptor, se relata lo ocurrido el día de los hechos. Debe cuidarse de no caer en expresiones tales como "la frialdad del agresor", "los hechos que a continuación narraré dan cuenta del terror…", etc. Por el contrario, la "frialdad" y el "terror" son conclusiones o valoraciones a las que llegará el tribunal de manera irremediable, y por su cuenta, si es que se ha escogido de manera adecuada el relato que se transmite.

Otro aspecto positivo de llevar a la práctica este método es que sin lugar a duda el relato suscitará la atención del tribunal. Mientras las descripciones sean concretas, unívocas, en el sentido de generar imágenes bien determinadas, el tribunal estará *participando* del relato, llenando con imágenes y conclusiones los espacios

344 GOLDBERG (1994), p. 140.

dejados en blanco por el hablante. Si está *participando* significa que se ha roto la pasividad del tribunal. Por otra parte, las imágenes, a diferencia de los conceptos abstractos, permanecen en la mente de las personas. Los conceptos abstractos no se encarnan y, por lo mismo, no poseen la fuerza movilizadora necesaria para sacar al receptor de su rol pasivo. Así, las imágenes son visualizadas y por lo tanto "creadas" en la mente (y por la mente) del receptor, que participa activamente en este proceso.

c) Humanizar a la víctima y testigos del proceso

Muchas veces olvidamos que el proceso judicial recae sobre personas concretas. Dentro del discurso, una parte relevante está destinada a introducir a las personas que desempeñan un papel principal en los hechos: la víctima, el imputado y testigos más relevantes. La manera en que sean presentados constituye la primera impresión que tendrá el tribunal acerca de los mismos. Especialmente respecto de la víctima, como se adelantó, es relevante dar cuenta de sus particularidades, para que esa persona deje de ser una "víctima" (del delito de que se trate) en abstracto, y más bien sea Juan Pérez, un joven recién salido del colegio, al que le gustaba jugar futbol con sus amigos del vecindario, por ejemplo. De esa manera, *acercamos* la realidad particular de la víctima al tribunal, que puede, ahora sí, ponderar en el caso concreto, con rostro, lo que ha significado para esa persona haber padecido los hechos de que se trate el asunto.

Lo mismo puede ser replicado para los principales testigos, particularmente cuando quien expone intuye que la contraria atacará su credibilidad durante el juicio. Debe tenerse cuidado sobre la manera en cómo se realiza esto. No se debe exagerar, menos inventar. Se trata, al igual que en el punto anterior, de seleccionar las descripciones objetivas que contribuyan a que el tribunal tenga una primera aproximación positiva a estas personas.

En relación con lo anterior, además de pedirle al tribunal que preste especial atención a la declaración del testigo, es recomendable referirse a la *singularidad* que para el caso tiene este. Por ejemplo, en un caso de delito sexual en los que habitualmente, y por su propia naturaleza, no existen testigos presenciales, puede darse excepcionalmente el caso de que exista un testigo que haya presenciado el hecho del abuso. Esta *singularidad* no debe pasar desapercibida y conviene expresarla. De esa manera el tribunal estará especialmente atento a la declaración de ese testigo, no tanto porque el litigante se lo haya solicitado, sino más bien porque ha tomado conocimiento de su *singularidad* e importancia para el caso.

Naturalmente, cuando hablamos de describir las características del testigo, nos referimos a aquellas que tengan incidencia en la valoración que el tribunal pueda hacer de su testimonio, no a cualquier característica personal. Es recomendable no incurrir en discursos moralizantes que transformen el juicio en un enfrentamiento entre el bien y el mal.

d) Adelantar debilidades

Una elección importante a tomar será si acaso adelantar, o no, alguna debilidad que tengamos –y seguro que siempre la hay– en nuestra teoría del caso. Como en general sucede, no pueden entregarse soluciones absolutas para todos los casos, y en ese sentido, lo que corresponde es evaluarlo de acuerdo con las particularidades del proceso de que se trate.

En el caso de un testigo, se recomienda adelantar una debilidad en este momento, si es que es conocida por la contraparte, por ejemplo por constar en la carpeta o por tratarse de una característica personal del testigo, que se puede apreciar en su declaración, como tener mala memoria o ser corto de vista, es decir, casos en que con seguridad sabemos que la contraria intentará sacar provecho de la debilidad. Así, la primera aproximación que tendrá el tribunal a esa debilidad habrá sido proporcionada por el litigante a quien desfavorece la misma, cuestión que contribuye a entregarnos credibilidad y objetividad, que es capaz de dar cuenta también de aquello que le desfavorece. Pero, más importante aún, anticipando esa vulnerabilidad podremos ofrecer una explicación convincente –y estudiada con calma– acerca de esa debilidad. Y aunque quizá no podamos justificarla del todo, con seguridad habremos disminuido los efectos negativos que pueda causar a nuestra teoría del caso.

En un caso por abuso sexual con contacto corporal, por ejemplo, en que al examen sexológico practicado por el Servicio Médico Legal no se hubieran pesquisado desgarros ni huellas objetivas del delito, es conveniente que adelantemos en el discurso de apertura este resultado, enfatizando, como explicación convincente, que en la mayoría de los abusos sexuales no quedan rastros objetivos en el cuerpo de la víctima. Además, podemos elegir referirnos a aquella parte de la prueba que sí es funcional a nuestra teoría del caso, como puede ser, por ejemplo, la anamnesis de ese examen en que la víctima entregó un relato que es coherente con lo señalado en su denuncia y declaración. A través de este *adelantamiento*, se ha privado a la contraria del efecto pretendido respecto de nuestra teoría del caso, y al mismo tiempo se ha asentado que ese dato no hace mella realmente a la posición defendida.

Finalmente, hay casos en que es más conveniente, estratégicamente, abordar la debilidad en el momento en que se incorpore la prueba, haciéndole, por ejemplo, preguntas al testigo que den cuenta de la misma y ofreciéndole la posibilidad de explicar esa vulnerabilidad.

e) Referirse a la prueba propia

Como se señaló anteriormente, el alegato de apertura da la oportunidad para que el tribunal observe la prueba desde nuestro punto de vista, con los lentes de nuestra teoría del caso. Por eso es aconsejable referirse a la prueba propia más relevante del caso, dándole contexto y pidiéndole al tribunal que preste especial atención a la declaración del testigo X, por ejemplo, o a determinados indicios. Sin revelar la conclusión concreta a la que pretendemos arribar en el alegato de clausura, este es el momento para ordenar, contextualizar y relevar la prueba que presentaremos en el juicio que comienza. En este punto se debe llegar a un equilibrio difícil: por un lado, es necesario que entreguemos descripciones particulares (y no abstractas) de los medios de prueba que se requiere adelantar, de lo contrario nuestro alegato pierde fuerza y aleja la atención del tribunal; y, por otro, no se debe caer por ningún motivo en la tentación de revelar el contenido mismo de la prueba. Lo anterior por varias razones, por ejemplo, porque no sabemos con certeza qué va a decir realmente el testigo o perito de que se trate, los nervios o un cambio de humor puede hacer que su declaración no sea la esperada. Además, proporcionando el contenido mismo de un medio de prueba que todavía no ha sido incorporado al proceso, es posible que se cree en el tribunal la idea de que el litigante ha orquestado su prueba de tal manera que conoce hasta el más mínimo detalle de lo que dirá cada testigo[345]. En cualquiera de las hipótesis advertidas, el litigante habrá perdido credibilidad.

345 BLANCO *et al.* (2021), p. 139.

Un ejemplo de cómo debe adelantarse la prueba es el siguiente:

S.S., a lo largo de este juicio se incorporará abundante prueba, heterogénea y convergente entre sí. Le solicito al tribunal que preste especial atención al testigo X, vecino de la víctima, quien ilustrará a S.S. acerca de la ropa que ocupaba la víctima el día de los hechos.

En el ejemplo, y suponiendo que la ropa de la víctima sea un elemento relevante para la teoría del caso, se le ha dicho al tribunal que esté atento a ese aspecto de la prueba, relevante para nosotros. Al mismo tiempo, se ha hecho referencia a una particularidad de ese medio de prueba (el testigo dará cuenta de la ropa que vestía la víctima), y sabemos que las particularidades suscitan la atención del tribunal. Finalmente, no hemos adelantado su contenido, dado que no se ha precisado el tipo de vestimenta que llevaba la víctima ese día.

De la misma forma, y como ya se ha señalado, parece importante advertir al tribunal cuando el caso presenta la característica de no recurrir al tipo de prueba clásicamente conocido como prueba "directa", sino más bien a pruebas indirectas o indiciarias. Dado el particular ejercicio de razonamiento probatorio que este último exige, siempre es recomendable abrir el juicio haciendo mención a esto, para invitar a los jueces a preparar su marco valorativo en tal dirección, y de igual forma anticipar la crítica que seguramente hará la defensa a la eficacia del tipo de prueba que se presenta.

f) Tema idea movilizadora o etiqueta

Por "tema" se entiende una idea o valor que puede estar presente en el alegato de apertura y que *intenciona* el relato que se proporciona al tribunal[346]. En esa idea debe condensarse, idealmente en una sola frase y de manera sencilla, el núcleo de la teoría del caso que se tenga, al mismo tiempo que concitar la atención del tribunal y funcionar como resumen estratégico de los hechos[347]. Ejemplo de temas podrían ser los siguientes: "nunca más pudo salir de su casa", "debe usar una prótesis de por vida", "perdieron a su padre y esposo", "lleva las esquirlas aún en su cuerpo", "hubiera preferido que me matara", etc.

La primera de las frases, "nunca más pudo salir de su casa", puede ser empleada, por ejemplo, en un caso en que se juzgue un atentado de bomba explosiva en la vía pública en el que la víctima haya sobrevivido, pero quedado con secuelas psicológicas que le impiden salir de su hogar. Se trata de una frase que en pocas líneas sintetiza varias ideas de relevancia para la teoría del caso: en primer lugar, la vida de la víctima, así como era vivida por ella, acabó por el hecho del delito y a continuación ha seguido otra vida, averiada, en la que la víctima no es capaz de salir de su hogar. Por otra parte, la frase condensa un elemento relevante del tipo penal (pensando que se hubiera invocado la ley de conductas terroristas), esto es, haber actuado el imputado con ánimo de causar temor en la población o una parte de ella. Ese ánimo –de tan difícil prueba– se acredita a través de indicios que permitan adscribir ese ánimo en el imputado al momento de cometer el delito. De esta manera, uno de esos indicios con seguridad estará conformado por los *efectos* que el delito haya tenido en la(s) víctima(s).

346 BLANCO *et al.* (2021), p. 136.

347 BLANCO *et al.* (2021), p. 142.

Las frases "debe usar una prótesis de por vida" y "lleva las esquirlas aún en su cuerpo" dan cuenta, en primer lugar, del delito que se ha imputado (lesiones graves gravísimas o mutilaciones), pero además de los efectos que ha tenido el mismo en una persona de carne y hueso, quien debe cargar físicamente, y por el resto de su vida, con las consecuencias de haber sido víctima de los hechos.

"Perdieron a su padre y a su esposo", a su vez, comunica del hecho del homicidio desde la óptica de quienes padecen la muerte de un pariente cercano, dando cuenta al tribunal de las consecuencias tremendamente gravosas que tiene este delito en la vida de quienes rodean a la víctima.

Finalmente, "hubiera preferido que me matara" anuncia que el daño producido por el delito en la persona de la víctima es de tal envergadura que supera el instinto más básico del ser humano.

2.2.3. Teorías del caso

La teoría del caso "es un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez mira desde allí, verá en ella lo que nosotros vemos"[348]. Si el alegato de apertura es un mapa entregado por el interviniente a los jueces para que *naveguen* en la prueba, la teoría del caso es el diseño bajo el cual se ha construido ese mapa. Ese diseño o teoría jurídica generalmente se tratará de una abstracción en relación con la prueba que se incorporará al juicio. Por ejemplo, en el delito descrito en el artículo 150 D del CP (apremios ilegítimos) los elementos típicos "abusando de su cargo o sus funciones", "apremios", "ilegítimos", que forman parte de la teoría jurídica del acusador, no serán incorporadas en juicio en ese mismo lenguaje, sino, más bien, se trata de una conclusión o abstracción a la que deberán llegar los jueces a través de la prueba aportada.

El modo de salvar la distancia entre la teoría jurídica –desprovista de elementos fácticos– y los relatos y antecedentes incorporados como prueba en juicio –desprovistos, a su vez, de conclusiones jurídicas– son las proposiciones fácticas que, en términos generales, se tratan de afirmaciones de hecho que satisfacen un elemento de la calificación jurídica invocada[349]. Las proposiciones fácticas funcionan, entonces, como bisagras, eliminando la distancia entre la historia narrada en juicio y la teoría jurídica, porque finalmente lo único escuchado o visto por los jueces en juicio es la evidencia.

En un caso de abuso sexual de mayor de 14 años, por ejemplo, la circunstancia comisiva *intimidación*, es una conclusión o abstracción a la que deberán arribar los jueces a la luz de la prueba que se incorpore. La proposición fáctica "al momento de los hechos, la víctima se encontraba atemorizada porque sabía que el imputado cargaba un arma cortopunzante", que será introducida a juicio a través de la declaración de la víctima, tiene la propiedad de objetivar ese elemento del tipo penal.

348 BAYTELMAN y DUCE (2004), p. 334.

349 BERGMAN (1989), p. 23.

Es cierto que en este momento procesal aún no se ha incorporado la prueba y malamente podría referirse el interviniente al contenido exacto de la misma. Sin embargo, la propia acusación, si ha sido bien pensada, es de hecho un cúmulo de proposiciones fácticas que deben ser representadas al tribunal, de manera que pueda adelantarse simplemente que tal proposición será probada a través de cierta prueba[350].

2.2.4. Distinciones de prueba directa e indirecta o indiciaria

Otra decisión que el interviniente debe tomar en este momento es si, dentro de la referencia que se hace a la prueba que se rendirá en el juicio oral, se adelanta el tipo de prueba con que se cuenta, en el sentido de si se trata de prueba directa o indirecta o indiciaria.

Por prueba directa entenderemos aquella que se refiere a afirmaciones relativas al hecho mismo objeto de prueba, en tanto que indirecta o indiciaria es aquella se refiere a enunciados relativos a hechos o elementos de carácter secundario, pero que, enlazados entre sí inferencialmente, permiten llegar a probar la afirmación principal[351].

Por ejemplo el testigo que declara haber visto como una persona de idénticas características al imputado disparó con una pistola a una persona de idénticas características que la víctima, causando su muerte. Haber visto disparar al imputado constituye, sin lugar a duda, una acción matadora en el sentido del tipo penal de homicidio. En otras palabras, la acción descrita en el delito se objetiva en el caso concreto a través de la acción del imputado de disparar con una pistola a la víctima.

Por otra parte, la prueba indiciaria o circunstancial es aquella que recae sobre circunstancias distintas del hecho criminal, pero que concurre a probarla por existir entre ellas una relación lógica[352]. Este es el caso, por ejemplo, del testigo amigo del imputado que señala haberse encontrado en un puente con él minutos después de acaecidos los hechos por los que se ha acusado, y que declara haberlo visto nervioso, arrojando un objeto pequeño y pesado al río. A diferencia del caso anterior, la información incorporada no cristaliza el tipo penal de homicidio, pero sí incide, de una manera indirecta, en él. Así el "nerviosismo" puede ser asociado, si hay buenas razones para ello, al hecho de haberse cometido recientemente un delito, y el "arrojar un elemento pequeño y pesado al río" con estar deshaciéndose de los elementos empleados para cometer el homicidio. Es decir, en este caso hay buenas razones para concluir aquello.

Desde luego, el alegato de apertura no es el momento para analizar la prueba, ya que todavía no ha sido formalmente incorporada al proceso y, por lo mismo, no puede ser analizado aquello que aún no ha ocurrido. Sin embargo, sí sería factible, por ejemplo, señalarle al tribunal que la prueba que se tiene de cierta proposición fáctica es de naturaleza indirecta o indiciaria, cuestión que no implica necesariamente una debilidad probatoria, porque a través de ella, que es por lo demás el tipo de prueba más abundante,

350 Sobre este punto, es fundamental que en la relación de los hechos contenidos en la acusación estén también todas las proposiciones fácticas que objetivan la calificación jurídica que se invoca (esto es, el tipo penal y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que sean consustanciales a los hechos). Es un error señalar, por ejemplo y a propósito del delito visto, la circunstancia comisiva (así como está prevista en la ley) sin referirse a los hechos que la cristalizan.

351 GONZÁLEZ LAGIE (2005), p. 93.

352 TARUFFO (2008), p. 60.

se llegará ineludiblemente a la conclusión de que los hechos se cometieron de la manera sostenida por el interviniente que tiene la palabra, tal como quedará demostrado durante el juicio oral.

3. El alegato de clausura

3.1. Concepto y objetivos

El alegato de clausura está regulado en el artículo 338 del CPP. La norma señala que luego de cerrada la etapa probatoria el juez presidente otorgará la palabra a los intervinientes para que "expongan sus conclusiones".

Si de lo que se trata en el alegato de apertura es de dotar al tribunal de un mapa desde el cual navegar por la prueba que se produzca en la siguiente etapa, en el alegato de clausura se debe "armar el rompecabezas"[353], esto es, juntar las piezas constituidas por cada medio de prueba presentado. Las uniones, así como los matices de cada evidencia, deben ser tratados en esta fase a través de un ejercicio argumentativo por parte del interviniente. En otras palabras, "en esta ocasión se reconstruye el relato con base a la prueba rendida en el juicio oral"[354].

Es importante indicar que no se trata de revisar todos los detalles de cada medio de prueba, dado que los magistrados han estado presentes a lo largo de todo el juicio. El tribunal realmente "necesita iluminación acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de dónde se puede extraer que diga eso"[355]. Y es que la prueba, además de parcelada, es oscura, en el sentido que requiere ser explicada. Vimos con anterioridad que cada prueba es una isla, con lenguaje propio, no conectada necesariamente con el resto de la prueba y, a veces, contradictoria entre sí. Debido a lo anterior, se debe procurar un alegato sencillo de entender, que funcione como llave que "abra" la prueba e ilumine esa oscuridad. Un buen inicio es retomar las propuestas hechas en la apertura. Además de partir de aquello que el tribunal ya conoce, se estará asentando el hecho de que la teoría del caso, de la que se dio cuenta al principio del proceso, es sólida y se ha confirmado a lo largo del juicio.

Retomar la teoría del caso supone explicar, con razones ancladas en la prueba, que las proposiciones fácticas que fueron propuestas en el alegato de apertura, y retomadas al inicio del de clausura, son exactas en un sentido tanto legal, esto es, conteste con las reglas de valoración de la prueba del ordenamiento jurídico, como *justa* en el caso concreto[356].

Es también recomendable proponer al tribunal un camino argumental que permita valorar la prueba de la misma forma que el interviniente le ha presentado, de modo que llegue a las mismas conclusiones.

353 BAYTELMAN y DUCE (2004), p. 355.

354 Oficio FN Nº 285, 31 de mayo de 2010, Instrucción general que imparte criterios de actuación sobre el juicio oral, p. 13.

355 BAYTELMAN y DUCE (2004), pp. 356-357.

356 BERGMAN (1989), p. 186.

Finalmente, no hay que olvidar que la atención del tribunal es un elemento que debe ser fuertemente buscado también en esta etapa, por lo que la sencillez del análisis no solo se asocia con la finalidad de ser una herramienta que sirva para leer la evidencia, sino la de concitar la atención de los jueces a lo largo de esta etapa.

3.2. Metodología

3.2.1. Orden y sistematización

Al igual que en el capítulo anterior, se propone en este apartado una estructura que puede variar dependiendo de las particularidades del caso y de la técnica o costumbre en particular que tenga cada litigante. Además, el contenido propio de cada elemento se abordará de manera particular en cada apartado.

1. Iniciar recordando el alegato de apertura. De esa manera se afianza la coherencia de la actuación del interviniente a lo largo del juicio y la idea de que las promesas hechas al inicio han sido cumplidas.

2. Señalar la manera en que las proposiciones fácticas fueron demostradas. En este punto es relevante la distinción entre prueba directa y prueba circunstancial.

3. Señalar la manera en que las proposiciones fácticas objetivan la calificación jurídica invocada.

4. Demostrar los errores e inconsistencias de la teoría de la contraria. Esto en relación con su alegato de apertura, así como la prueba propia de este interviniente.

5. Referirse a la calificación jurídica. Si bien se ha abordado en la letra C, en caso de tratarse de un asunto especialmente discutido en la jurisprudencia o en doctrina, es conveniente abordar con mayor énfasis este punto.

6. En caso de haber trabajado con prueba indiciaria, señalar la forma en que los distintos indicios se enlazan entre sí y con la hipótesis principal.

7. Peticiones concretas.

3.2.2. Énfasis y persuasión

a) El alegato como borrador de sentencia

No se debe perder de vista la labor que tienen los jueces por delante, esto es, redactar una sentencia. Teniendo presente lo anterior, el tribunal agradecerá que el alegato de clausura sea funcional a esta necesidad, de manera que "un buen alegato debiera comportarse como un borrador de sentencia para los jueces"[357].

357 BAYTELMAN y DUCE (2004), p. 389.

Los fallos tienen, estructuralmente, tres partes: expositiva, considerativa y resolutiva. Respecto de la primera y última parte es poco en lo que puede contribuirse, por lo que es a la parte considerativa hacia donde se deben dirigir los esfuerzos del litigante[358], desmenuzando la evidencia, agrupándola según las proposiciones fácticas defendidas, y valorándola según los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

b) Promesas del alegato de apertura

Se recomienda volver sobre lo prometido al inicio del juicio. Con ello, como se adelantó más arriba, se entrega una idea de continuidad en nuestra actuación, contribuyendo aquello a nuestra credibilidad. Se debe recordar que las promesas actuaron como "mapa de navegación" para el tribunal a lo largo del juicio, por lo que desentenderse en esta etapa de ellas, significaría reconocer que la referencia entregada no se ajustó a lo que la evidencia proporcionó en la etapa recién concluida.

Esta es la razón por la que al momento de tratar el alegato de apertura se advirtió que no es recomendable realizar promesas respecto de las cuales no se tenga certeza de que serán cumplidas. La exageración de que muchos alegatos de apertura adolecen está usualmente referida a la calidad probatoria de cierta evidencia, o a la robustez de la inferencia lógica desprendida del conjunto de la prueba asociada a una determinada proposición fáctica. Si desde el principio el litigante ha sido prudente en este punto, el tribunal habrá tenido tiempo para darse cuenta de la seriedad y austeridad con que ha abordado la teoría del caso defendida.

Lo dicho hasta aquí es también predicable respecto de la actuación de la contraria. Si quien se encuentra realizando el alegato de clausura se ha percatado que el interviniente que representa los intereses de la contraparte se ha excedido en su discurso de apertura, especialmente cuando ha elaborado una teoría alternativa del caso que ha resultado contradictoria con la prueba incorporada, es recomendable hacerlo presente en este momento. Lo anterior, no tanto para dejar constancia del equívoco, sino para quitarle fuerza a su alegato de clausura. En este sentido, la contraria tendrá dos opciones: acusar el golpe y referirse a las promesas no cumplidas elaboradas en el discurso inicial, fabricando de esta manera una explicación que probablemente será forzada, o no referirse a ello, con lo que estará reconociendo que se ha equivocado desde un inicio, de una manera tan absoluta, que no es capaz de referirse siquiera a aquello. En cualquiera de las alternativas siempre será una ventaja para el caso propio.

c) Descripción objetiva de la evidencia, cuando corresponda

Lo dicho más arriba sobre este punto respecto del alegato de apertura es aplicable también a esta etapa. Al momento de ser analizada la prueba, debe procurarse que la misma mantenga su calidad de "evidencia", esto es, que a lo largo de la exposición no parezca que se "interviene" la evidencia para hacerla funcional a la teoría del caso que se defiende. Debe, por el contrario, mantenerse en todo momento la descripción objetiva de la misma. Ya se ha indicado que el discurso de clausura no es un espacio para detallar y dar cuenta de toda la prueba que se ha incorporado, por la sencilla razón de que el tribunal estuvo presente a lo largo de todo juicio. Sin embargo, para que las alegaciones, análisis, argumentaciones y conclusiones que se realicen en este momento tengan sustento, deben estar fuertemente ancladas en la prueba. La única manera de hacer aquello es referirse, en esa sola medida –como anclaje– a la evidencia. Y cuando esto ocurra, la referencia

358 BLANCO *et al.* (2021), p. 372.

debe ser siempre entregada describiendo aquello que objetivamente la prueba aportó. En este sentido, las expresiones del tipo *"el relato del testigo X dio cuenta de que el acusado actuó en todo momento de manera premeditada"*, son insuficientes. Lo correcto en este caso, sería sostener:

"El testigo X señaló que el acusado 'trazó su plan con anticipación, yendo todos los días durante una semana a su negocio a preguntar por el horario en que había salido la víctima cada día de esa semana', de lo que se concluye necesariamente, S.S., que actuó con premeditación".

En el primer caso, el argumento no se encuentra anclado en la prueba, y por ello ha perdido fuerza y objetividad. No deja de ser una simple impresión que tiene ese interviniente en particular acerca de lo que escuchó a lo largo del juicio. En el segundo caso, la conclusión *"actuó con premeditación"* tiene la virtud de no provenir del abogado que lo alega, sino de la evidencia misma, y aquello sí que tiene verdadera fuerza, porque ha logrado separar el argumento de sus propios intereses funcionales a la teoría del caso que defiende.

Por otra parte, el segundo relato tiene la virtud de concitar la atención del tribunal en la medida que hace participar a los magistrados en la imagen *"el imputado yendo a diario al negocio a preguntar por información"*. El primer relato, por el contrario, queda en el aire, desprovisto de imágenes; es propaganda que condena al tribunal a un lugar pasivo. En otras palabras, esto significa que no se debe en rigor solicitar al tribunal que atienda el alegato (*"S.S. este punto es muy relevante, por lo que solicito se tome en especial consideración…"*), sino *provocar* esa atención de una manera en que el receptor no pueda dejar de atender al relato, porque participa en este, lo construye junto al litigante .

d) Principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados

La parte considerativa de la sentencia debe explicar de qué manera el tribunal ha arribado a la decisión de condena o absolución, exigencia que está contenida en el artículo 342 letra c) del CPP. La disposición agrega que la valoración de la prueba debe hacerse conforme al tenor del artículo 297 del mismo código, que a su vez dispone que "los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"; de infringir este baremo, el juicio y la sentencia se exponen a ser anuladas[359].

Según ya se ha indicado, en la medida que es relevante que el alegato de clausura sea un borrador de la parte considerativa de la sentencia, es imperativo que la valoración que el litigante realice de la prueba, además de ser hilada de manera clara y ordenada, no contradiga el estándar probatorio regulado en el artículo 297 del código del ramo. Una de las vías a través de las cuales hay seguridad de que el análisis no extralimite ese baremo es, a *contrario sensu*, arribando a través de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados a la verificación de la proposición fáctica de que se trate[360]. Asociado a este punto, Paul Bergman presenta el siguiente ejemplo de un interrogatorio directo a un testigo en un caso de homicidio:

359 Artículo 374 letra e) del CPP: "el juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)".

360 Particularmente si se trata de prueba circunstancial (BLANCO *et al.* (2021), p. 367).

P: ¿Cuánto tiempo transcurrió entre el momento en que usted oyó el disparo y el momento en que el acusado pasó a su lado?

R: No puede haber sido más que un par de segundos.

P: ¿Puede explicar con qué velocidad se desplazaba?

R: Bien, ciertamente no caminaba de prisa ni trotaba, ni nada por el estilo. Yo diría que estaba corriendo.

P: ¿Observó algo acerca del lugar hacia el cual miraba mientras corría?

R: Sí, un par de veces volvió la cabeza para mirar hacia atrás[361].

En el interrogatorio, el litigante obviamente no puede terminar con la pregunta *¿estaba huyendo porque el acusado fue la persona que disparó el tiro?*[362], atendido a que el ámbito de declaración del testigo está circunscrito a los hechos de que ha tomado conocimiento. Al hacerle esa última pregunta se le estaría solicitando formular una conclusión; y ese ejercicio está previsto exclusivamente para la etapa del discurso de clausura[363]. Es resorte del litigante la tarea de ilustrar al tribunal acerca de la forma en que se llega, a través del baremo dispuesto en la ley, a esa conclusión. Siguiendo con el ejemplo visto, una aproximación aconsejable sería preguntarse si, de acuerdo a las máximas de la experiencia, es probable que quien acaba de cometer un delito de estas características huya del sitio del suceso, y que el hecho de correr mirando en reiteradas ocasiones hacia atrás no es, acaso, un comportamiento habitual de quien teme que alguien lo esté persiguiendo[364].

e) Agrupar evidencia

Hay varias maneras de ordenar un alegato de clausura.

Puede decidirse por estructurar el análisis de la prueba según la línea cronológica de los hechos. La virtud de este modelo es su claridad, en el sentido que se corresponde con la manera en que funciona generalmente nuestra memoria y en la forma en que operan los seres humanos en la vida diaria. Resulta particularmente recomendable cuando, por razones estratégicas o fortuitas, la prueba ha sido incorporada al juicio de manera desordenada, o cuando no exista una noción temporal precisa por parte de los testigos que han declarado. En estos casos, el tribunal con seguridad agradecerá un orden de este tipo.

Otra posibilidad consiste en agrupar la evidencia en virtud de uno o varios temas[365]. En materia de delitos sexuales, por ejemplo, y atendida sus particularidades probatorias, es pensable organizar el alegato desde

361 BERGMAN (1989), p. 202.

362 BERGMAN (1989), p. 202.

363 La contraria debería objetar esa pregunta por ser impertinente o inadmisible (artículo 292, en relación con los artículos 309 y 338 del CPP).

364 Ciertamente la inferencia "el acusado fue quien disparó el arma que dio muerte a la víctima", extraída del medio de prueba señalado, no es absoluta, en el sentido que deberá ser contrastada con otras evidencias del proceso. En el caso que un testigo hubiera visto al acusado, segundos antes del disparo, abriéndose paso decididamente por una masa de gente, en dirección a la víctima –prueba que sirve a su vez para obtener las mismas inferencias–, la fuerza de ese razonamiento se incrementa.

365 "Reunir la evidencia es agrupar bajo el paraguas de un solo elemento (o proposición fáctica) toda la prueba que tiende a demostrarlo o a refutarlo" (BERGMAN (1989), p. 200).

esa peculiaridad. Así, por ejemplo, se puede tomar la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo Español[366], reconocida en Chile por algunos tribunales[367], mediante la cual establece que mientras ciertas cualidades sean predicables del relato de la víctima[368], es posible vencer la presunción de inocencia, aunque en definitiva exista un solo testigo directo de los hechos. En este caso, se ha "cortado por la mitad" el alegato, estructurándolo de conformidad a los criterios requeridos por esa jurisprudencia, agrupando la prueba según su relevancia respecto de cada uno de estos aspectos.

Hay otros casos, finalmente, en que no será necesario referirse a toda la prueba y se dedicará el tiempo a hacerse cargo del análisis del elemento mayormente controvertido del caso[369], como, por ejemplo, cuando el imputado ha reconocido parcialmente los hechos imputados, o cuando existe una controversia asociada únicamente a la calificación jurídica de los hechos.

f) Calificación jurídica

El alegato de clausura es también la oportunidad para referirse a la calificación jurídica de los hechos, entendiéndose comprendidas también las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurran al momento de la ejecución del delito, que por disposición legal deben ser abordadas en esta oportunidad. Es importante advertir que el énfasis del alegato de clausura, como se ha indicado, debe estar en la prueba rendida y en el análisis que de ella se hace para tener por acreditadas las proposiciones fácticas contenidas en la teoría del caso. Sin embargo, como "una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal"[370], debe el tribunal estar en conocimiento acerca de qué elemento legal se trata y a qué tipo penal corresponde.

Tratándose de la calificación jurídica del delito, de las circunstancias modificatorias consustanciales al mismo, así como al tipo de participación criminal que se atribuye al, o los, acusado(s), debe considerarse especialmente que aquellas ocasiones en que aparece de manifiesto que el hecho ya ha resultado suficientemente acreditado, los esfuerzos que se realicen al preparar la clausura deberían estar enfocados en los aspectos jurídicos de fondo, por lo tanto se debiera trabajar principalmente sobre la mejor doctrina –sobre todo nacional– que avale nuestra posición y la jurisprudencia más importante y reciente que resuelva en el mismo sentido.

En este ámbito, para la Fiscalía es tremendamente recomendable coordinar el trabajo del alegato de clausura con el, o los, querellante(s) del caso, en caso que hubiere. En primer lugar, para garantizar que no existan contradicciones entre los alegatos y, segundo, para de esa manera aprovechar de mejor forma el tiempo de que se dispone, profundizando cada uno de los intervinientes en algunos de los aspectos controvertidos. De esta forma el tribunal no recibe dos o tres veces la misma información, y se concentran los esfuerzos en generar convicción en distintos ámbitos relevantes para la decisión.

366 Véase STS 1317/2004.

367 Véase TJOP de Santiago, RIT O-33-2021, de 15 de junio de 2021 (considerando 5°).

368 Credibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud o corroboración de elementos periféricos.

369 Estratégicamente, el litigante debió haber anticipado esta dificultad probatoria y adelantado, en el discurso inicial, que en el alegato de clausura se haría cargo particularmente de este tópico. De lo contrario, se puede entregar la impresión que la calidad de la prueba incorporada durante el juicio oral no reunió las condiciones que se tuvieron en vista para decidir deducir acusación.

370 BERGMAN (1989), p. 23.

3.2.3. Teorías del caso

Se indicó más arriba que las proposiciones fácticas son las bisagras que *acercan* la historia narrada por la evidencia a la teoría del caso, de manera que objetivan o cristalizan los elementos del tipo penal, así como las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas y que no sean ajenas al hecho punible, en términos del artículo 343 del CPP, y otras circunstancias de determinación penal[371].

En sede de alegato de clausura es fundamental explicar al tribunal la manera en que las afirmaciones de hechos (proposiciones fácticas) incorporadas al juicio a través de la prueba satisfacen los presupuestos normativos de la teoría jurídica de que se trate[372], porque muchas veces aquello no resulta evidente y requiere de un razonamiento o, al menos, de una explicitación. Así, por ejemplo, solo debiera *explicitarse* que la *intimidación* invocada para configurar el delito de robo se ha objetivado en el proceso a través de la declaración de la víctima cuando señala "el sujeto me apuntó con el cañón de una pistola", porque nadie podría sostener que una conducta de ese tipo quedaría fuera de la descripción del tipo penal.

Sin embargo, hay situaciones en que para tener por acreditado un elemento de la teoría jurídica, debe *explicarse* a través de un razonamiento la manera en que se verifica aquello. Así, por ejemplo, el elemento *apropiación* del delito de robo puede ser discutible en el caso que el sujeto haya sido aprehendido a una cuadra de los hechos, o antes de salir de la habitación en la que se encontraba con la víctima, por lo que en estos casos se requiere de una fundamentación por parte del interviniente en el sentido de afirmar (o denegar) que efectivamente hubo *apropiación*.

Así también suele suceder en los casos de delitos sexuales en que se invoca la circunstancia comisiva "cuando se aprovecha de su incapacidad para oponerse". Imaginemos que durante el proceso se ha incorporado la siguiente proposición fáctica: "al momento de los hechos, la víctima se encontraba en un estado de inmovilidad tónica caracterizado por la rigidez de sus extremidades". En este caso, el litigante que sostiene la teoría acusatoria debe explicar, en primer lugar, de qué manera la inmovilidad tónica *objetiva* la incapacidad para oponerse, requerida por el tipo penal. Y, en segundo lugar, explicar cómo queda acreditado el hecho de que el acusado *se aprovechó* de esa incapacidad, lo que desde luego supone haber tomado conocimiento de la misma. Y en ese sentido, argumentar que la rigidez de sus extremidades resultaría evidente para alguien que estuviera en la situación del acusado, y que se valió de la misma para acceder carnalmente a la víctima, por ejemplo.

Además de la propia teoría del caso, este momento también es una instancia para hacerle ver al tribunal de qué manera la teoría del caso de la contraria resulta controvertida –si es que aquello efectivamente ha ocurrido– durante el transcurso del juicio oral. Así, por ejemplo, si el interviniente que representa los intereses de la contraparte invocó en la apertura de manera principal o subsidiaria una eximente, este es el momento para exponer de qué manera las proposiciones fácticas que sustentan esa teoría no se incorporaron al juicio y que, al contrario, fueron controvertidas a la luz de la prueba, señalando la evidencia específica que tuvo ese efecto.

371 Como, por ejemplo, el artículo 368 del CP.

372 BLANCO *et al.* (2021), p. 132.

3.2.4. Distinciones de prueba directa e indirecta o indiciaria

En el apartado anterior, señalamos que hay ciertas proposiciones fácticas que requieren de más o menos pasos inferenciales para entender que objetivan un elemento de la teoría jurídica. No debe confundirse la objetivación de la calificación jurídica, con la afirmación de una proposición fáctica, que es de lo que se trata en este apartado.

Por así decirlo, la verificación de una proposición fáctica es el estado previo a la pregunta acerca del valor que se le asigna a la misma (una vez verificada), en el sentido de cristalizar o no un asunto de la teoría jurídica invocada.

Mientras que en el alegato de apertura no es fundamental referirse a la distinción entre prueba directa y prueba indirecta (salvo excepciones), en sede de clausura es esencial abarcar la prueba incorporada a juicio, según las maneras de agrupar la evidencia, teniendo presente esta distinción y orientando las alegaciones según se trate de una prueba que por sí sola afirme una proposición o de una que requiera de una inferencia para tener este efecto.

Respecto a la relevancia de la prueba, Accatino, siguiendo a Taruffo, señala que existe evidencia de diverso tipo[373]. En primer lugar, está aquella que da cuenta de un hecho *jurídicamente* relevante (principal o material), entendiendo por tal aquel hecho que se corresponde con el supuesto de hecho definido por la norma de que se trate. Esto significa que será la calificación jurídica aplicable al asunto la que otorgue esta cualidad a un hecho. En segundo lugar, existe también prueba que da cuenta de hechos *lógicamente* relevantes (secundarios), entendiendo por tales a los que, sin identificarse con el supuesto de hecho contenido en la norma, permiten ser usados como premisas, puntos de partida para inferencia acerca de un hecho principal. Finalmente, se encuentran los hechos irrelevantes para el proceso[374].

La evidencia que da cuenta de un hecho jurídicamente relevante tiene la naturaleza de prueba directa, porque afirma una proposición fáctica, esto es, satisface un elemento de la calificación jurídica invocada. Por su parte, la evidencia que acredita un hecho lógicamente relevante tiene la naturaleza de prueba indirecta o indiciaria, porque solo constituye un indicio de la proposición de que se trata, faltando una inferencia para llegar a la misma.

Desde luego, la manera de referirse a cada una de las pruebas es distinta. Respecto de la prueba directa el litigante únicamente debe señalarle al tribunal que la misma tiene esa naturaleza por tales razones. Respecto de la prueba circunstancial, se debe razonar en el sentido de demostrar por qué a través de ella, o de su cúmulo con otra evidencia, se da por probada la proposición fáctica alegada.

373 Respecto del concepto evidencia: "... es posible hablar de prueba (en el sentido, según luego precisaremos, de 'medio de prueba') resulta bien representado por la palabra inglesa *evidence*, utilizada para referir a algún fenómeno observable en el que basamos inferencias sobre algún asunto de interés. Incluso en castellano se observa un uso cada vez más extendido de la expresión evidencia para dar cuenta de los datos empíricos que sirven de sustento a una conclusión. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito forense, donde es usual que tras una operación policial exitosa se exhiban a la prensa, bajo el rótulo, precisamente, de "evidencias", las armas, los paquetes de droga, los precursores, o los fajos de dinero, que aportan información relevante sobre la actividad delictual que acaba de ser revelada. Pero la expresión se usa también en otros ámbitos, como ocurre cuando se habla de medicina o de políticas públicas "basadas en evidencias".". ACCATINO (2020), p. 1. Las evidencias se pueden clasificar, siguiendo a Taruffo, en evidencia que da cuenta de hechos jurídicamente relevantes y evidencia que prueba hechos lógicamente relevantes, según si se corresponde o no con el supuesto de hecho definido por la norma, o si permite ser usado como punto de partida o premisa para probar un hecho principal.

374 CERDA (2010), pp. 453-454.

4. Conclusiones

Los alegatos de apertura y clausura son las únicas instancias durante el juicio oral en que los litigantes se dirigen directamente al tribunal[375]. Su relevancia está dada por el sentido de unidad y dirección que es posible proporcionar a los jueces a través de un relato que sustente la teoría del caso que se defienda. Considerando que las evidencias proveen de un relato *parcelado*, y muchas veces desordenado de los hechos, los alegatos contribuyen a la tarea de los jueces proveyéndoles de un mapa que los oriente.

El alegato de apertura es el primer encuentro que tiene el tribunal con los hechos que debe juzgar. Se trata principalmente de entregar un relato coherente que contenga los hechos más relevantes del juicio, la teoría del caso defendida y sus principales fundamentos, que permitan al tribunal *interpretar y ordenar* la prueba que se incorporará en la siguiente etapa. Además, debe aprovecharse este momento para fijar la pertinencia de la actuación posterior del interviniente.

Se debe evitar comenzar el alegato de apertura a través de formas rituales que no supongan alguna novedad para el tribunal. Se puede elegir entre adaptar la fórmula al caso concreto, o bien comenzar indicando algún tema, estadística o valor que otorgue cierta perspectiva al caso.

Un buen alegato concita la atención del tribunal no porque el interviniente así lo solicite, sino porque a través de las descripciones objetivas, sencillas y unívocas, elegidas por su poder evocador de contenido, los jueces *participan* del relato. Ligado a lo anterior, el litigante no debiera referirse expresamente a las *conclusiones* a las que llegará de forma irremediable –y por su cuenta– el tribunal gracias a la descripción entregada. Esta fórmula tiene la particularidad de romper la relación de pasividad en que muchas veces cae el tribunal, generalmente por culpa del poco esmero de los litigantes en este punto.

Además, en el alegato de apertura debe considerarse un espacio de tiempo para humanizar a la víctima y, de ser necesario, a los principales testigos del caso. A través de ese ejercicio se *acerca* el caso a los jueces, concitando su atención, a la vez que se acredita, de manera anticipada, a los principales testigos. Debemos cuidarnos de no exagerar sus cualidades, siempre empleando un relato que privilegie las descripciones objetivas.

El alegato de apertura es también un espacio para adelantar debilidades, cuando ello fuere conveniente, y de referirse a la prueba propia. Respecto al último punto, es aconsejable que la reseña sea breve y priorice la descripción objetiva del asunto al que el testigo o perito se referirá, nunca acerca del contenido de su declaración.

En el alegato de clausura, por su parte, se trata de "armar el rompecabezas", uniendo de manera coherente –y de acuerdo a la propia teoría del caso– las evidencias incorporadas en la etapa anterior a modo de piezas de un puzle, cuidando de recoger y no contradecir lo expuesto en el alegato de apertura[376]. Es también el momento para señalar las "promesas no cumplidas" de la contraria.

375 Con excepción de las alegaciones referidas a objeciones. Sin embargo, el objeto de esa alegación se relaciona con un asunto accesorio y no al fondo del debate.

376 Con excepción de que haya existido un vuelco imposible de obviar durante la etapa de juicio. En este caso, conviene hacerse cargo de esta situación, dando cuenta de las razones de este vuelco.

Debe tenerse presente que la clausura funciona como "borrador de sentencia", específicamente de la parte considerativa de esta, por lo que se debe desmenuzar la prueba, agruparla y extraer las conclusiones que de ella emane de acuerdo con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Se debe preferir la descripción objetiva de la evidencia, de manera que no parezca que el litigante "interfiere" la evidencia y la acomoda para hacerla funcional a la teoría del caso que se defiende. Por lo mismo, las alegaciones deben estar *ancladas* en la prueba, esto es, referirse de manera objetiva a lo que se ha incorporado en el juicio y extrayendo desde ahí las conclusiones.

Existen varias maneras de "agrupar" la evidencia al momento de referirse a ella. Puede decidirse por estructurar el discurso según una línea cronológica, aportando claridad en un caso probablemente confuso temporalmente. Otra opción es agruparla por "temas", esto es, desde alguna peculiaridad que permita "cortar por la mitad" el alegato, haciéndose cargo, por ejemplo, de particularidades probatorias que pueda tener el caso.

Es el momento, también, para referirse a la calificación jurídica invocada. Lo anterior incluye el tipo penal, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (no ajenas al hecho punible) y otras circunstancias de determinación penal (no ajenas al hecho punible). En particular este punto puede ser abordado por la Fiscalía de manera estratégica con los querellantes del caso, si es que los hubiere.

Las proposiciones fácticas *acercan* la historia "narrada" por la evidencia (desprovista de contenido jurídico) a la teoría del caso (desprovista de elementos fácticos), objetivando las descripciones del tipo penal. En el alegato de apertura, las proposiciones fácticas forman parte del relato que hace el interviniente de manera inicial. En sede de clausura, el interviniente debe explicar al tribunal las proposiciones que han sido probadas en juicio y de qué manera estas satisfacen los presupuestos normativos de la teoría jurídica invocada. Hay casos en que esa objetivación será evidente y en otros en los que se requerirá de un razonamiento para fundamentar aquello.

Es igualmente importante recordar al tribunal el tipo de ejercicio probatorio que se ha realizado, sobre todo cuando este ha considerado prueba "indirecta" o indiciaria, resaltando el valor que esta tiene y cómo se ha demostrado al tribunal la relación que tiene con el hecho a probar. Abarcar esta distinción, sea de manera expresa o tácita, es esencial en el alegato de clausura.

Por último, cada uno de los elementos y estrategias señaladas para la apertura y clausura deben ser considerados a la hora de preparar los alegatos, respetando el propio estilo y los énfasis que se quiera dar, sin embargo, ambos corresponden a una etapa muy relevante en los juicios orales, que necesariamente serán valorados por los jueces y que en las más de las veces, considerando por supuesto la calidad de la prueba rendida, pueden hacer la diferencia entre una condena o absolución, o en una calificación jurídica determinada, y,en definitiva, en la respuesta penal que tenga el conflicto sometido a la decisión del tribunal.

CAPÍTULO VIII

EXAMEN DE TESTIGOS
Y PERITOS

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Introducción

Durante la etapa de prueba es la oportunidad en que se materializa oral e inmediatamente para el tribunal la teoría del caso de la Fiscalía y del resto de litigantes. Y no es sino con el examen directo que las proposiciones fácticas que constituyen esa teoría llegan a conocimiento del tribunal.

El éxito del juicio depende de la presentación de un relato verosímil de los hechos para lograr convicción por parte del tribunal [377].

2. Cuestiones preliminares a propósito de los testigos y peritos

En este acápite haremos una pequeña remembranza de quienes son los testigos y peritos. Lo que dice relación con sus deberes y derechos, no será objeto de estudio porque escapan a la finalidad que constituye este manual.

2.1. Los testigos

Los testigos están tratados entre los artículos 298 a 313 y 329 del CPP y podrían ser definidos como "Toda persona que ha tenido conocimiento de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores al acontecimiento delictivo"[378].

Algún autor ha señalado que no debe ser interviniente, pero la verdad es que ello no es incompatible, como sucede a propósito de la víctima, la que es interviniente y para su interrogatorio se rige por el estatuto de los testigos[379].

Los testigos admiten múltiples clasificaciones, pero en lo que aquí interesa, admiten dos fundamentalmente: presenciales (directos) y de oídas (indirectos). También son indirectos aquellos denominados testigos de contexto. Los testigos presenciales son aquellos que perciben los hechos sobre los que declaran directamente por sus sentidos (por ejemplo, personas que vieron o escucharon el delito). A su vez, los testigos de oídas no perciben los hechos sobre los que declaran directamente por sus sentidos, sino que toman conocimiento de ellos por lo relatado o narrado por otra persona.

Por su parte, existe otra tipología de testigos, reconocida por el legislador y la doctrina que es menester señalar. Nos referimos a los testigos con reserva de identidad, a los ocultos y a los expertos.

Los testigos reservados o con reserva de identidad son aquellos que, conforme el artículo 307 del CPP, su nombre, apellido, domicilio y otros datos personales quedan ocultos de revelar a terceros o en el anonimato (por ejemplo, declaran con un número o nombre ficticio). A su vez, los testigos ocultos son aquellos que

377 GARRIDO (2021), p. 75.

378 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 273.

379 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 273.

declaran sin que exista contacto visual directo con el acusado o público y a su respecto se aplican alguna de las medidas previstas en el artículo 308 del CPP (videoconferencia, biombo o disfrazado). Para ambos tipos de testigos, el común denominador es la protección de la vida e integridad física y mental de los testigos y sus familiares.

Finalmente, tenemos a los testigos expertos que son aquellos que, no obstante no estar expresamente reconocidos por el legislador, la doctrina considera que son aquellos que, si bien no tomaron conocimiento presencial, declaran por antecedentes que fueren conocidos por ellos, teniendo además experiencia o conocimiento de determinadas materias que les permite declarar sobre hechos que conocieron opinando de acuerdo a estas calidades especiales. En caso alguno son peritos, pero su posición los transforma en un conocedor confiable para el tribunal. Caso paradigmático de aquello sucede con las declaraciones que prestan policías en el juicio oral. Quienes por su oficio tienen conocimientos especiales (investigación policial), sumado a la experiencia, que les permite emitir opiniones sobre diversas actividades investigativas, aventurando hipótesis, causas o resultados plausibles. O aquellos que siendo expertos, no emitieron un informe que cumpla los requisitos del peritaje, como los médicos que entregan el dato de atención de urgencia. Testigos expertos que muchas veces toman conocimiento de oídas de lo ocurrido y lo plasman en la anamnesis.

En caso de policías que declaran como testigos expertos, es necesario para evitar objeciones de las partes que, en la etapa de acreditación, se pueda establecer su formación policial, estudios de perfeccionamiento y experiencia investigando diversos ilícitos, con el objetivo de poder calificarlo como voz opinante autorizada.

Más que una clasificación de un tipo de testigo se ha dado en denominar la situación de los llamados testigos hostiles, que se espera declaren para corroboración de hipótesis fácticas o presupuestos fácticos de la teoría del caso de quien los presenta pero que, llegado el juicio oral cuando se desahoga la prueba, estos se presentan como hostiles frente a las preguntas de quien los presenta, no queriendo declarar o bien cambiando lo que se declaró en etapa investigativa. En la práctica esto se constata en las primeras preguntas que hace el interviniente, las más de las veces la Fiscalía o querellante, y desarticula la planificación en la rendición de la prueba y por ello es necesario tomar una posición concreta frente a este testigo y no improvisar y realizar las correspondientes peticiones al tribunal que pueden ser, desde pedir al tribunal que autorice preguntas sugestivas de un solo punto, hasta utilizar la herramienta de litigación del artículo 332 del CPP, evidenciar o aclarar las contradicciones. Con ello en el alegato de clausura se podrá dar una explicación por el litigante y el tribunal tendrá más elementos para ponderar una prueba que en principio era proclive a la teoría del caso del interviniente que la presentó y que no resulta serlo tanto o para nada, por razones que se podrán develar en esta incidencia. Lo mismo puede suceder tratándose de peritos.

2.2. Los peritos

Los peritos por su parte se encuentran regulados entre los artículos 314 a 322, y 329 del CPP. Ellos pueden ser definidos como la persona con **formación, capacitación, conocimientos y experiencia en un ámbito científico o técnico**, y cuyo testimonio es requerido por y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales (por ejemplo, perito tanatólogo, caligráfico, etc.).

3. Parte introductoria, concepto, propósito y preparación del examen directo

3.1. Concepto

Los profesores Blanco, Decap, Moreno y Rojas definen el examen directo "como la revisión de los testigos propios durante el desarrollo del juicio oral, a través de las preguntas formuladas por el litigante que los presenta"[380].

Sin embargo, creo apropiado definir el examen directo como la técnica de interrogación en la que el testigo o perito de la parte que lo presenta como propio, incorpora en juicio, alguno o todos de los presupuestos fácticos de su teoría del caso.

El adjetivo testigo o perito "propio", dice relación con que estos sujetos han sido seleccionados por la parte que los presenta para aportar información que resulta útil y coherente con su teoría del caso[381]. Pero que sea propio, también incorpora una restricción para la parte que lo presenta, como es, que la técnica de interrogación admite una cierta modalidad de preguntas, prohibiéndose otras.

Sobre el particular, Baytelman y Duce han indicado que la importancia del examen directo descansa "... en la fundamental ventaja de crear en la mente del juzgador una cierta disposición mental"[382]. Al relatarse hechos por los testigos y conclusiones por los peritos, existe una disposición de los juzgadores en asentir sobre las proposiciones realizadas y que ellas habrían ocurrido de esa manera.

Como técnica de interrogación, mediante el examen directo se guía al testigo y perito para que narre todo aquello que la parte que lo presenta quiere decir, como si fuese el propio litigante quien narra personalmente la historia al tribunal. Se trata de contar o verbalizar la historia que ocurrió, pero no toda la historia, sino solo aquella que sirve a la teoría del caso del que lo presenta. Sobre esto, el autor argentino Rua ha señalado "un buen litigante, como buen narrador de historias, no puede dejar librado al azar el qué y cómo se cuenta la historia"[383]. Para la Fiscalía se trataría de poder comunicar, por intermedio de los testigos y peritos, todos o algunos hechos que permitan establecer la existencia del delito que se pretende y la participación culpable del imputado. Sin embargo, esta información introducida por testigos y peritos debe ser filtrada por la Fiscalía, en aquello que solamente sea útil a su teoría del caso.

380 BLANCO *et al.* (2005), p. 168.

381 BLANCO *et al.* (2005), p. 168.

382 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 65.

383 RUA (2014), p. 43.

3.2. Propósito del examen directo

El propósito del examen directo es que la narración de hechos nos permita obtener las proposiciones fácticas favorables y/o relevantes a nuestra teoría del caso[384].

Son los testigos y peritos que al contar su historia, en base a lo que dicen, callan, las eventuales contradicciones que cometen, las expresiones de su rostro y cuerpo, lo que se conoce como lenguaje corporal –que para efectos de la litigación se denomina psicología del testimonio–, narran hechos a los juzgadores que van ratificando la teoría del caso del que lo presenta. Si a eso sumamos que esos hechos presentados son precisos y razonables, y transmitidos por un sujeto idóneo (credibilidad del testigo o perito), logran crear convicción en el tribunal de su ocurrencia en la forma tal cual fue narrada.

3.2.1. Exactitud del relato

Hemos dicho que los hechos relatados por el testigo o perito deben ser precisos y razonables, lo que quiere decir que en el proceso de extracción de la información por la parte que lo presenta, debe existir, conforme lo pregona la doctrina, un relato *exacto* en el sentido de confirmar las proposiciones fácticas de la teoría del caso. A su vez, que la información entregada sea *completa*, quiere decir, que el testigo o perito aporte toda la información que posea, siempre que sea relevante, valiosa y conocida por el litigante. Esto no implica que aporte o diga todo lo que sabe, sino solo aquello que como litigante le interesa transmitir al tribunal. Hay que ser cuidadoso, en todo caso, que en este ejercicio de síntesis en la información que aporta el testigo o perito, se pierda o se afecte su credibilidad.

Dependiendo del testigo –no aplica a los peritos–, es una práctica usual que la Fiscalía le pida en el juicio oral que relate todo lo que sabe del hecho. Si bien este ejercicio es apropiado cuando se conoce completamente la narración del testigo, en cambio, no es recomendable en el resto de los casos, pues el testigo, hablando autónomamente puede aportar información irrelevante o imprecisa que distraiga al tribunal o haga que este pierda la credibilidad en el testigo. En estos casos, cuando se ignora personalmente el relato del testigo o no hubo oportunidad de controlarlo, pero en cambio, se conoce aquello consignado en una declaración escrita en sede policial y/o fiscalía, es que el examen directo cobra valor como herramienta que sirve de guía para la narración del testigo e incorporar en juicio la información de la *que necesito* que el tribunal tome conocimiento. Esto supone irremediablemente preparar un set de preguntas en aras de este objetivo.

3.2.2. Detalles del relato

Por otro lado, la información aportada por el testigo o perito debe contener *detalles* porque es lo que hace que ella sea razonable[385]. Cuando el testigo o perito da razón de sus dichos le imprime credibilidad al relato. Es distinto cuando el testigo dice: "el asesino mató a la víctima", que cuando dice: "el asesino mató a la víctima con una pistola al parecer negra, a dos metros de distancia, y vestía un sweater rojo y pantalón azul".

384 GARRIDO (2021), p. 78.

385 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 70.

Si bien los detalles aportan razonabilidad al relato, también pueden jugar un papel nefasto que afecte la credibilidad del testigo o perito, y consecuentemente de su relato. El delito, en general, es un hecho que genera especialmente estrés traumático para la víctima, pero también lo es para los testigos. Conforme a las máximas de la experiencia no será creíble un testigo con una súper memoria. Sobre ello, Baytelman ha dicho que no resulta verosímil que una persona, especialmente en las condiciones en que los delitos se cometen, recuerde hasta los más ínfimos detalles sobre los hechos ocurridos. Así los detalles pueden ser considerados un arma de doble filo[386].

3.3. Legitimación del testigo o perito

Por otro lado, hemos señalado que el testigo o perito debe ser un sujeto idóneo para transmitir la información al tribunal. Esta aptitud implica que el testigo o perito debe ser creíble para el tribunal, lo cual no solo se gana con el relato de los hechos que hace este sujeto, sino también con lo que se denomina *legitimación del testigo o perito*, que no es otra cosa que el proceso de convencimiento al tribunal que el testigo o perito será digno de crédito o que su testimonio puede ser tenido como veraz[387].

Esta legitimación se realiza en el juicio oral de manera previa a que el testigo o perito narre la información atingente a la teoría del caso de la parte que lo presenta. No es baladí que sea antes (al inició de la declaración del testigo o perito) o después que el testigo se legitime frente al tribunal. La oportunidad es importante, porque desde ese momento el tribunal prestará atención a los dichos del testigo o perito, pudiendo ser incluso mayor la atención.

También será una cuestión recurrente preguntarse si es necesario acreditar a todo testigo o perito y si las formas de hacerlo son las mismas para ambas fuentes de información. Sobre el particular, algún autor considera que no es necesario acreditar a todos los testigos y peritos por igual y que depende del aporte del testimonio[388]. Sin embargo, consideramos la necesidad de acreditar a todos los testigos o peritos con la misma magnitud, pero la forma de hacerlo no es la misma para testigos que peritos.

A continuación, revisaremos algunos ejercicios de cómo hacer esta acreditación.

3.3.1. Acreditación del testigo

Cualquier testigo es un completo desconocido para el tribunal, de ahí que sea necesario dar cuenta de su imagen al mismo para que este evalúe su testimonio positivamente.

Fiscal: Buenos días don Luis.

Testigo: Buenos días fiscal.

386 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 71.

387 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 68.

388 GARRIDO (2021), p. 82.

Fiscal: Don Luis, ¿podría comentarle al tribunal a qué se dedica o cuál es su actividad económica?

Testigo: Soy comerciante de un almacén de venta de abarrotes.

Fiscal: ¿Hace cuantos años trabaja en este rubro y desde cuándo se encuentra trabajando en ese almacén?

Testigo: Toda mi vida me he dedicado a los abarrotes y llevo 20 años en ese almacén.

Fiscal: ¿Podría decirle al tribunal dónde está ubicado el almacén?

Testigo: Claro. En calle Almirante Barroso Nº 1516, Comuna de Santiago.

Fiscal: Don Luis, ¿y a qué distancia está su almacén del lugar donde ocurrió el suceso a la víctima?

Testigo: Yo diría a unos 15 metros más o menos.

Fiscal: ¿Y usted conocía a la víctima?

Testigo: Era cliente del almacén, venía como 2 veces por semana.

Fiscal: ¿Pero usted sabía su nombre o dónde vivía concretamente?

Testigo: No. Sé que vivía en el barrio, pero no donde, y desconocía su nombre.

Con estas simples preguntas se presenta el testigo al tribunal. Se da cuenta que se trata de un comerciante con larga data en el barrio de ocurrencia de los hechos que se juzgan, con historia ligada al comercio, y que no tiene ninguna relación cercana, más allá de lo comercial, con la víctima.

3.3.2. Acreditación del perito

A diferencia de los testigos, los peritos no son completos extraños del tribunal por regla general y su acreditación es distinta a la de los de los testigos. Con ellos, lo que hay que acreditar es el dominio de la profesión o arte que profesan, qué los llevó a confeccionar el peritaje, y la experiencia en términos de años e instituciones en las que han trabajado a propósito de esa ciencia o arte.

Decíamos que no son completos extraños del tribunal, pues muchos peritos son recurrentes asistentes de tribunales. Esto se acentúa más aún en ciudades pequeñas donde los profesionales que producen peritajes son escasos.

A su vez, hay instituciones públicas cuyos peritos tienen sólidos conocimientos y experiencia (por ejemplo, el Servicio Médico Legal, Servicio de Impuestos Internos, etc.), lo que aligera el trámite de la acreditación o lo hace más flexible. De cierta manera, en estos casos nos encontramos con una pre-acreditación por el solo hecho de la pertenencia a estas instituciones. No obstante, ello no puede hacer prescindir de la necesaria acreditación del perito al litigante. Un ejercicio adecuado y sencillo podría ser del siguiente tenor:

Fiscal: Buenos días doña María.

Perito: Buenos días fiscal.

Fiscal: ¿Le podría decir al tribunal su área de especialización y el lugar dónde trabaja?

Perito: Soy médica de profesión, con especialidad forense en tanatología, y trabajo en el Servicio Médico Legal de Rancagua.

Fiscal: ¿En cuál universidad estudió?

Perito: Estudié en la Universidad de Chile medicina.

Fiscal: ¿Cuáles son las capacitaciones posteriores, sean postítulos o postgrados?

Perito: Tengo un postítulo en tanatología de la misma universidad, y un postgrado en pericias tanatológicas de la Universidad de Barcelona (España).

Fiscal: Dijo anteriormente que trabaja en el Servicio Médico Legal, ¿desde cuándo me gustaría saber?

Perito: Sí, en el Servicio Médico Legal, desde hace 10 años.

Fiscal: ¿Qué hace concretamente en el Servicio Médico Legal?

Perito: Hago pericias tanatológicas o autopsias, y también hago capacitaciones en estas materias a nuevos funcionarios.

Fiscal: ¿Cuántas autopsias ha hecho?

Perito: Más de 300, por lo menos.

3.4. Preparación del examen directo

La idoneidad del testigo también debe ser mirada desde otra óptica y es la que dice relación con saber qué puede aportar el testigo conforme a lo que sabe y también conocer sus especiales características. Sobre el primer punto, esto es, saber qué sabe el testigo, implica necesariamente conocer al testigo, sabiendo concretamente qué de su relato que se ha dicho en sede investigativa le sirve a la propia teoría del caso. Un testigo puede ratificar toda la teoría del caso de la Fiscalía, pero lo común será que aporte una parte de la historia que se busca narrar al tribunal (por ejemplo, que el testigo aporte las características de vestimenta del imputado el día del delito). De esta forma, el ejercicio de preparación consiste en ver los atributos de las distintas pruebas de las que cada parte se valdrá y cómo ellas aportan a la teoría del caso de cada una.

Ahora, para saber las especiales características del testigo, se requiere conocer a la persona, para así poder determinar qué cuestiones, conforme a sus características de narración, se podría advertir como veraz

para el tribunal. Esto implica saber si el testigo es un sujeto nervioso, olvidadizo, confuso, con un relato lato o resumido, etc. Todas estas cuestiones deben ser conocidas por el litigante, antes de la declaración del testigo en el juicio oral. Lo anterior, implica que es recomendable una entrevista personal previa con el testigo o perito.

Si bien alguna de las características pueden advertirse como negativas y puedan hacer dudar sobre la presentación en juicio del respectivo testigo o perito, es conveniente evaluar y dar una vuelta a este tema, analizando si las características que, de buenas a primeras, aparecen como negativas, se pueden presentar como positivas, otorgando veracidad al futuro relato. Recordemos que los testigos son personas comunes y corrientes. Al testigo, por su naturaleza de ser humano, le está permitido que olvide algunos episodios, que se emocione frente a algún relato, o que, incluso, se presente nervioso, entre otras de sus características. Acá la finalidad del litigante será analizar cómo le saca partido a esos atributos, y si hecho todo ese ejercicio, no los advierte como positivos, pasa a ser recomendable prescindir del testigo o perito para que nuestra teoría del caso no corra riesgo.

La acreditación como mecanismo de validación de testigos o peritos no necesariamente es una herramienta que deba utilizarse al iniciar el examen, sino que el litigante, evitando el uso mecánico o formal de la misma, debe identificar el punto y momento específico para concretarla, ya sea al inicio, durante o el finalizar la intervención del testigo o perito, de manera de consolidar su uso como un aporte a la valoración o ponderación del testimonio.

4. Desarrollo del examen directo

Tradicionalmente, como afirman Baytelman y Duce, el examen directo se puede estructurar en dos partes. Por un lado, la *acreditación* o *legitimación* ante el tribunal del testigo o perito y, por la otra parte, la *exposición de los hechos* atingentes a la teoría del caso del litigante que lo presenta[389].

Si bien aquí se propone un orden o estructura de producción del testimonio del testigo o perito, nada obsta a que se pueda alternar o incluso intercalar porque no se restan recíprocamente. Todo ello va a depender de cuánto se conozca al testigo o perito y qué es lo que se quiere presentar a propósito de él.

Es importante tener presente que es el testigo o perito quien aporta la información de la que queremos que el tribunal tome conocimiento. Esto implica dos cautelas a considerar. La primera, es que él es el medio de prueba, quien transmite la información al tribunal, y no el examinador. Por eso le está vedada a la parte que lo presenta sugerir respuestas o introducir información que no aporta el testigo o perito[390]. También, en esta misma línea, le está impedido al examinador realizar preguntas confusas, coactivas o capciosas y, en general, preguntas prohibidas (artículo 330 CPP). Otro recaudo es que el perito o testigo debe transmitir la información que el examinador pretenda y no otra.

389 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 83.

390 BLANCO *et al.* (2005), p. 176.

Como se desarrollará, existen preguntas a testigos o peritos que, por su finalidad o contenido, sirven al litigante que lo presenta para exponer de mejor forma su teoría del caso. Aquí tenemos un sinnúmero de clasificaciones que hace la doctrina sobre este tipo de preguntas[391], desde las que destacaremos las más recomendables para una buena estructuración del relato del testigo o perito.

Hay que adelantar que estas preguntas son recomendables para poder presentar de manera estructurada y prolija el relato del testigo o perito durante el desarrollo del examen directo, que estas formas no son excluyentes entre sí, por lo que se podrían aplicar de manera conjunta, y que nada obsta a que exista una fórmula distinta.

4.1. Preguntas cronológicas

Este tipo de preguntas estructura el relato del testigo o perito conforme la fecha o data de los acontecimientos. Esta forma secuencial permite una producción ordenada cronológicamente de los hechos, de manera que el tribunal comprenda su lógica de ocurrencia.

Las preguntas que se pueden hacer con estas características:

Fiscal: Don Luis, ¿qué estaba haciendo en momentos previos a la ocurrencia de los hechos?

Fiscal: ¿Me puede contar todo lo que hizo ese día el imputado desde que se levantó de la cama?

4.2. Preguntas temáticas

Este tipo de preguntas suelen hacerse en consideración a los temas que previamente ha determinado el litigante conforme a su teoría del caso. Así, si se trata de una imputación de distintos delitos, cada temática podría ser los hechos asociados a cada uno de ellos. También, cuando es un solo delito, las preguntas temáticas podrían concebirse como cada uno de los elementos del tipo penal por el que se acusa, o bien, por relevar un hecho concreto y acotado de participación del testigo o perito.

Veamos a continuación algunas formas de introducir este tipo de preguntas:

Fiscal: Don Luis, me gustaría que primero nos hable sobre el primer hecho que presenció y en que estaba involucrado el imputado, para que luego le cuente al tribunal qué sabe sobre el hecho de la venta de las mercaderías y qué escuchó de palabras del imputado.

Fiscal: Quería preguntarle, ¿qué observó que hizo el imputado para apropiarse de la cartera de la víctima?

391 BAYTELMAN y DUCE (2001), pp. 66 y ss.; BLANCO *et al.* (2005), pp. 175 y ss.; GARRIDO (2021), pp. 147 y ss.

5. Tipos de pregunta en el examen directo

Una vez definido el testigo o perito y cómo este contribuye a la teoría del caso del litigante, es tiempo de preparar las preguntas con las cuales se ha de develar esa información al tribunal. Esto implica que el examen directo, como técnica de interrogación, debe ser preparado[392]. No se trata de una acción improvisada, y menos de "salir a pescar", oración con que se conoce el ejercicio de preguntar sin saber la respuesta de forma previa.

El litigante debe definir las preguntas para obtener la información que desea de cara a establecer un presupuesto fáctico determinado de su teoría del caso.

La doctrina tiende a calificar el tipo de preguntas conforme a su propia naturaleza (preguntas abiertas, cerradas, etc.) o conforme al contenido o finalidad de las mismas (preguntas cronológicas, preguntas introductorias, etc.)[393]. Sin perjuicio de lo expuesto, lo que aquí interesa es hacer un desarrollo conforme la naturaleza de las preguntas, lo que colabora para saber qué tipo de interrogación es la legalmente permitida, para no ser objeto de objeciones por parte del contradictor, para luego revisar algunas formas recomendables de poder plantear el interrogatorio.

Las preguntas permitidas en el examen directo son las preguntas abiertas y las cerradas.

5.1. Preguntas introductorias y de acreditación

En primer término, hay que aclarar que las preguntas introductorias y de acreditación son dos tipos de preguntas con objetivo distinto, pero que se pueden confundir, de ahí su tratamiento conjunto.

Apuntan Blanco y otros, con razón, que las preguntas introductorias son aquellas que están destinadas a que el testigo o perito gane confianza en pos de la narración sustantiva que ha de emitir para asentar en todo o parte la teoría del caso del litigante que lo presenta. No es nada nuevo que la comparecencia a un tribunal es un hecho que infunde una fuerte presión para las personas. Más aún para una persona que nunca ha asistido de manera previa, y para quien es un suceso que puede provocar nerviosismo o incluso pánico. Por ello, estas cuestiones deben ser consideradas y tenidas en vistas por el litigante que presenta al testigo o perito, para generar un sosiego, paz o calma en su persona, que permita una fluida narración de los hechos que nos importa relevar al tribunal.

Incluso se podría decir que muchas veces este tipo de preguntas son más bien afirmaciones o parafraseo a preguntas que no tienen otro objetivo que transmitir confianza. Esto se alcanza con preguntas como:

Fiscal: ¡Buenos días don Luis! Le agradecemos poder contar con su testimonio para que el tribunal se entere de lo que sabe.

392 BLANCO *et al.* (2005), p. 175.

393 GARRIDO (2021), pp. 147 y ss.; BAYTELMAN y DUCE (2001), pp. 77 y ss.; BLANCO *et al.* (2005), p. 176 y ss.

Fiscal: ¿Me podría decir por favor cómo se compone su núcleo familiar y a qué se dedica cada uno/a de ellos/as? Quédese tranquilo porque se puede tomar el tiempo que desee para contestar apropiadamente.

Como habíamos comentado ya latamente, las preguntas de acreditación, también conocidas como de legitimación, son aquellas destinadas a que el testigo o perito resalte ante el tribunal los atributos para su credibilidad y confianza sobre los hechos que va a relatar. Por eso indicábamos que se sugería que fueran previas al relato de fondo o sustantivo a la teoría del caso de la parte que lo presenta.

5.2. Preguntas abiertas o narrativas

Las preguntas abiertas o narrativas (algún autor las concibe como diferentes)[394] son aquellas que invitan al testigo o perito a explayarse libremente sobre lo que sabe. Ejemplo de ello son preguntas como:

Fiscal: Don Luis, ¿podría decirle al tribunal lo que sabe a propósito de los hechos en que intervino?

Fiscal: ¿Usted podría decirle al tribunal lo que vio o escuchó el día de los hechos?

En este tipo de preguntas no hay intervención, con nuevas preguntas, por parte del interrogador. Por ello, es útil que se analice muy bien lo narrado por el testigo o perito. Vislumbrar si existe un relato coherente, lógico y ordenado es misión del interrogador y sus preguntas, posteriores a la narración del testigo o perito, pueden ir justamente en este camino.

Dejar que el testigo hable y cuente lo que sabe, si bien es bueno porque permite al tribunal apreciar la credibilidad del testigo por los detalles que entrega y los asertos de sus dichos[395], también puede generar un impacto negativo porque se desconoce alguna información por la parte que lo presenta. En otras palabras, no se conoce toda la historia o no existió un control del relato de manera previa a la declaración, ahí otra razón de la radical importancia de conocer al testigo o perito.

La técnica de preguntas abiertas también permite posteriormente dirigir preguntas cerradas, incluso sugestivas, siempre que la información haya sido introducida de manera previa por parte del testigo o perito. En otras palabras, existe un parafraseo por parte del litigante, que reitera cuestiones ya incorporadas por el medio de prueba, enfatizando de esa manera aquellos puntos que, conforme a su teoría del caso, pretende relevar al tribunal. Ejemplo de este ejercicio son preguntas del tipo:

Fiscal: Don Luis, usted señaló que vio al imputado con un arma de fuego, ¿podría decirnos –nuevamente– que hizo él con ella?

Fiscal: Usted dijo que el acusado le pegó a la víctima. ¿Cómo fue eso?

Por otro lado, la interrogación posterior a la narración puede ir en la línea de que el testigo o perito aclare cuestiones de su relato y releve aquellas que importan a la teoría del caso de quien lo presenta.

394 GARRIDO (2021), pp. 147 y 148.

395 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 78.

5.3. Preguntas cerradas

Este tipo de preguntas focalizan el testimonio del testigo o perito. Si bien son de naturaleza abierta, no sugieren respuesta, son más bien estructuradas y no permitan que el testigo o perito desarrolle de manera libre todo lo que sabe. Esto podría ser recomendable en caso de que no se sepa o se haya controlado su relato en forma previa. De esa manera su narración será más acotada o concreta, y con posibilidad que no se escape a puntos no conocidos por el litigante. Ejemplo de ello son preguntas como:

Fiscal: Don Luis, ¿qué hacía en su casa el jueves a eso de las 10 AM?

Fiscal: ¿Cuándo sucedió el incidente del que tuvo conocimiento?

Estas preguntas son recomendables para enfatizar determinados aspectos de la teoría del caso del litigante que, probablemente, las preguntas abiertas no obtendrían en un relato espontáneo del testigo o perito.

También estas preguntas pueden ser idóneas para reflejar en el tribunal contradicciones del imputado que hagan perder su credibilidad cuando este renunció a su derecho a guardar silencio, o deslegitimar a un testigo que ya declaró en juicio. Ejemplo de esto podrían ser preguntas como:

Fiscal: "Usted dijo que no se acuerda de la hora en que ocurrió el hecho, pero, ¿era de día o de noche?

Pregunta cerrada, no inductiva, porque se ofrece la totalidad de las opciones para que el testigo escoja su respuesta.

Pueden existir preguntas cerradas inductivas, porque ofrecen un margen limitado de opciones.

- El Mazda 3 que usted vio, ¿era rojo o negro?

Las preguntas cerradas e inductivas están prohibidas durante el examen directo.

Hay que destacar que Baytelman y Duce han afirmado, como buena práctica, que las preguntas cerradas pueden ser utilizadas para refrescar memoria y para interrogar testigos poco aptos, como aquellos que son muy jóvenes, tímidos o los que se puedan confundir con preguntas abiertas[396].

6. Especial situación del testigo menor de edad

Los testigos menores de edad solo pueden ser interrogados, conforme lo establece el artículo 310 del CPP, por intermedio del juez presidente de la sala del tribunal. Esto implica que la Fiscalía y resto de intervinientes deben dirigir sus preguntas a esta figura del tribunal quien, a su vez, la dirige al menor de edad.

Las razones que están tras esta metodología obedecen a resguardar los derechos de los NNA, prevaleciendo su interés superior.

396 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 82.

Es recomendable que en la elaboración de las preguntas y su explicitación al juez presidente, el litigante considere si la pregunta es inteligible para el menor y utilice palabras de fácil comprensión en consideración a su género y edad. En esta línea, también es necesario que se pida explicación de ciertas expresiones propias de los NNA que configuran lo que se conoce como lenguaje infantil o juvenil (preadolescencia o adolescencia) o modismos, que muchas veces no son conocidas por los jueces o adultos en general (por ejemplo, trolear, dar jugo, fiambre, etc.).

Por otro lado, tenemos la especial declaración de NNA que, para evitar su victimización secundaria, siendo víctimas de los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, y en los artículos 141, incisos cuarto y quinto; 142; 372 bis; 374 bis; 390; 390 bis; 390 ter; 391; 395; 397 número 1; 411 bis; 411 ter; 411 quáter, y 433, número 1, todos del CP, deben declarar conforme lo previsto en la Ley N°21.057, que regula la entrevista grabada en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

7. Situaciones especiales de algunos testigos

Existen algunos testigos que por su investidura o cargo público, o su especial condición o impedimento, debidamente calificado por el tribunal, como los testigos sordomudos y extranjeros, declaran conforme a reglas especiales o de excepción que a continuación revisaremos.

7.1. Testigo que detenta un cargo público de autoridad

Existen algunos testigos que, debido a su investidura o cargo público, si bien están obligados a declarar, no lo están a concurrir a la sede judicial. El detalle de estas personalidades del mundo público se regula en el artículo 300 del CPP y son:

1. El Presidente de la República y los ex Presidentes; los Ministros de Estado; los Senadores y Diputados; los miembros de la Corte Suprema; los integrantes del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República, y el Fiscal Nacional.

2. Los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile, y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile.

Estas personas declaran y son interrogadas en el lugar donde ejercen sus funciones o en su domicilio particular. Para dichos efectos, deben proponer oportunamente una fecha y lugar. Si no lo hacen, el tribunal lo determina.

En caso de inasistencia del testigo, se aplicarán las normas generales. A la audiencia ante el tribunal tendrán siempre derecho a asistir los intervinientes. El tribunal podrá calificar las preguntas que se dirijan al testigo, teniendo en cuenta su pertinencia con los hechos y la investidura o estado del deponente (artículo 301 del CPP).

Existen otros testigos que solo podrán declarar por informe si así lo estiman, pues no están obligados a comparecer ni a declarar. Ellos son los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia (artículo 300 letra c) CPP). Al efecto se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del ministerio respectivo.

7.2. Testigo que por enfermedad grave u otro impedimento calificado se hallare con imposibilidad de concurrir al tribunal

Estos testigos son los que por sí o por los intervinientes han comunicado al tribunal su imposibilidad de concurrencia física al tribunal para la fecha del juicio oral por padecer una enfermedad grave u otro impedimento similar. Tratándose de estos testigos serán interrogadas en el lugar de su trabajo o en su domicilio. A tal efecto, deben proponer oportunamente la fecha y el lugar correspondientes. Si así no lo hicieren, los fijará el tribunal. En caso de inasistencia del testigo, se aplicarán las normas generales (artículo 299 del CPP). A la audiencia ante el tribunal tendrán siempre derecho a asistir los intervinientes. El tribunal podrá calificar las preguntas que se dirigieren al testigo, teniendo en cuenta su pertinencia con los hechos y estado del deponente.

En estos casos es recomendable acompañar antecedentes médicos que justifiquen la petición y, especialmente, que den cuenta que el testigo padece una enfermedad grave que hace poco recomendable su concurrencia al tribunal, pues recordemos que esto debe ser debidamente ponderado por el tribunal. Además, la norma permite que se trate de algún otro impedimento distinto a enfermedad, siempre calificado por el tribunal. Acá podrían existir situaciones, por ejemplo, como la ausencia del territorio del tribunal por un funeral, matrimonio, enfermedad de cónyuge o hijos, etc. También, como se dijo, sería recomendable poder justificar con antecedentes escritos.

La oportunidad para solicitar esta dispensa va desde el momento en el que el testigo fue notificado de su citación al juicio oral hasta el momento del propio juicio y el momento de determinar la disponibilidad de los testigos en sede del tribunal.

Para terminar, si el presupuesto es que el testigo se encuentra fuera del territorio del tribunal o de la República, por una enfermedad grave o situación grave que también debe calificar el tribunal, nada obsta que se pueda solicitar su declaración por videoconferencia conforme lo dispuesto en el artículo 308 del CPP, a propósito de la protección de testigos, cuya interpretación sistemática permitiría su extensión para estos casos (sin perjuicio que bajo estado de catástrofe lo permite la Ley N°21.394 (Covid), existen diferentes proyectos legislativos en discusión que van ese sentido). Todo sin perjuicio que el propio artículo 329 del mismo cuerpo legal, permite a los testigos o peritos no comparecer a declarar en casos graves y difíciles de superar, y hacerlo por videoconferencia u otro medio tecnológico similar. Aunque en estos casos, deben ser solicitados para discutirse en audiencia previa citada al efecto.

7.3. Testigo sordo mudo y extranjero que no conoce el idioma castellano

La situación del testigo sordo mudo está regulada en el artículo 311 del CPP. Si es sordo las preguntas se le deben dirigir por escrito, en cambio, cuando fuese mudo deberá dar las respuestas por escrito.

Si no fuere posible proceder de esa manera, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas capaces de entenderse con él por signos, o que comprendan a los sordomudos. Estas personas prestarán previamente el juramento o promesa prescritos en el artículo 306.

El caso de los extranjeros que no conozcan el idioma castellano no está regulado en nuestra legislación. Sin embargo, por razones obvias, habría que seguir con ellos lo mismo señalado en el párrafo anterior, pero ajustado a su propia realidad. Esto quiere decir que se hace necesaria la utilización de intérpretes que serán, para los efectos probatorios, peritos, debiéndose introducir como tales, esto es, perito en lengua extranjera y dando cuenta de sus credenciales en la materia.

8. Protección a las víctimas, testigos y peritos por su declaración en juicio

Una de las funciones constitucionales del Ministerio Público es dar protección a víctimas y testigos (artículos 83 CPR y 1 de la LOCMP). En ese sentido, la declaración en juicio de víctimas y testigos también debe estar provista de protección por parte del persecutor. Ello para evitar hostigamientos y amenazas del imputado y sus cercanos, y también con la clara intención de evitar victimización secundaria para la víctima, que en algunos casos es más nociva que la victimización primaria o la que deriva del propio padecimiento del delito.

La protección que se les debe brindar a las víctimas y testigos es antes, durante y después de la declaración en juicio. La protección es un deber constitucional y legal que no está sujeto a oportunidad o tiempo.

A su vez, la declaración de víctimas y testigos en el juicio oral o ante una eventual declaración anticipada ante el juez de garantía, conforme lo preceptuado en el artículo 308 del CPP, puede estar sometida a medidas especiales de seguridad cuya finalidad es proteger su seguridad.

El presupuesto de esta petición es que se trate de casos graves y calificados. Entendiéndose por ellos, aquellos en que han existido malos tratos de obra y amenazas en los términos de la ley penal, contra la víctima o un testigo (artículo 296 CP)[397]. Se trata de situaciones cuya gravedad debe ser apreciada por el tribunal conforme la seriedad de los antecedentes que se le presenten. El legitimado para ello es la propia víctima o testigo o el persecutor, que siempre estará obligado a solicitar medidas de protección a su respecto.

Tratándose de aquellos casos en que han existido amenazas de las previstas en el artículo 296 del CP, el tribunal para resolver la medida de protección o seguridad puede oír de manera reservada al respectivo testigo, sin la presencia de ningún interviniente.

397 GARRIDO (2021), p. 71.

También podría ser un antecedente grave y calificado para solicitar medidas de protección, la especial victimización secundaria para la víctima que su comparecencia personal a sede del tribunal le pueda ocasionar.

Las medidas que se pueden solicitar al tribunal son que la víctima o el testigo declare:

1. Vía sistema de videoconferencia;

2. Separado del resto de la sala de audiencia mediante algún sistema de obstrucción visual (por ejemplo, uso de biombo o caracterizado con disfraz);

3. Otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que la ley procesal contempla una serie de medidas para proteger la intimidad, honor y seguridad, que constituyen una excepción al principio de publicidad del juicio oral, y podrían beneficiar a víctimas y testigos. Nos referimos a las medidas contempladas en el artículo 289 del CPP, que deben ser solicitadas expresamente y concedidas por resolución fundada por el tribunal. Ellas son en lo pertinente:

1. Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia;

2. Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, y

3. Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

Todo lo dicho en este título sobre los testigos, en el evento de concurrir los presupuestos necesarios, se aplica también a los peritos conforme lo previsto en el artículo 322 del CPP.

9. Técnicas relevantes e incorporación de prueba relacionada

Bajo el rótulo de técnicas complementarias se pretende revisar una serie de recomendaciones o buenas prácticas para un mejor ejercicio del examen directo.

9.1. Evitar muletillas

La que se refiere a la voz o frase que se repite en demasía por el hábito. En ese sentido, el litigante tiene que evitar esas frases recurrentes, como por ejemplo “cierto”, “ya” u otras, porque producen desconcentración de los miembros del tribunal.

9.2. Preguntas claras y concretas

La formulación de las preguntas debe ser adecuada, de ahí la necesidad que ellas sean preparadas de manera previa en lo posible.

Las preguntas deben ser fácilmente inteligibles para el testigo o perito. Ello implica que no deben ser confusas, impertinentes y reiterativas.

9.3. La teoría del caso intenciona las preguntas

Debemos recordar que la construcción de las preguntas del examen directo se realiza determinando como cada testigo o perito, o elemento de prueba en general, contribuye a la teoría del caso del litigante.

Ello implica que no se puede pretender obtener toda la información que se quiere relevar al tribunal desde un solo medio de prueba o con la interrogación a un solo testigo. Cada testigo o perito, a modo de un rompecabezas, contribuye con distinta información, a veces incluso poca, pero la suma de ellas configura la teoría del caso.

9.4. Evitar salir a pescar

También referimos antes que hay que evitar aquellas preguntas cuya respuesta no sabemos, pues le pueden hacer un flaco favor a la teoría del caso propia, debilitándola o incluso aniquilándola.

Así, las preguntas deben enmarcarse en las respuestas que sabemos podrá dar el testigo o perito al tribunal.

9.5. El que introduce la información es el testigo o perito

Es un defecto anotado por la doctrina especializada, que en el examen directo se hagan preguntas extremadamente largas por el litigante para introducir información[398].

Hay que recordar que lo que se realiza con este interrogatorio es introducir información sobre presupuestos fácticos (hechos) y eso lo hace el testigo y no la parte que lo presenta.

Tampoco pueden existir juicios o valoraciones del interrogador en la formulación de preguntas. Aparte de restar credibilidad ante el tribunal, este espera siempre que la información sea introducida por los testigos. Además, el litigante tendrá la oportunidad de emitir juicios o hacer valoraciones el momento de la clausura.

398 GARRIDO (2021), p. 177.

9.6. Ayuda de memoria

Probablemente una de las cuestiones que es recurrente en algunos testigos, es que se olviden en sus declaraciones de cuestiones sumamente relevantes para la teoría del caso. Esto se produce porque nuestro cerebro es el encargado de adquirir, procesar y almacenar grandes cantidades de información, pero a veces los deslices del día a día pueden hacerte olvidar algo, incluso algo en lo que estabas pensando. Esto probablemente se agudiza más con la presión que significa para un testigo estar en la sede de un tribunal y relatar lo que se sabe delante de mucha gente desconocida. Para abordar esta situación, existen dos formas recomendables con distintos alcances, una que podríamos calificar como "recordar preguntando" y, otra, que se denomina "refrescar memoria", la cual se encuentra reconocida en la legislación procesal.

La primera, recordar preguntando, es un ejercicio consistente en que el testigo haga memoria de aquello que necesitamos que diga mediante la realización de preguntas cerradas. Esto se logra con preguntas como: ¿cómo era el sitio?; ¿qué vio?; ¿qué oyó?; ¿a qué olía?; ¿había alguien con Ud.?, si es así, ¿quién?; ¿qué ropa llevaba?; ¿cuál era su postura?; etc.

En el evento que la técnica anterior no dé los resultados esperados existe una estrategia que reconoce la propia legislación, pero eventualmente podría no tener el impacto esperado en términos de credibilidad del testigo por parte del tribunal. Se trata del ejercicio de refrescar memoria que contempla el artículo 332 del CPP. Para ello, es necesario que el testigo haya prestado declaración previa ante la policía, la Fiscalía o incluso juez de garantía, y se le refresca memoria en base a esa declaración.

Se ha discutido si se puede refrescar memoria con las declaraciones prestadas en sede policial, pues la norma del artículo 332 no se refiere a esa posibilidad. No obstante, aquello debe ser entendido solo para el imputado por razones de protección (para evitar presiones indebidas de la policía de cara a alcanzar una confesión), no así para los testigos donde la doctrina manifiesta o entiende una interpretación amplia de la norma en cuestión[399].

Para el ejercicio adecuado de esta técnica mencionaremos una serie de pasos que facilitarán su ejecución[400]:

1. Existencia de un manifiesto olvido del testigo sobre algún punto que sea importante relevar al tribunal conforme a la propia teoría del caso.

2. Que la narración omitida por el testigo conste en una declaración previa prestada ante policía, fiscal o juez de garantía.

3. Constatación del, o los, hecho(s) olvidado(s) por parte del testigo ante el tribunal.

   Por ejemplo, "¿Don Luis, recuerda el color del arma?".

4. Reconocimiento de una declaración previa por parte el testigo. Para ello, es recomendable que el sujeto reconozca haber prestado una declaración anterior, ojalá individualizando ante quién y una fecha aproximada.

399 BLANCO *et al.* (2005), p. 234.

400 BLANCO *et al.* (2005), p. 235.

Por ejemplo, "¿Recuerda haber prestado una declaración anterior, ante fiscalía o policía?".

5. Ayuda de memoria con la declaración previa. La idea es dejarle claro al testigo que previamente reconoció haber prestado una declaración previa que la podría leer al objeto de recordar lo olvidado.

   Por ejemplo, "Don Luis, si usted leyera lo que declaró en esa oportunidad, ¿lo recordaría?".

6. Solicitar autorización al tribunal para el ejercicio legal previsto en el artículo 332 del CPP. Para dichos efectos será necesario marcar el párrafo que debe leer el testigo y hacérselos saber al contradictor exhibiéndole la declaración y la parte previamente marcada.

7. Validación de la declaración anterior. Previa autorización por parte del tribunal, y conocido el texto sobre el que se basará el ejercicio por el contradictor, procede que el testigo reconozca como suya la declaración. Para tal cuestión, es menester que se exhiba la declaración y que el testigo reconozca en voz alta ante el tribunal su firma estampada en el documento y la fecha en que se prestó la declaración.

8. Lectura silenciosa. Acto seguido, se le pide al testigo que lea para sí –en silencio– la declaración marcada.

9. Repreguntar. Una vez leído por el testigo la parte de la declaración, corresponde nuevamente preguntar aquello que no tuvo respuesta en una primera oportunidad.

Por ejemplo, "¿Don Luis, recuerda el color del arma?".

Los pasos anteriores dan cuenta de un adecuado ejercicio de refrescar memoria.

Para concluir con este punto, hay que hacer dos menciones importantes a tener presente.

La primera, pues es un error recurrente, que es el testigo quien lee su declaración en silencio y no el litigante quien lee en voz alta la declaración.

Seguidamente, en segundo lugar, todo lo dicho para el ejercicio de refrescar memoria para testigos también se puede aplicar a peritos, porque se aplican a su respecto, conforme al artículo 319 del CPP, supletoriamente las normas establecidas para los testigos, siendo la del artículo 332 una de aquellas.

Por otra parte, la incorporación de prueba relacionada apunta a que es una buena práctica incorporar otros medios de prueba (fotografías, videos, planos, evidencia material, etc.) mediante la declaración y reconocimiento de los testigos presentados por el litigante y que son parte del examen directo. Esta técnica da cohesión a que la prueba que se presenta forma parte de la teoría del caso y no una fuente aislada o descontextualizada. Una forma de hacer aquello se puede graficar con el siguiente ejemplo de preguntas:

Fiscal: Don Luis, usted dio detalles del arma homicida, ¿si la viera la podría reconocer?

Fiscal: Ud. nos señaló que los hechos fueron en calle Libertad, si le muestro algunas fotografías, ¿podría reconocer el lugar?

También es recomendable que el testigo relate al tenor de los medios de prueba que se le pide reconocer para introducir en juicio. Esta narración se debe concentrar en contextualizar la fuente probatoria al tenor de la teoría del caso. Por ejemplo, que esa era la pistola que tenía el imputado, la portaba en la mano derecha y con la cual apuntó y disparó a la víctima.

10. ¿Qué es lo que no debo hacer en el examen directo?

La ley, la doctrina y la experiencia de los litigantes han establecido, o recogido, ciertas técnicas de interrogatorio o tipos de preguntas prohibidas o no recomendables para el interrogatorio directo, a fin de conseguir un resultado exitoso, las que en síntesis serían: prohibición de usar preguntas sugestivas, evitar repetir preguntas, no pedir opinión, ni formular preguntas compuestas a un testigo. A continuación, veremos el fundamento que se encuentra bajo estas prohibiciones o recomendaciones.

10.1. Preguntas sugestivas

Partiendo de la premisa que la fuente de información es el testigo, quien se convierte así en el protagonista del juicio oral, las preguntas que se le formulen deben permitirle, por tanto, dar *"razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare"*, siendo el uso de preguntas abiertas las que permiten conseguir este objetivo, que constituye además la única manera de "verificar la capacidad de percepción, la solidez y coherencia de su relato"[401]. El contenido esperable de la declaración de un testigo "consistirá en haber visto, oído o, en general, percibido alguna cosa, que puede ser el hecho consistente en el delito y sus circunstancias o una prueba del mismo"[402]. La información que aporta un testigo o perito debe provenir del conocimiento que posee en relación a los temas que se le preguntan y no fruto de un artilugio mañoso del abogado, con intención de influir en lo que relata[403].

Es por esto que la mayoría de los códigos procesales de Iberoamérica prohíben las preguntas sugestivas en esta etapa del interrogatorio[404]. Las preguntas sugestivas contienen un dato o información que, todavía, el testigo no ha referido y restringen la entrega de información por parte del testigo, que se ve obligado a confirmar o negar la afirmación que se encuentra implícita en este tipo de preguntas, no dando espacio para aclaraciones o especificidades que puedan venir al caso. Esta falta de matices puede producir la introducción de información distinta a aquella que se entregaría en un relato libre por parte de quien es citado a declarar como testigo. En nuestro CPP, en el artículo 330, al regular el interrogatorio de testigos y peritos, se consigna, entre otras prohibiciones, que la parte que los presenta no puede preguntar de manera sugestiva. Se trata de prohibiciones absolutas respecto a los métodos de interrogación[405].

El fundamento principal de esta prohibición dice relación con mantener la igualdad de armas en el juicio, dado que la parte que presenta a un testigo lo hace porque su testimonio favorece, en alguna medida[406],

401 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 292.
402 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 291 .
403 BLANCO *et al.* (2005), p. 194.
404 SANABRIA (2015), p. 31.
405 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 290.
406 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 290.

lo que es conocido por dicho testigo, quien intentará afirmar las proposiciones implícitas en las preguntas de su interrogador. Lo anterior es una reacción natural, dado que está convencido de lo que vio, percibió o escuchó.

Un fundamento distinto para la proscripción de este tipo de preguntas en el interrogatorio, dice relación con sancionar al litigante que no prepara el interrogatorio según las particularidades y desafíos que representa cada testigo y pretende introducir él mismo la información que quiera al juicio, intentando transparentarla mediante la supuesta declaración del testigo, en un intento desesperado de encontrar corroboración a las informaciones efectuadas en su alegato de apertura. Un ejemplo de pregunta sugestiva es "¿cómo era el cuchillo con que lo asaltaron?", por cierto, en el caso que aún el declarante no haya mencionado haber sido asaltado con un cuchillo[407]. Un ejemplo de interrogatorio basado en preguntas sugestivas en un juicio oral seguido por el delito de apropiación indebida, podría ser:

Sra. Juana, ¿entregó su auto al taller "Don Manolo"?

¿Ese auto es un Toyota Yaris, año 2010?

¿Su valor es de 5 millones de pesos?

¿Su costo de reparación era de 1 millón de pesos?

¿El auto debía ser entregado 10 días después?

¿Pero hasta hoy no ha obtenido su entrega?

¿Desde que lo llevó a reparar ha pasado más de 1 año?

¿Usted ha intentado retirarlo en repetidas ocasiones?

A esta serie de preguntas formuladas por el acusador, y considerando que la víctima es una testigo de cargo, debiesen obtenerse como respuestas reiterados "Sí", lo que demuestra la poca calidad de la información recibida por los jueces, porque por una parte la testigo no es la que aporta la información, sino que se limita a confirmarla y, por otro, porque al no dar razón de sus dichos, no permite al tribunal hacerse de un escenario completo de lo sucedido.

Además, las preguntas sugestivas menguan la credibilidad del testigo y, por tanto, su rendimiento probatorio, porque frente a respuestas cortas y sin desarrollo "los jueces adquieren la impresión de que el testigo es un monigote sobrepreparado y que solo está en condiciones de responder con monosílabos"[408]. Por otra parte, si un interrogatorio obtiene escuetas respuestas, el tribunal no podrá observar la expresión corporal naturalmente cambiante de un testigo que presta un relato libre, variaciones que irán acorde con la complejidad o dificultad personal para relatar los hechos, lo que sin duda hace más creíble sus dichos.

407 SÓLORZANO (2011), p. 153.

408 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 82.

10.2. Repetir preguntas

Si se repiten preguntas solo con la intención que el testigo se explaye más en su relato, seguramente logrará que crea que dijo algo incorrecto, por lo que se pondrá nervioso y eventualmente se contradecirá con lo ya señalado, desacreditándose como testigo. Incluso en el caso que el testigo relate lo declarado en la etapa investigativa, lo que puede deberse a varios motivos, entre ellos al olvido, tampoco es una opción útil insistir en la misma pregunta.

Si creemos que la falta de relato obedece a olvido o nerviosismo, se puede intentar explorar otros temas sencillos de recordar y volver luego sobre el asunto inconcluso, habiendo ayudado al testigo a relatar hechos periféricos, pero que puedan facilitar el recuerdo.

Un ejemplo de lo recién señalado lo consigna un manual de autores nacionales: "Fiscal: "¿Recuerda el color del auto?". Testigo: "No lo recuerdo". Fiscal: "¿Dónde estaba usted el día que vio los hechos?". Testigo: "En la calle... ". Fiscal: "¿En qué lugar específico de dicha calle?". Testigo: "En el estacionamiento del supermercado... ". Fiscal: "¿Qué lograba ver desde el lugar en el que se encontraba Ud.?". Testigo: "Lograba ver personas y autos". Fiscal: "¿Cuántos autos?". Testigo: "Muchos autos". Fiscal: "¿Le llamó alguno la atención?". Testigo: "Sí, ahora recuerdo que había un Toyota blanco"[409].

10.3. En general, no pedir opiniones

Esta recomendación dice relación con el respeto a la naturaleza del procedimiento adversarial, en el que los roles y funciones de cada parte del proceso se encuentran claramente delimitados en pro de un juicio con igualdad de armas. Por ello el interrogatorio directo tiene sus reglas, a fin de evitar contaminación de la información que ingresa al juicio oral. De tratarse de valoraciones u opiniones acerca de la gravedad del caso o de la calidad de la prueba, ello es propio de los alegatos de clausura de los intervinientes. Que el testimonio sea la *experiencia* de un hecho, narrada por quien tiene una "apreciación personal y subjetiva" de lo oído, visto o percibido, "no significa que el testigo pueda emitir *opiniones, conjeturas o creencias*", sin que pueda enlazarlos de algún modo con elementos fácticos[410].

Lo dicho no obsta a que un testigo dé su opinión de lo que captó por sus sentidos de la experiencia vivida, por ejemplo, si se trataba de un día helado, o dé su opinión fundada en su experiencia o conocimientos, lo que podría ser ilustrativo para el tribunal.

Fiscal: ¿Usted dijo que el acusado, su vecino, la saludaba cada vez que la veía?

Testigo: Sí.

Fiscal: ¿Y que generalmente conversaba algunos momentos con usted.?

Testigo: Sí.

409 BLANCO *et al.* (2005), p. 184.

410 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 292.

Fiscal: Pero que ese día pasó a su lado y no la saludó.

Testigo: No me saludó y cuando me vio agachó la cabeza.

Fiscal: ¿Esa conducta le llamó la atención?

Testigo: Sí, claro.

Fiscal: ¿Y por qué cree usted que se comportó así?

Testigo: Mire, yo soy profesora general básica y puso la típica cara del niño que hizo algo malo. Esa es mi impresión, que había hecho algo malo.

10.4. Preguntas compuestas

También son inadmisibles en el examen directo, las preguntas engañosas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo, así como las que fueren formuladas en términos poco claros, caso de las preguntas capciosas, confusas, o compuestas. Pero a diferencia del fundamento de la prohibición de las preguntas sugestivas, acá no se encuentra en riesgo contaminar al tribunal con información introducida por el litigante en lugar del testigo, sino que, todo lo contrario, lo que sucedería es que no ingrese información alguna. Por ello se estima que estas reglas sean de menor relevancia, "pues resulta obvio estimar que el examinador directo intentará evitar preguntas que puedan confundir o intimidar a su propio testigo, razón por la que resultará igualmente absurdo que el litigante contrario objete"[411].

El inciso 3 del artículo 330 del CPP, también prohíbe las preguntas "formuladas en términos poco claros" es decir las confusas, ambiguas o vagas. Es decir, se trata de preguntas sin la claridad necesaria para ser entendidas, por ejemplo, preguntas cuyo contenido posee demasiada información, haciendo muy difícil que el testigo distinga lo que se está preguntando, pudiendo siempre equivocarse.

11. Los testigos complejos y la especial situación de la víctima

Entendemos por testigos complejos, aquellos testigos que presentan ciertas particularidades que abordar, para posibilitar que su testimonio sea útil como prueba de cargo. Estas consideraciones pueden tener lugar, ya sea en la fase de preparación, durante el testimonio mismo o en ambas, marcando una diferencia con el resto de los testigos en general. Este tipo de testigos son: policía, perito e imputado (acusado).

En el caso de la víctima, abordaremos su declaración como testigo, lo que ha sido discutido y resuelto jurisprudencialmente, así como el debate sobre la aplicación del derecho a guardar silencio establecido en el artículo 302 del CPP, especialmente tratándose de testigos víctimas de violencia de género a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país como suscriptor de tratados de derechos humanos que proscriben toda forma de violencia y discriminación contra la mujer –nos referimos a la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y a la Convención sobre

411 BLANCO *et al.* (2005), p. 177.

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la cual comprende dentro de su ámbito de competencia la preocupación por la violencia en contra de la mujer, desde el momento en que la afecta en forma desproporcionada o solo por el hecho de ser mujer–.

11.1. Declaración del acusado

Artículo 19 Nº 7 letra f) CPR: "En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley".

Debido a esta prohibición de declaración bajo juramento, cada vez que un imputado declare el juez se limita a exhortarlo a decir verdad y a responder en la forma más clara posible las preguntas que las partes formulen. En cuanto a la manera en que se recibe la declaración del imputado, en caso de solicitarse por la defensa que sea oído su representado en una etapa anterior al juicio oral, el artículo 98 del CPP establece que se fijará al efecto una audiencia a la cual podrán asistir todos los intervinientes.

Si la declaración del acusado se quiere prestar al inicio del juicio oral, el artículo 326 del CPP establece expresamente el orden en que puede ser interrogado –primero el fiscal, seguido por el querellante, y por último el defensor–, precisando que todos los intervinientes lo interrogan "directamente". Esto dio lugar a interrogantes en su momento, ya que como se ha dicho, un interrogatorio directo mediante preguntas abiertas es propio de los testigos de la parte que los presenta y es claro que una declaración de un acusado será un medio de defensa y por tanto antagónico a la acusación fiscal y particular si la hubiere, por lo que carece de cualquier sentido que la parte acusadora no pueda preguntar sugestivamente. El imputado no tiene obligación de colaboración con el Estado al esclarecimiento del delito que se le atribuye, por lo que sus declaraciones son facultativas y deben ser vistas como medios de defensa[412].

En opinión de los autores nacionales Blanco, Moreno, Decap y Rojas, refiriéndose a las distintas interpretaciones judiciales de la norma, la interpretación que es más armónica con "las reglas de la litigación", la interpretación mayoritaria de los jueces –que permiten preguntas sugestivas por parte de fiscal y querellante–, y porque en la práctica el defensor estará interrogando a un testigo propio, le resulta aplicable la regla contenida en el artículo 330 del CPP, que prohíbe respecto de estos testigos preguntas sugestivas[413].

Durante la etapa probatoria del juicio oral en el caso que declare el acusado lo hará como testigo de la defensa, por lo que aplica la regla general establecida en el artículo 329 del CPP, comenzando con el interrogatorio directo la defensa, para luego ser contrainterrogado por la Fiscalía y el querellante.

11.2. Declaración de policías

Con ellos es importante preparación previa, dada la gran cantidad de procedimientos, incluso muchos similares, que pueden llevar a confusiones para identificar el caso respecto del cual han sido citados a declarar.

412 HORWITZ (2003), p. 9 (141).

413 BLANCO *et al.* (2005), p. 167.

También tener presente que la declaración de un policía puede entregar mayor información que la que pudo captar mediante sus sentidos, porque además podría referirse a "conocimientos que se adquieren en el proceso de permanente formación policial", en el caso que se trate de un policía con vasta experiencia y ello haya sido expuesto durante su acreditación, así, "un policía podría ser al mismo tiempo testigo de los hechos y experto sobre algún aspecto de los hechos que observó. Por ejemplo: Examinador: "Tomando en consideración la experiencia de quince años que Ud. tiene en este tipo de procedimientos, ¿cuál es el modus operandi clásico de quienes roban autos?""[414].

11.3. Declaración de peritos

El tipo de preguntas que se pueden realizar durante el examen directo del perito, se regulan de la misma manera que en cuanto a los testigos en el ya citado artículo 330 del CPP, por lo que existen las mismas restricciones: no se pueden formular preguntas sugestivas, capciosas, que tergiversen la prueba, ambiguas o vagas, compuestas, coactivas, etc.

Si bien a los testigos se les realizan preguntas para acreditar su capacidad testimonial, en el caso de los peritos este aspecto es aún más relevante, pues la acreditación del perito permite anticipar preguntas del contraexamen de la defensa que tengan por finalidad generar dudas sobre el nivel de conocimiento y preparación de nuestro perito. Así la acreditación de los peritos debe ser tan específica, como lo sea la pericia sobre la cual expondrá y responderá preguntas.

En el área de las ciencias, la generalidad de los procedimientos de evaluación se encuentran estandarizados y acreditados, por lo que es esencial consultar a nuestro perito sobre la metodología empleada, para que el tribunal considere que el peritaje se construyó sobre bases sólidas y válidas científicamente y no desconozca o relativice sus conclusiones ante eventuales metapericias que eventualmente genere la defensa.

11.4. Declaración de la víctima

La víctima es un interviniente en el proceso penal y no recibe el nombre de testigo en el CPP. Incluso la Corte Suprema ha señalado expresamente que la víctima no tiene ese carácter y que no puede ser considerada testigo para los efectos de asegurar su comparecencia compulsiva al juicio oral, en caso de no asistir estando citada como parte del listado de testigos del fiscal[415].

El fallo de la Corte Suprema referido en el párrafo anterior es el Rol Nº 1.989-2002, que fue dictado el 2 de octubre del año 2002, con motivo de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de una sentencia absolutoria dictada por el TJOP de Temuco que no accedió a suspender el juicio oral, según lo solicitara el Ministerio Público, para conseguir la asistencia mediante arresto de la víctima, que no obstante haber sido válidamente citada no compareció a declarar. En el considerando tercero, la sentencia afirma:

"... debe tenerse en cuenta que la víctima del delito en el nuevo proceso penal, a diferencia de lo que parece sostener el recurrente, no es un testigo, es decir, un tercero ajeno a dicho procedimiento pero que depone

414 BLANCO *et al.* (2005), p. 168.

415 BLANCO *et al.* (2005), p. 170.

sobre hechos que interesa acreditar a los intervinientes en él, sino uno de estos últimos, como lo pone de manifiesto expresamente el Código Procesal Penal en su artículo 12, que lo parangona con el fiscal, el imputado, el defensor y el querellante, al paso que el Título IV del Libro I de ese mismo cuerpo de leyes lo incluye, en su párrafo 6º, entre los "sujetos procesales". En esa condición, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 109, letra e) del Código Procesal Penal, la víctima tiene el derecho a "ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiera término a la causa"; en cambio, de ninguna disposición de la nueva legislación puede deducirse que gravite sobre el ofendido una especie de "obligación de hacerse oír a toda costa cuando el Ministerio Público o el tribunal lo juzgue oportuno para el éxito de la investigación o para el establecimiento de los hechos. Esta obligación existe para el testigo, porque la sociedad le impone que contribuya con sus declaraciones al esclarecimiento de la verdad procesal en interés de los intervinientes en el proceso.....la víctima, por el contrario, en tanto es uno de los sujetos del proceso, puede, precisamente por ello, declinar su interés en los resultados de éste y, por consiguiente, su derecho a expresar "su verdad" sobre los hechos. Resultaría ciertamente paradójico que, mientras se reconoce siempre a los imputados el derecho a callar o a decir sólo aquello que considere conveniente, como se deduce del contexto del Código Procesal Penal y, en especial, de sus artículos 98, 194, 195 y 326, el ofendido, en cambio, se viese forzado a prestar declaración, incluso contra su voluntad. Y, sin embargo, a esto último tiende la pretensión de apercibirlo con un arresto si no accede a concurrir al Juicio Oral y a declarar en él".

En el considerando cuarto agrega: "... la ley ha premunido al Ministerio Público de recursos tendientes a disipar los temores de la víctima y convencerla de la conveniencia e importancia de declarar (artículos 77 y 109, letra a) del Código Procesal Penal). Por ende, y puesto que la investigación y esclarecimiento de los hechos es su responsabilidad, también le compete a él obtener la aquiescencia de la víctima para comparecer y declarar".

En definitiva, la Corte rechaza el recurso de nulidad interpuesto.

Se comparten estos argumentos de tendientes a evitar la "victimización secundaria" que un arresto ocasionaría a la víctima y que debido a ello el Ministerio Público debe procurar asegurar las condiciones para que las víctimas participen activamente y sin presiones en el juicio oral.

Se manifiesta en forma crítica contra esta sentencia Horvitz, haciendo ver que así como el CPP otorga a la víctima ciertos derechos en el proceso penal al reconocerle la calidad de interviniente del mismo (artículos 12 y 109 del CPP), a la vez le impone ciertos deberes, como cualquier persona, de colaborar con la persecución penal de los delitos, específicamente el de comparecer al tribunal y prestar declaración como testigo[416]. La autora aclara que el hecho que el CPP haya conferido al ofendido el estatus procesal de interviniente o sujeto procesal, sin necesidad de constituirse en querellante, no significa elevarlo a una categoría que lo excluya de las cargas del proceso, haciendo ver que, en todo caso, no existe una regulación especial para la declaración de víctimas en el juicio oral y no parece razonable estimar que la víctima es testigo solo cuando acepta declarar voluntariamente[417].

A propósito de la comparación que hace la Corte Suprema entre la posición del imputado y la víctima en el proceso penal, la autora precisa que la víctima, a diferencia del acusado, sí tiene un deber de colaboración con la persecución penal y no puede, por tanto, "declinar su interés en los resultados" del proceso y, por consiguiente, "su derecho a

416 HORVITZ (2003), p. 139 (133 - 143).

417 HORVITZ (2003), p. 140 (133 - 143).

expresar su verdad sobre los hechos"[418]. Que el acusado no tenga el deber de colaborar con la persecución penal en su contra, tiene que ver con un fundamento muy distinto a partir del derecho a guardar silencio.

Horvitz sí manifiesta coincidencia con lo señalado por la Corte Suprema al indicar que la utilización de apremios debe ser el último recurso para obtener la presencia y declaración de la víctima, agregando que una víctima asustada o renuente a declarar que es llevada a declarar arrestada es muy poco probable que sea un buen testigo para Ministerio Público[419]. Creemos que esta es la principal razón de que no existan pronunciamientos recientes sobre este punto por la Corte Suprema, dado que por consideraciones de no victimización secundaria y de resultado práctico adverso de llevar a la víctima arrestada a juicio, y atendiendo los lineamientos institucionales en materia de trato a las víctimas, se dejó de pretender llevar a declarar a juicio en forma compulsiva a víctimas.

Del fallo al que se ha hecho referencia, es nuclear la distinción que realiza entre el estatus del testigo y de la víctima, agregando como elemento dicotómico que la víctima no podría serlo de momento que no es "tercero ajeno" al procedimiento, en tanto su calidad de interviniente, característica del concepto de testigo que no es posible desprender de las normas del CPP.

En cuanto al concepto de testigo, Sabas Chahuán, señala que: "Son todos **aquellos terceros, vale decir no intervinientes en el procedimiento**, que prestan declaración en el juicio sobre los hechos objeto de controversia[420]" (lo destacado es nuestro). Es decir, también excluye la posibilidad de ser testigo de la víctima, aspecto que puede deberse al origen histórico del concepto.

Los autores nacionales Maturana y Montero citan el concepto de testigo de Couture que dice que: "El testigo es la persona que habiendo tenido presumiblemente conocimiento de un hecho que ha caído bajo la acción de sus sentidos, es llamado luego para prestar declaración en juicio acerca del mismo", indicando como primer requisito del testigo que debe tratarse de un tercero indiferente dentro del proceso, precisando que ello significa que "no se pretende hacer efectiva en su persona la pretensión punitiva estatal". Es decir, quien resulta excluido del concepto es solo el acusado, porque en el proceso penal la víctima no es la contraparte del acusado, como lo sería en un juicio civil, sino que la pretensión punitiva es de interés del Estado[421].

11.4.1. Otras discusiones judiciales relevantes en cuanto a la declaración o derechos de la víctima en el proceso penal

a) Declaración en juicio oral de víctima cuya individualización no está contenida en el auto de apertura

- Corte Suprema, Rol N° 69.755-2021, de 2 de febrero de 2022

Se desechó un recurso de nulidad presentado por la defensa, que argumentó que el Ministerio Público presentó un testigo no incluido en el auto de apertura, señalando que se trataría de la víctima de los supuestos hechos, aludiendo –para subsanar dicha omisión– que se habría tratado de un error de transcripción y que

418 HORVITZ (2003), p. 141.

419 HORVITZ (2003), p. 142.

420 CHAHUÁN (2019), p. 342.

421 MATURANA y MONTERO (2017), p. 1255.

la ofendida siempre tiene el derecho de ser oída en juicio. Razona que el ente persecutor tiene la obligación de señalar correctamente los medios de prueba de los que se valdrá y que, además, tuvo la oportunidad procesal para modificar los vicios formales de la acusación en la audiencia de preparación de juicio oral.

"CUARTO: ... el recurrente reclama la infracción al debido proceso, pues la víctima declaró como testigo en el juicio oral, pese a que su individualización en tal carácter no se encontraba consignada en la acusación fiscal ni en el auto de apertura del juicio oral, en el que si se incorporó como deponente a su hermana, –pareja del acusado–, quien finalmente no atestiguó en el juicio, lo que tendría relevancia en cuanto esta última habría sido la única persona que se encontraba en el lugar de los hechos y que, además, habría negado la ocurrencia de los mismos

QUINTO: ... es preciso señalar que basar una infracción de garantías en la declaración en el juicio oral de la víctima, quien pese a no estar individualizada en el auto de apertura es una persona cuya identidad fue conocida desde el inicio de la investigación por los intervinientes –su nombre incluso se encuentra incorporado a los hechos contenidos en la acusación–, en cuanto es hermana de la pareja del encartado, resulta infundado, toda vez que ..., para la defensa no era desconocido lo que sería objeto del testimonio de dicha deponente, al existir el debido registro de sus atestados prestados durante la investigación, lo que descarta cualquier posibilidad de sorpresa en su relato.

SEXTO: Que, a fin de reafirmar lo anteriormente expuesto, debe tenerse en consideración que la víctima, conforme se colige de la lectura de los artículos 6, 12 y 109 del Código Procesal Penal, en cuanto interviniente del proceso penal, tiene derecho a ser oída durante el curso del procedimiento y, en particular, en desarrollo del juicio oral, por lo que aun en el caso de no encontrarse individualizada en el auto de apertura del juicio oral, el tribunal se encontraba obligado a recibir su testimonio, lo que también permite descartar la existencia de la infracción de garantías fundamentales invocada por la defensa del acusado".

- Corte Suprema, Rol N° 5.039-13, de 17 de septiembre de 2013

Rechaza recurso de nulidad de la defensa, señalando en su considerando undécimo: "Que el argumento de la indefensión se sustenta en la falta de integridad de los antecedentes entregados por el Ministerio Público a la defensa, lo que habría mermado la posibilidad de preparar su prueba de descargo.

Si bien en estrados el representante del Ministerio Público y el querellante reconocen que no existía un registro de la declaración de todas las víctimas, tal hecho no afecta el derecho a la defensa, máxime si esos deponentes lo hicieron en calidad de víctimas, como se reconoce en el recurso de nulidad incoado, pues al momento de comunicarse al encausado el requerimiento, conoció no sólo los hechos materia de la investigación, sino quienes tenían la calidad de víctimas, de manera que la falta de registro de sus dichos en la carpeta fiscal no pudo impedir a la defensa preparar sus descargos, por cuanto en el requerimiento estaba determinado quienes eran los afectados, más aun cuando éstos revisten la calidad de querellantes, de manera que la omisión de no encontrarse agregada a la carpeta de investigación la declaración de todas las víctimas, no ha implicado la indefensión del requerido, toda vez que, como ya se ha expresado, conoció con la debida antelación los hechos que se le imputaban, es así que la defensa no podía menos que estar al tanto de la existencia de las lesiones sufridas por los querellantes, por ende la preparación de sus descargos no pudo verse afectada por la circunstancia descrita en el recurso de nulidad, de esta forma y como resultado de todas estas consideraciones fluye de manera inequívoca que no se ha vulnerado el derecho a defensa ni el debido, por lo expuesto la causal no puede prosperar".

b) Querellante que representa a la víctima puede forzar la acusación, aun cuando el fiscal no decidió no perseverar en el procedimiento, sino que acusó extemporáneamente

- Corte Suprema, Rol Nº 5.342 -2011, de 25 de junio 2012

"Se rechaza el recurso de queja contra la resolución de segunda instancia que decretó el sobreseimiento definitivo, sin perjuicio de lo anterior y procediendo de oficio, se deja sin efecto la indicada resolución y en su lugar se resuelve que, ..., se confirma la resolución apelada que autorizó a la parte querellante para sostener la acusación, debiendo el tribunal a quo correspondiente concederle un plazo al efecto y disponer lo pertinente a la continuación del procedimiento".

"Considerando primero: ... Explica la recurrente que patrocinó la querella interpuesta por el delito de homicidio; que en audiencia de dieciséis de marzo de dos mil once, el Ministerio Público comunicó el cierre de la investigación, presentando extemporáneamente, el uno de abril de dos mil once, la acusación fiscal en contra del imputado, por lo que fue rechazada; y que con la misma fecha la defensa solicitó el sobreseimiento definitivo de la causa, citándose a audiencia del trece de abril de dos mil once, para debatir esa petición".

"Considerando cuarto N°6: Mediante resolución de primera instancia, de trece de abril de dos mil once, se rechazó la solicitud de la defensa de decretar el sobreseimiento definitivo y se autorizó a la parte querellante al forzamiento de la acusación conforme a lo dispuesto en el artículo 258, inciso penúltimo del Código Procesal Penal, para lo cual, en lo medular, el juez estimó: "Que el tribunal a fin de resolver tendrá en consideración las normas ya citadas, compartiendo las alegaciones del Ministerio Público y la querellante, en el sentido que las normas del artículo 247 al 256 dicen relación con una investigación en la que no hay querellante y las contenidas en los artículos 257 y 258 nos hablarían de una investigación en la que hay querellante, esto, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil que señala que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

En este caso si tomamos la norma del artículo 247 en forma aislada, su sentido no resulta para nada claro, motivo por el cual debemos interpretar armónicamente las normas y tener presente no sólo el Código Procesal Penal, sino también las normas constitucionales".

"SÉPTIMO: Que sin perjuicio de lo señalado, no se puede olvidar que en nuestro sistema procesal penal, a la víctima se le reconocen diversos derechos, entre los que se cuenta el de ejercer la acción penal pública a través de la respectiva querella, facultándola incluso, como consecuencia de lo anterior para, en determinados casos, sostener por sí sola la acusación, por cuanto "el ejercicio de la acción penal pública, a diferencia de la investigación de los hechos eventualmente constitutivos de delito, no se ha entregado en ejercicio monopólico al Ministerio Público, desde que no sólo éste sino que otros sujetos pueden ejercerla, dentro de ellos obviamente la víctima del delito. El derecho de aquellos otros sujetos no es de menor entidad o calidad que aquel conferido al Ministerio Público" (Derecho Procesal Penal, Cristian Maturana Miquel, Raúl Montero López, tomo I, Legal Publishing 2010, p. 319)".

c) Víctima como interviniente tiene derecho a ser notificada de las resoluciones de apercibimiento de cierre de la investigación, pues hasta ese hito procesal puede ejercer ciertos derechos, como presentar querella

- Corte Suprema, Rol N° 5.891-10, de 4 de noviembre de 2010

Acoge recurso de queja contra la primera sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que confirmó lo resuelto por el TG que rechazó un incidente de nulidad de todo lo obrado presentado por el querellante ante la falta de notificación de la víctima de las audiencias fijadas para apercibimiento de cierre, posterior a lo cual decretó el sobreseimiento definitivo de la causa.

"1- Que por el recurso se dice que la falta o abuso cometida por los recurridos consiste en que, al mantener la decisión del a quo, infringieron lo dispuesto en los artículos 12, 33, 36 y 247 del Código Procesal Penal, pues se omitió notificar debidamente a su parte las resoluciones que fijaron las audiencias de apercibimiento de cierre de la investigación, de doce y treinta de marzo del año en curso, privándolo del derecho de ejercer las facultades que la ley le franquea, en particular, la de querellarse oportunamente por los sucesos de que fue víctima, emitiendo un pronunciamiento carente de la adecuada fundamentación".

"5- Que, en la especie, la víctima, J.E.C.C., a la data de las gestiones cuya nulidad se pretende, revestía la calidad de interviniente en los términos del artículo 12 del Código Procesal Penal, antes citado, de manera que debió notificársele legalmente la realización de las audiencias de apercibimiento de cierre de la investigación, lo que no se hizo, y que trajo como consecuencia que, al desconocer la fecha de término de la investigación, su querella fue desestimada por extemporánea".

"6- Que la notificación por el estado diario ordenada por el tribunal, no satisface los requerimientos del artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 32 del Código Procesal Penal, pues el llamamiento que hace el tribunal es a todos los intervinientes que tienen derecho a asistir, entro los que por cierto, se encuentra la víctima".

"8- Que constatada, entonces, la falencia indicada, la Corte debió dejar sin efecto lo actuado en la audiencia de apercibimiento de cierre de investigación, lo obrado con posterioridad a ella que es consecuencia necesaria de la misma, y ordenar que se prosiga la tramitación conforme a derecho, toda vez que la actuación del tribunal de garantía, que el de alzada hace suya, se aparta del mandato del artículo 6°, inciso primero, segunda parte, del Estatuto Procedimental del ramo y de las demás normas que el recurrente estima infringidas".

"9- Que al no haber actuado de la manera señalada, los jueces recurridos incurrieron en una grave falta o abuso, violentando, de ese modo, los derechos de uno de los intervinientes, lo que esta magistratura enmendará en la forma que le ha sido solicitado".

11.4.2. La víctima y su declaración en juicio a la luz de lo dispuesto en el artículo 302 del CPP

El artículo 302 del CPP contempla un derecho para los testigos de abstenerse de declarar cuando el acusado es su pariente, cónyuge o conviviente. En los delitos constitutivos de violencia contra la mujer, dado que muchas veces la víctima es la única testigo directa de los hechos, una norma como esta dificulta de manera

importante la prueba de estos delitos[422]. Aunque según las cifras proporcionadas por el Observatorio contra Violencia Doméstica y de Género de España ha descendido el número de víctimas de violencia de género que se acogen a la dispensa de no declarar (siendo un 9,73% las víctimas que se acogieron a la dispensa de no declarar en 2019, y en 2018 un 11,18%)[423].

Chile, como país suscriptor de la Convención Belén Do Pará (CBDP), está obligado a desarrollar todas las acciones que estén a su alcance para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, debiendo primeramente respetar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, y en cuanto a las violaciones cometidas por particulares, garantizar a las víctimas el acceso a la justicia actuando con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Así, no es aceptable que ante la falta de declaración de la víctima, los hechos de violencia contra la mujer queden sin sanción, que es lo que muchas veces sucede en los juicios en que las víctimas hacen uso del derecho establecido en el artículo 302 del CPP, dado que es muy probable que esta decisión esté motivada por presiones del acusado o su familia, o por situaciones de vulnerabilidad o dependencia[424], circunstancias que en nuestro medio no se evalúan, limitándose el juez a preguntarle a la víctima unida por alguno de los vínculos comprendidos en la norma al imputado, si declarará o no, situación similar a la que ocurre en España[425].

No hacerse cargo de las dificultades que para la víctima significa sostener su denuncia durante toda la investigación y en el juicio, o contemplar normas legales que de alguna manera faciliten que los delitos de violencia contra la mujer queden sin sanción, ha provocado que Estados hayan sido sancionados por no cumplir sus obligaciones internacionales en la materia. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó el año 2009 a Turquía, en un caso con resultado de muerte de una mujer en manos de su cónyuge, estableciendo que las autoridades nacionales debieron demostrar debida diligencia para evitar la violencia hacia la víctima, a pesar del retiro de las denuncias, no siendo admisible la explicación del Estado, en el sentido que debían interrumpir los procesos en atención a disposiciones de su derecho interno que consideraban este efecto en caso de retiro de las denuncias. En el caso también se constató que no existía evidencia de que las autoridades hubieran considerado los motivos del retiro de las denuncias[426].

En España se ha mantenido durante años la discusión sobre la aplicación de una norma similar al artículo 302 del CPP chileno en casos de violencia de género. Para algunas expertas, una modificación o exclusión de dicha norma en estos casos ampliaría la protección de la víctima atendida la importancia de su testimonio, en cambio otras aseguran que es una forma de tutela inaceptable, dada la similitud que su tratamiento tendría con la aplicable a NNA –estas últimas ponen el acento en que las investigaciones dejen de estar focalizadas en la mujer víctima[427-428]–.

422 Si bien en Chile no tenemos estadísticas que nos permitan contabilizar los juicios en que la víctima llamada a declarar como testigo no lo hace asilándose en la norma, ni de su impacto en el resultado del juicio, en España un estudio estadístico realizado el año 2015 respecto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de Castellón, mostró que el 64,95% de los archivos se debieron a que las víctimas se acogieron a su derecho a no declarar, en tanto que del total de los sobreseimientos, un 29,07% se explicaron por este motivo. JOVELLS (2016), pp. 40 a 42.

423 VAQUERO (2020), p. 31.

424 LARRAURI (2008), pp. 96 a 128.

425 DOMÍNGUEZ (2016), pp. 79 y 80.

426 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2009), párrafos 131, 137 y 143.

427 BORRAZ (2017), pp. 1 y 2.

428 FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MUJERES SEPARADAS Y DIVORCIADAS, FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS (2016).

El ejercicio de la dispensa por parte de una víctima frente a su agresor en el escenario de un juicio, ciertamente puede profundizar su vulnerable posición. En efecto, su situación empeora en relación al momento anterior al inicio de la causa, ya que su agresor sabrá con certeza que la víctima puede decidir no dar su testimonio, lo que dará al agresor un motivo adicional a su conducta violenta, ahora para conseguir que en caso de existir una causa en su contra, la víctima no declare.

El artículo 302 del CPP, inciso primero, establece los casos y circunstancias en que aplica esta excepción al derecho a declarar según lo prescrito en la CPR, de la siguiente manera:

"Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado".

Como se puede apreciar en relación al texto constitucional, la norma agrega al conviviente entre los sujetos que pueden hacer uso de esta excepción al deber de los testigos de declarar.

Es común en las legislaciones procesales la existencia de normas especiales relativas a las declaraciones de testigos en caso que estén unidos con el acusado por vínculos de familia o afectivos, pero no necesariamente con efectos amplios en cuanto a la excepción de declarar.

En cuanto al fundamento de la existencia de normas como la del artículo 302 del CPP, se ha hecho referencia al conflicto interno sufrido por la víctima, entre su deber de decir verdad y el de declarar en contra del acusado, con quien la unen o unieron lazos afectivos. Pero debería tenerse en cuenta la posibilidad de que el silencio no sea fruto de una decisión libre de la víctima, sino por el contrario, se deba a la presión sufrida por parte del agresor y/o su familia, que obviamente conocen como llegar e incidir en la víctima. Por tanto, sería más correcto excluir a la víctima del ámbito de esta dispensa no solo por los motivos expuestos, sino también por el deber de colaboración con la justicia al que como testigo la víctima está obligada, perdiéndose muchas veces la única prueba directa en contra del acusado.

La Memoria Anual 2019 de la Fiscalía General de Madrid consagra como petición de reforma legal la modificación a su artículo relativo a la dispensa a declarar, pidiendo que se excluya su aplicación respecto de la víctima de violencia de género, recordando que el argumento que justifica la dispensa, el deber de solidaridad familiar, se quiebra cuando el testigo es, a su vez, víctima del delito. De ahí que esta dispensa haya generado una fuerte polémica, en concreto la referencia al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial del artículo 416.1, en particular en los delitos de violencia de género. El texto no distingue entre testigo en sentido estricto y testigo víctima del hecho delictivo.

La reforma que se propone consiste en introducir un párrafo tercero al punto 1 del artículo 416 de su Ley de enjuiciamiento criminal, con el siguiente texto: "No podrán acogerse a la dispensa prevista en los dos párrafos anteriores, los testigos que sean víctimas directas o indirectas del hecho delictivo imputado al procesado"[429].

Como ya se dijo, en el caso de nuestro país existe una obligación por las normas contenidas en la Convención Belem Do Pará (CBDP), que establece en su artículo 7 los deberes de los Estados, pareciéndonos particularmente atingentes al conflicto que nos ocupa los deberes consignados en sus letra c) y e):

429 FISCALÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2019), p. 200.

"Los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Proponemos no aplicar esta norma procesal en los casos de violencia contra la mujer, en que la testigo sea a su vez la víctima del delito, sosteniendo así una interpretación conforme de la norma interna con esta convención internacional vigente, que forma parte de nuestro derecho vía artículo 5 de la CPR, bloque constitucional de derechos del cual forman parte los tratados internacionales de derechos humanos, el que además de la Convención interamericana antes dicha, se integra por la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y convenciones generales que consagran normas relativas a la protección de la igualdad y no discriminación.

En el tratamiento de la problemática de la retractación de las víctimas, la Ley N° 21.523 introdujo una alternativa, que creemos puede aplicarse cada vez que una víctima en juicio manifieste su deseo de no declarar una vez que el tribunal le haya señalado que puede hacerlo en virtud del tenor literal del artículo 302 del CPP o en caso que decida declarar, lo haga falsamente en contradicción a declaraciones previas en las que entregó antecedentes respecto de los hechos y la participación del acusado.

La referida ley, en consonancia con su objetivo, incorpora una nueva letra f) al artículo 331 del CPP, permitiendo la lectura en el juicio de registros de declaraciones obtenidas durante la investigación: "Cuando existan antecedentes fundados sobre la retractación de la víctima, los que serán valorados por el tribunal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297, teniendo en especial consideración los informes psicológicos acompañados y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra".

Esta nueva alternativa para incorporar declaraciones investigativas, permite probar los hechos y evitar la victimización secundaria que produciría un ejercicio de litigación de refrescar memoria y/o de confrontación con declaraciones previas.

Se trata de una normativa de carácter general y aplicable a todo tipo de delitos, no obstante, como ya se ha dicho, tendrá particular impacto en los delitos de violencia contra la mujer, debido a que es en este tipo de delitos donde habitualmente ocurre este fenómeno. Con el fin de fundar la existencia de retractación, se podrá contar con cualquier antecedente que permita dar cuenta de ella, tales como declaraciones de testigos o de peritos, teniendo especialmente en consideración, los informes psicológicos y la evaluación de riesgo.

Respecto de niñas, niños o adolescentes víctimas del catálogo de delitos del artículo 1° de la Ley N° 21.057, esta disposición permitiría la reproducción de la entrevista investigativa videograbada en juicio oral, de forma complementaria a lo dispuesto en el artículo 18 de dicha normativa. Esto en el entendido de que la Ley N°

21.523, dictada posteriormente, viene a regular hipótesis distintas no cubiertas por la primera y que son más favorables a este tipo de víctimas.

12. Final del examen directo

Para terminar, luego del examen directo vendría la posibilidad de contraexaminar por parte del contradictor. Terminado aquello, se pueden dar tres situaciones sobre las cuales es menester realizar algunas consideraciones. La primera es la posibilidad de realizar un nuevo examen directo. La segunda es la que dice relación con las preguntas aclaratorias del tribunal, y la tercera trata a propósito de la liberación del testigo o perito.

12.1. Nuevo examen directo

El artículo 329 del CPP contempla la posibilidad de realizar un nuevo examen directo del testigo o perito, y ello supone que se solicite, por una parte, y, por otra, que no se haya liberado al testigo.

Lo anterior puede ser útil tratándose de ciertas debilidades que haya manifestado el testigo en la etapa de contraexamen que sea necesario superar.

Lo que normalmente ocurre es que se autoriza por el tribunal esta facultad, una vez para cada interviniente y sobre puntos específicos, no con la posibilidad de reabrir varias e inagotables líneas de preguntas, razón por la cual se aconseja identificar la línea de pregunta, estructurarla y luego ejecutar con un cierre predefinido. No salir a pescar o repetir interrogatorio.

12.2. Preguntas aclaratorias del tribunal

También estas preguntas están reguladas en el artículo 329 del CPP y tienen como presupuesto que se haya terminado el contraexamen y que el tribunal requiera aclaración sobre algo dicho por el testigo o perito a propósito de su declaración. Estas preguntas pueden ser formuladas por cualquier miembro del tribunal.

Sobre el particular hay que tener presente que estas preguntas solo pueden buscar la aclaración de algo ya dicho por el testigo o perito. Esto quiere decir que su finalidad es disipar dudas de algo que se dijo, pero no recabar nueva información.

En caso de que la pregunta del tribunal no sea aclaratoria, es menester representar aquello. Para eso, el instrumento legal del litigante, al estar impedido poder objetar la pregunta por no ser el tribunal interviniente, es la nulidad procesal prevista en el artículo 159 del CPP y, de esa manera, dejar preparado el recurso de nulidad por infligir el principio de imparcialidad que debe teñir al ente jurisdiccional[430].

430 Corte Suprema, Rol N° 19.072-18, de 2 de octubre de 2018: "... Que, en la situación sub lite, esta Corte, luego de revisar las preguntas aclaratorias formuladas principalmente por una de las juezas y que se encuentran reproducidas en el recurso, concluye que más que procurar precisiones de dichos se trató de un nuevo interrogatorio respecto a dos testigos de la defensa, encaminado o dirigido a establecer un punto propio de la teoría del caso del acusador, esto es, establecer identidad entre las obras artísticas en contraposición, lo que puede ser tolerado tratándose del contraexamen de la contraria pero en caso alguno si proviene de un miembro del tribunal..." (considerando undécimo).

El litigante en este punto debería incidentar sobre la calidad o naturaleza de la pregunta que hace el tribunal, cuando entienda que excede las facultades legales que lo habilitan a realizar preguntas aclaratorias, defendiendo así su teoría del caso. Se prepara el recurso de nulidad.

12.3. Liberación del testigo

Terminada la declaración del testigo o perito, el juez presidente preguntará a las partes si queda liberado, lo que quiere decir si está dispensado para retirarse del tribunal y ya no estar presto para comparecer.

Ante esta situación hay que considerar si será necesaria una nueva declaración del testigo o perito antes de su liberación, porque una vez ocurrido aquello se entiende precluido el derecho de hacer un nuevo llamado.

13.Contraexamen de testigos y peritos. Parte introductoria, concepto, propósito y técnica

El sistema acusatorio, que es el que impera en nuestro proceso penal, se caracteriza por ser un sistema adversarial, donde las partes (la Fiscalía y la defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve.

Es un pilar del sistema adversarial el principio de contradicción. Este principio informa todo el procedimiento penal y especialmente la etapa del juicio oral, garantizando que la actividad de los sujetos procesales sea controlada recíprocamente a través de sus propias intervenciones por medio de las argumentaciones, la producción de prueba y contraprueba, preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y análisis de las actuaciones de las partes ante el órgano jurisdiccional. Su regulación se encuentra implícita en toda la normativa del CPP, pero se consagra en forma explícita en los artículos 329 y 330 referentes a los métodos de interrogación de testigos y peritos, en el artículo 327 sobre la comunicación entre acusado y defensor, en los artículos 284, 285 y 286 que exige la presencia ininterrumpida de los jueces, fiscal y acusado, entre otros.

Dicho lo anterior, el contraexamen o contrainterrogatorio, al igual que el examen directo, es una técnica de interrogación que se configura como una manifestación del principio de contradicción que se materializa en el juicio oral por la parte que no presenta al testigo o perito –contraparte–, y consiste en confrontar su declaración con sus dichos pretéritos con el objeto de desacreditar su testimonio, o bien, obtener información útil a su teoría del caso.

La justificación política del contraexamen, en palabras de Rua, proviene de brindar a los litigantes un sitial de genuino contradictor que les permita presentar aquella parte del relato que ha sido obviada o matizada por la contraparte y que puede ser relevante para la decisión del órgano jurisdiccional[431]. Como dicen Baytelman y Duce, no se trata de otra cosa que poner a prueba la información introducida en juicio[432], pero la información introducida por la contraparte[433].

431 RUA (2014), p. 19.

432 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 247.

433 RUA (2014), p. 20.

En base a un análisis bastante simple, desde el punto de vista funcional, llegaremos a la conclusión inequívoca que el contraexamen, en la praxis chilena, es un ejercicio cuyo sujeto procesal en la mayoría de los casos será el defensor penal más que el fiscal. Esto por la sencilla razón que es el fiscal quien sustenta la prueba de cargo y, en otras palabras, presenta los medios de prueba, testigo y peritos (entre otros), tendientes establecer el tipo penal y la participación culpable del imputado. Sin embargo, **es necesario** conocer esta técnica porque no solo permitirá defender mejor a los testigos o peritos de la Fiscalía durante el contraexamen, sino también para contraexaminar a los testigos y peritos de la defensa. Se podría decir que, a diferencia del examen directo que es más natural e intuitivo, para contraexaminar con éxito se requiere conocer a cabalidad la técnica.

El propósito del contraexamen arroja un sinnúmero de planteamientos, incluso algunos redundantes[434], pero el propósito de esta técnica puede ser reducido a: a) Desacreditar la persona del testigo o perito; b) Desacreditar su testimonio, y c) Contribuir a la propia teoría del caso.

Vamos viendo a continuación cada uno de ellos.

13.1. Desacreditar la persona del testigo o perito

Con este punto nos referimos a atacar o cuestionar a la persona del testigo o perito que, como fuente de información, no puede ser digna de crédito o no es confiable para el tribunal.

El descredito o desconfianza del testigo o perito podría descansar en una serie de circunstancias posibles de reconducir, en general, a antecedentes de vida o condiciones personales y, en particular, en tener un interés económico (peritos pagados por la defensa), interés personal derivado de una ganancia secundaria o prejuicios, vínculo con la víctima o el imputado, condenas anteriores por delitos, etc.

Básicamente son dos áreas las que se pueden trabajar para desacreditar al testigo o perito.

La primera, se centra en la vida pasada o conductas previas, donde adquieren valor las eventuales condenas penales que tenga el sujeto, o los vínculos existentes, o ya no, con la víctima o el imputado. Ambas cuestiones pueden afectar la imparcialidad del testigo o perito.

A su vez, la segunda línea de acción, se centra en el interés en el resultado del caso por parte del testigo o perito. Desde que miente por ser pagado para ello (falso testimonio), la víctima que es parte en el conflicto, hasta el policía o perito que tiene un interés en que al caso le vaya bien por su prestigio personal y profesional[435].

A lo anterior se suma que, para los peritos, también se puede desacreditar su formación profesional que lo hace experto en la ciencia, arte u oficio que practica, como también su experiencia. Si bien existe una primera oportunidad, como es en la audiencia de preparación de juicio oral, que se erige como filtro para el crédito del perito (artículo 314 inciso 1º), nada obstaculiza que también se pueda hacer durante la audiencia de juicio oral. Preguntas como la institución de formación o de trabajo, los cursos de especialización, los años de trabajo, entre otras, son recurrentes para poder establecer confianza en los juzgadores con el peritaje realizado.

434 BAYTELMAN y DUCE (2001), pp. 93 y ss.; BLANCO *et al.* (2005), pp. 206 y ss.; RUA (2014), p. 41 y ss.; VIAL (2009), pp. 34 y ss.
435 RUA (2014), p. 51.

Si bien nuestro sistema admite que todos los testigos son idóneos (artículo 309 CPP), su aptitud para declarar descansa en como su relato es creíble o confiable para el tribunal. En ese sentido, tal como las personas tienen prejuicios, los abogados también los tienen, y por supuesto los jueces no son ajenos a ellos. Por eso, es importante trabajar en los prejuicios para obtener proposiciones fácticas favorables a la teoría del caso propia. En definitiva, un buen litigante, no debe pensar si es un prejuicio moralmente reprochable o infundado (los prejuicios siempre lo son, precisamente porque son anteriores a la elaboración de un juicio), sino cómo presentar su caso de la manera más convincente para sus intereses. Habrá que generar proposiciones fácticas que den cuenta de quién es cada testigo y por qué hay o no motivos para creerle[436].

No se trata de señalar que un testigo no resulta creíble por haber sido condenado por delito de manera previa, sino determinar por qué si una vez faltó a la verdad (declarando en juicio no reconoció su responsabilidad, por ejemplo), no existe un legítimo riesgo de que pueda volver a mentir y, con ello, su testimonio debiera tener menos valor[437].

En esta búsqueda de las debilidades personales del testigo o perito es importante que el litigante conozca la identidad de ellos. Cuestión que se sabrá desde que quede afinado el auto de apertura de juicio oral. A lo anterior se suma la necesidad de saber los vínculos de esos sujetos que depondrán con el resto de los intervinientes, o incluso con otros testigos o peritos[438].

Este ejercicio, como apunta Vial, coloca una tensión extraordinaria en el ambiente del tribunal, de poca cordialidad con el que voluntariamente ha concurrido al tribunal a contar su historia. Por ello, el contrainterrogatorio debe ser realizado sin un tono agresivo, mal educado o despectivo con el declarante. Siempre el tono debe ser adecuado, ligero y respetuoso[439]. En cambio, si eso no es así, no solo hay que evidenciar al contrainterrogante frente al tribunal, exigiendo un interrogatorio en el marco del respeto, sino que hay que dar señales de defensa al testigo o perito, lo cual ayudará en su confianza.

13.2. Desacreditar el testimonio

Probablemente es más efectivo y fácil para el litigante desacreditar el testimonio que a la persona del testigo o perito. Ello, porque las preguntas que desacreditan al sujeto tienden a personalizar la discusión y son vistas como cierta descortesía y apatía de litigante para con el testigo o perito[440]. En cambio, en desacreditar lo que dijo, el objeto del cuestionamiento es lo narrado o relatado por el testigo o perito, rebatido a partir de sus propias declaraciones anteriores o por lo dicho por otros testigos o peritos, o también por pruebas materiales.

La desconfianza del tribunal sobre lo narrado por el testigo o perito se logra evidenciando una mentira, dando cuenta de la existencia de un error de la percepción de lo ocurrido, lo inverosímil o incomprensible de lo relatado, y lo contradictorio que puede ser con otras pruebas. También se puede lograr evidenciando que se trata de un testigo que cambia de versiones de los hechos o perito que no es consistente con sus

436 RUA (2014), p. 51.
437 RUA (2014), p. 52.
438 BLANCO *et al.* (2005), p. 206.
439 VIAL (2009), p. 37.
440 VIAL (2009), p. 36.

conclusiones. A los peritos, además, se suma el cuestionamiento a su pericia desde lo metodológico.

Como argumenta Rua, para desacreditar el testimonio no se trata de discutir con el testigo o perito, al estilo "Ud. está equivocado con lo que observó, está cometiendo un error", sino de presentar un interrogatorio que pueda dejar al descubierto las condiciones en que el testigo percibió lo ocurrido (estaba oscuro, estaba alejado del lugar, sucedió rápidamente, etc.)[441].

Por otro lado, la narración del testigo o perito de la contraparte puede permitir establecer inconsistencia de ese relato con otras pruebas también de la contraparte. Ello no resulta comprensible para los miembros del tribunal, que, probablemente, al advertir que testigos o peritos que comparecen por una misma parte presentan contradicciones o sean inconsistentes entre sí, verán mermada su credibilidad[442].

13.3. Contribuir a nuestra propia teoría del caso

Al ser un testigo o perito de la contraparte, lo usual es que ella intente obtener una narración que aporte a su teoría del caso. Sin embargo, esto no es óbice para lograr un relato favorable, a lo menos parcialmente[443], a la teoría del contraexaminador. Incluso, algunos creen que eso es más valioso porque es introducir información a partir de un sujeto probatorio naturalmente hostil, dando lugar a una mayor persuasión y credibilidad de ese relato[444].

Una de las cuestiones que se discute a menudo es la fragmentación de lo narrado por el testigo o perito, es decir, cómo aprovechar porque nos beneficia una parte de su relato para la propia teoría del caso, y, hacer que la otra no sea considerada por el tribunal por estar desacreditada, por ejemplo. Ello no está vedado y solo será un tema de oportunidad, debiéndose, como buena práctica, preparar el contraexamen para obtener en primer término aquellas proposiciones fácticas favorables y, luego, en lo que perjudica a mi teoría trabajar en el descrédito del testigo o perito[445].

En otro orden de cosas, la técnica del contraexamen o su herramienta por antonomasia es la de las preguntas sugestivas. No es que no se admitan el resto de las tipologías de preguntas, sino que lo consustancial al contraexamen son las preguntas sugestivas. En otras palabras, este tipo de preguntas que está vedado en el examen directo es el ADN del contraexamen.

El fundamento de las preguntas sugestivas en el contraexamen descansa en el carácter de "hostil" de los testigos y peritos de la contraparte. En general, ellos no van a colaborar con nuestra propia teoría del caso, no estarán dispuestos a dejarse guiar por nuestro interrogatorio y mantendrán desconfianza hacia nuestras preguntas. En general, existe un justo temor que el testigo o perito aleje su respuesta del foco de la interrogante que se le plantea o, en otras palabras, que baypasee nuestra pregunta. En palabras de Baytelman y Duce, el testigo siempre va a poder negar las palabras que el abogado está poniendo en su

441 RUA (2014), p. 52.

442 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 95.

443 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 94.

444 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 95; RUA (2014), p. 45.

445 VIAL (2009), p. 38.

boca, si ellas no reflejan la realidad[446]. De allí proviene su admisión.

Lo que caracteriza a las preguntas sugestivas es que en su enunciado se contiene la respuesta. De esta manera se limita la respuesta del testigo o perito y el alcance de su declaración. Tampoco se puede desconocer que con este tipo de preguntas mantenemos un control y dominio absoluto del testigo y su testimonio. Aquí, el abogado que contraexamina es el centro de atención, es el que introduce la información que favorece a su teoría del caso y evita que el testigo o perito se extienda más allá de las preguntas[447].

Si bien el enunciado de las preguntas sugestivas contiene la respuesta, lo importante es que el testigo y perito quede acorralado para una respuesta binaria de sí o no, y no pueda escapar y contestar algo que no ayude a nuestra teoría. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de preguntas son "El lugar estaba oscuro, ¿cierto?", o "El arma la portaba el imputado, ¿no es verdad?", etc.

En realidad, no son preguntas, sino afirmaciones respecto de un hecho concreto a la espera de su confirmación por el testigo o perito[448]. Con estas preguntas, permitidas a partir de la interpretación del artículo 330 del CPP, es la herramienta idónea para confrontar la prueba de la contraparte de manera que nos permita un genuino contradictorio de la historia en pugna[449].

Como dijimos, la existencia de preguntas sugestivas no obstaculiza la existencia de otro tipo de preguntas, como las abiertas. Sin embargo, se debe tratar de realizar preguntas cuyas respuestas no puedan afectar o dañar nuestra teoría del caso[450].

14. Metodología y etapas del contraexamen

Cuando hablamos de metodología del contraexamen, el que implica el uso de preguntas sugestivas, en realidad nos estamos refiriendo a una serie de buenas prácticas que harán exitoso el interrogatorio de testigos y peritos. En ese sentido, podemos destacar las siguientes reglas, considerando que en todas estas reglas, lo que se trasunta como consejo es que el litigante mantenga el control de la declaración, de manera tal que el testigo contraexaminado no repita nuevamente el examen, objetándose oportunamente las preguntas reiterativas:

1. Preparar el contraexamen. Nos referiremos a la preparación en el siguiente apartado. Sin perjuicio de ello, podemos decir que al igual que el examen directo, el contraexamen no es un ejercicio improvisado del litigante, sino que requiere una adecuada preparación para su puesta en marcha.

2. Lo cortés no quita lo valiente. El testigo o perito de la contraparte no es un enemigo. Si bien se trata de un sujeto cuyo relato beneficia al contradictor, hay que tener una postura respetuosa al contrainterrogar manteniendo un trato cortés. Lo anterior no obsta a que según la situación se sea enérgico. Este trato puede granjearnos una buena opinión de nuestro desempeño profesional y técnico, por parte del tribunal.

446 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 171.
447 GARRIDO (2021), p. 215.
448 GARRIDO (2021), p. 213; RUA (2014), p. 80.
449 GARRIDO (2021), p. 214.
450 RUA (2014), p. 82.

De ser el imputado el declarante, se sugiere mantener un trato educado, pero enfático al momento de demostrar contradicciones o mentiras, que se evidencien entre su declaración y la prueba ya incorporada al juicio.

3. La información es introducida por el litigante. A diferencia del examen directo donde el testigo o el perito es el sujeto central por medio del cual se introduce información en el juicio, en el contraexamen el que declara es el litigante. La idea, como lo advertíamos, es que el testigo o perito se limite a dar una respuesta binaria de sí o no. Sin duda, hacer esto es uno de los grandes méritos del contraexamen.

4. Evitar repetir el examen directo. Si algo puede ser tedioso para los jueces sería escuchar nuevamente el mismo interrogatorio de la contraparte. Por ello, no hay que repetirlo. El contraexamen debe tener un objetivo claro de cara a alcanzar la desacreditación del testigo o perito, de su testimonio o de obtener algo favorable a nuestra teoría del caso. El foco debe estar claro desde un comienzo.

5. Hacer preguntas con respuesta conocida. El contraexamen tiene preguntas vedadas que se conocen como "no salir a pescar" o hacer la pregunta "de más", lo que se traduce en no preguntar sin saber la respuesta y en no preguntar para correr riesgos innecesarios. Si no se sabe la respuesta, no se pregunta, y si ya obtuvimos un resultado positivo con nuestro interrogatorio no hay que para qué exponerse buscando una ratificación o alguna información adicional. En ambos casos, las posibilidades de pérdida de lo ganado siempre van a ser mayores al eventual beneficio.

6. Las preguntas abiertas son excepcionales. Si bien lo natural al contraexamen son las preguntas sugestivas, nada obsta a que existan preguntas abiertas que son las que revisamos a propósito del examen directo. Este tipo de preguntas las calificamos de excepcionales, porque se deben dar en campos temáticos donde no corra riesgo nuestra teoría del caso, y si lo corre, que sea el mínimo.

7. No solicitar explicaciones. Es otro mandamiento del contraexamen jamás pedir explicaciones al testigo o perito frente a alguna respuesta. Con ello se pierde el control del mismo y da pie a que pueda explicar algo que nos beneficiaba o a ratificar algo que nos perjudica[451].

Por otra parte, las etapas del contraexamen se pueden sistematizar en una etapa preparatoria y en otra de ejecución. Esta última, a la vez, tiene dos variables: una que se puede calificar con utilización de técnicas simples y otra de técnicas avanzadas.

14.1. Etapa de preparación

Como decíamos, el contraexamen no es un ejercicio improvisado del litigante, sino que requiere una adecuada preparación para su puesta en marcha.

A diferencia del examen directo donde preparar el interrogatorio es más fácil porque se cuenta, al menos, con el contacto directo de los propios testigos y peritos que se presentan en juicio, el contraexamen presenta la dificultad para el litigante de no ser posible poder reunirse o tener contacto directo con el testigo o perito sino solo hasta el juicio. No obstante, ello no quiere decir que no se puede preparar el contraexamen y es, más bien, un deber hacerlo. Para ello, entregamos algunas prácticas que deberían hacerse en aras de este cometido:

451 BLANCO *et al.* (2005), p. 212.

1. Investigar al testigo o perito. Sobre esta actividad, Rua la grafica con la siguiente frase: "necesitamos investigar todo, absolutamente todo"[452] de los testigos y peritos. Saber quiénes son; sus antecedentes de vida; sus títulos profesionales y experiencia laboral, esto último sobre todo respecto de peritos; conocer sus lazos con la parte que los presenta y particularmente con víctima o imputado; saber sobre sus antecedentes psicológicos y médicos, y sobre las condiciones de percepción de la realidad y sus eventuales anomalías (sordo, problemas de visibilidad, etc.).

Todos estos antecedentes que se pueden obtener hoy en día desde fuentes variadas e incluso públicas (internet y redes sociales), nos colaboran en el objetivo del contraexamen de desacreditar al sujeto del testigo o perito o su testimonio.

2. Conocer las declaraciones pretéritas. Es necesario instruirse sobre las declaraciones que el testigo haya prestado en sede policial o ante la propia Fiscalía, y conocer los informes de peritos que obren en el auto de apertura de juicio oral.

A su vez, esas declaraciones deben ser correlacionadas con otros medios de prueba a objeto de saber si se corroboran. Piénsese en un testigo que declara que el color del arma que dijo ver era plata, en circunstancias que la prueba material da cuenta que es negra. Esta cuestión tiene importancia mayúscula, y el persecutor debe conocer todos los medios de prueba que obran en juicio, e incluso aquellos que no lo están, pero que pudieren desvirtuar un testigo o su declaración y se podrían introducir como prueba nueva para desacreditarlo (artículo 336 del CPP).

También es posible que el testigo no haya declarado de manera previa, lo que dificultará preparar el contraexamen y a su respecto habrá que centrarse en desacreditar al sujeto del testigo o perito como se expuso en el punto anterior.

3. Determinar el objetivo del contraexamen. Consiste en establecer cuál será el objetivo del contraexamen con la finalidad de poder planificar cuáles serán las preguntas para poder lograrlo. Necesitamos definir si con este método de interrogatorio nuestro propósito es desacreditar al testigo, desacreditar su testimonio o contribuir a nuestra propia teoría del caso. Nada obsta a que sean algunos o todos los anteriores los propósitos por lograr. Incluso, cuando el testigo o perito no ocasiona daños a nuestra teoría del caso, o no sabemos mucho de su persona de cara a desacreditarlo y no tenemos declaraciones previas a su respecto para confrontar, es mejor decir "No hay preguntas, su señoría"[453].

4. Preparar las preguntas. Una vez determinado el propósito del contraexamen es menester preparar las preguntas que se harán al testigo o perito. Estas preguntas, en la medida de lo posible, como se dijo, deben ser sugestivas y cerradas[454], porque de esa manera se controla mejor al testigo o perito y el impacto de su probable respuesta.

Además, como también se dijo, puede haber preguntas abiertas, pero ellas deben estar dirigidas a puntos que no puedan afectar nuestra teoría del caso, porque hay que considerar que este tipo de interrogatorio

452 RUA (2014), p. 57.

453 VIAL (2009), p. 55; BLANCO *et al.* (2005), p. 214.

454 BLANCO *et al.* (2005), p. 214.

permite al testigo o perito a reconducir su relato con libertad.

A su vez, la doctrina sugiere que cada pregunta aborde un hecho y se avance desde lo general a lo particular[455]. Las preguntas se pueden asociar por materia, metas a conseguir, de manera cronológica, u otro sistema que haya dado buen resultado, pero basado en la experiencia.

Aquí valga un apunte importante en el evento que nuestro propósito sea contribuir a nuestra teoría del caso. En ese sentido, es necesario identificar aquellos hechos que conforme el relato del testigo o perito puedan beneficiar o sean positivos a nuestra teoría, aparatándolos de aquellos que son imposibles de cambiar[456].

En la práctica, antes que preparar preguntas específicas de contraexamen, resulta aconsejable identificar las líneas temáticas de la declaración que se efectuó, y revisar si es posible lograr desvirtuar esta prueba utilizando el tipo de preguntas que permite el contraexamen y, en caso de lograr este objetivo, poder utilizar las respuestas obtenidas para desvirtuar al testigo o al testimonio, en el alegato de clausura.

14.2. Etapa de ejecución

Esta etapa se caracteriza porque la parte materializa su contraexamen de testigos o peritos en el juicio oral. Lo primero que se debe caracterizar es que el litigante se debe plantear en términos formales (usted, señora, señorita, etc.), hacer las preguntas mirando al testigo o perito, demostrar seguridad y hacer preguntas entonadas de manera lenta y clara, ojalá con un parafraseo no demasiado largo para evitar desatención del tribunal u objeciones de la contraparte[457]. En este último caso, se plantea conveniente para evitar largos enunciados, poder dividir las preguntas.

En la etapa de ejecución las distintas preguntas que, en su mayoría, deberían ser sugestivas cerradas, deben abordarse con técnicas de litigación simples y otras de técnicas avanzadas. Las primeras dicen relación con materializar preguntas con respuestas que cuenten con antecedentes de refutación, a lo que algunos llaman "hacer preguntas seguras". En concreto, se trata de hacer preguntas cuyas respuestas conozcamos porque obran en declaraciones previas o en el propio informe pericial y que, en caso que el testigo o perito no ratifique, debe ser refutado bajo el ejercicio de evidenciar contradicción que contempla el artículo 332 del CPP. Algunos, sobre el particular, recomiendan comenzar el contraexamen con preguntas irrefutables para que el testigo o perito gane confianza y no se ponga inmediatamente a la defensiva[458]. Sin perjuicio de ello, esta técnica solo irá en la línea de desacreditar el testimonio o al sujeto del testigo.

También forman parte de la técnica simple realizar preguntas para relevar lo positivo para mi teoría del caso, en cuyo caso también se sugiere que la pregunta sea sugestiva cerrada y que vaya al punto concreto. Así se evita correr un riesgo innecesario de perder el control del testigo o perito contestando algo que no nos convenga o expandirse a otros puntos, como la de poder explicar sus dichos. En este caso la técnica se conoce como "tocar y correr"[459].

455 BLANCO *et al.* (2005), p. 214.
456 VIAL (2009), pp. 56 y ss.
457 BLANCO *et al.* (2005), p. 214.
458 GARRIDO (2021), p. 216.
459 BLANCO *et al.* (2005), p. 216.

En el caso que el testigo o perito no conteste, por la razón que sea, la pregunta binaria que se le hace, además de volver a practicarle la pregunta, haciendo hincapié en que no fue respondida, es conveniente hacerle saber que tiene un deber de declarar y está bajo promesa o juramento (artículos 298, 306 y 319 CPP), o incluso hacerle ver la posibilidad que se le podría refrescar memoria, bajo el ejercicio de la técnica prevista en el artículo 332 CPP.

Por otro lado, cuando hacemos mención a técnicas avanzadas, nos referimos en especial a dos técnicas que son recurrentes en la práctica del foro, y posiblemente más aplicadas por el defensor. Nos referimos al *looping* y al *looping* doble. El primero consiste en enfatizar un hecho importante o favorable a mi teoría del caso en el enunciado de la siguiente pregunta, pero sin repetir lo anterior[460]. Con ella se gana que se introduce dos o más veces la información que queremos y existe más posibilidad que el tribunal la capte. A su vez, en el *looping* doble se combinan hechos favorables a mí teoría, lográndose lo mismo anterior.

Ejemplos:

Fiscal: ¿Usted dijo que el arma era negra?

Imputado: Sí.

Fiscal: ¿Usted indicó que el arma negra estaba completamente cargada? (*looping* simple)

Imputado: Sí.

Fiscal: ¿Usted entregó el arma negra a la policía?

Imputado: Sí.

Fiscal: ¿El policía a quien entregó el arma negra la abrió delante suyo?

Imputado: Sí.

Fiscal: ¿El policía contó las balas que tenía, delante suyo, y constató que había 3 municiones percutadas y 3 que no lo estaban?

Imputado: Sí.

Fiscal: ¿Usted disparó el arma negra 3 veces? (*looping* doble)

Imputado: Sí.

15. Las objeciones

Nuestro CPP las regula en el artículo 330 de manera bastante sucinta, pero con claridad para entender su relevancia en el juicio oral. Las objeciones se pueden conceptualizar, como un incidente que se deduce

460 RUA (2014), p. 120; GARRIDO (2021), p. 224.

y falla en forma verbal, durante el desarrollo del juicio oral, tendiente a garantizar el respeto a las reglas del juego justo, establecidas por el legislador.

Considerando su sustento normativo, se puede señalar que lo objetable son las preguntas defectuosas de la parte contraria.

No obstante alguna doctrina sostiene que, en virtud del objetivo de garantizar el debido proceso, es posible objetar otras intervenciones de la contraparte, refiriéndose específicamente a los alegatos de apertura y clausura. En nuestro medio Vial da un concepto amplio de objeciones, señalando que "son la forma de oponerse a que se acepte por un tribunal, evidencia o información ilícita"[461]. Este tipo de objeciones a las alegaciones, en el medio colombiano, se conocen como "interpelaciones", citándose como ejemplos que sería objetable que en el alegato de apertura, en lugar de anunciar la prueba se formulen argumentos sobre ella, o que en la clausura, se argumente sobre un hecho no probado, o se cite jurisprudencia errada, ya sea por estar citada fuera de contexto, por equivocada o falsa. En la práctica chilena, en general no se formulan objeciones a las alegaciones de la contraparte, y al respecto podemos ensayar como explicación el bajo impacto que producirían este tipo de alegatos en el caso de la apertura, ya que si la otra parte se dedica a argumentar sobre prueba que aún no se rinde, ello resultará absolutamente inconducente y por tanto no nos hace daño. Y si bien nos interesa que no se señale información errónea en la clausura, ello se puede hacer ver al tribunal durante la réplica, además que se espera que el tribunal también pueda advertir este defecto de argumentación, jugándole en contra a la parte que lo utiliza.

En cuanto a la expresión "en ningún caso", utilizada en el artículo 330 del CPP, se entiende que enfatiza que ante una infracción a las reglas de interrogación de los testigos, el tribunal deberá acoger la objeción y ordenar el retiro de la pregunta o su reformulación, y no se trata de conferir facultades de oficio al tribunal para que interrumpa un interrogatorio cuando se incurra en algunas de las causales que habilitan objetar, manteniéndose así incólume el régimen adversarial como "un dispositivo entregado a las partes para controlarse recíprocamente"[462]. Así ocurre en la práctica judicial avalado por la doctrina.

Como se dijo "las objeciones coadyuvan a la probidad de la administración de justicia y la salvaguarda del debido proceso"[463], Permitiendo que se mantengan las ventajas del modelo adversarial que se basa en el control horizontal de las partes, garantizando que la información que ingresa al juicio sea de calidad.

En el contraexamen se puede objetar por la forma en que se pregunta, entre estas, las preguntas engañosas, poco claras, y las tendientes a coaccionar ilegítimamente al testigo. Y en todo el interrogatorio, las preguntas que solicitan información inadmisible, como toda información referida a negociaciones fallidas para llegar a términos anticipados o a un juicio abreviado.

Creemos que, intentando asimilar a la última situación, durante un tiempo las defensas objetaban en el interrogatorio directo a las policías aquellas preguntas de la Fiscalía referidas a actuaciones policiales que constaban en informes, actas o partes policiales, situación superada, al menos en parte, porque la Fiscalía pormenoriza los puntos de prueba de estos testigos, indicando cada uno de estos documentos y, por otra parte, porque los tribunales aceptan referencias genéricas a los puntos de prueba, por lo que la práctica de individualizar informes, acta y partes, solo se

461 VIAL (2009), p. 248.

462 BLANCO *et al.* (2005), p. 202.

463 RODRÍGUEZ (2017), p. 153 (151 - 165).

recomienda ante tribunales que mantengan la exigencia a puntos de declaración específicos. Esto en consonancia con la actuación de la defensa que cuando aporta prueba lo hace en términos genéricos y solo justificando su relación con la teoría del caso que esboza ya en términos más concretos en el alegato de apertura.

Además, al testigo policía que hace referencia a una determinada actuación policial u orden de investigar no se le puede coartar su derecho como testigo a dar razón de sus dichos, que es la forma en que él va detallando cada actividad investigativa realizada y percibida por sus sentidos.

15.1. Objeciones por la forma de la pregunta

15.1.1. Preguntas sugestivas

Son aquellas que en su formulación contienen información tendiente a inducir la respuesta. Solo están prohibidas en el interrogatorio directo, como ya se indicó. No toda pregunta que se responde con un sí o con un no es sugestiva, sino aquella que induce la respuesta[464]. También se puede ser sugestivo al momento de incorporar la evidencia material mediante la declaración del testigo, si no se legitima la intervención del testigo, primeramente solicitándole abiertamente que indique en qué consiste el objeto que se le exhibe[465], o que haga una descripción de la especie que recuerda.

15.1.2. Preguntas poco claras

Son aquellas que el testigo no entiende, por usarse en ellas palabras complejas, imprecisas o desconocidas para la mayoría de las personas, como sería el caso del lenguaje técnico.

15.1.3. Preguntas engañosas o capciosas

Contienen información falsa que confunde al testigo. Un ejemplo de estas preguntas son aquellas argumentativas, que sacan conclusiones, propias de un alegato de clausura. También son engañosas las preguntas reiterativas, ya contestadas por el testigo, salvo que contengan algún aspecto diferenciador, dirigido a precisar la información ya entregada.

Respecto de estas preguntas Garrido realiza la siguiente clasificación[466]:

1. Compuestas: aquellas que en su formulación contienen más de una consulta, que al formularse conjuntamente, no permiten al testigo responder correctamente, porque sería muy raro que a todas estas consultas, genuinamente se respondería de la misma manera y lo que sucedería es que su respuesta estaría referida a una de estas interrogantes y el examinador pretenderá extenderla a todas las consultas

464 VIAL (2009), p. 255.

465 BLANCO *et al.* (2005), p. 196.

466 GARRIDO, p. 282.

formuladas. Como señalan Baytelman y Duce, en general el testigo responderá a la última pregunta de la serie y el abogado pretenderá que a todas las interrogantes[467].

2. Repetitivas: se dan en tanto el testigo ya haya contestado la pregunta, formulada con la intención de confundir y obtener de esa manera la respuesta buscada.

3. Aquellas que incorporan hechos no incorporados al juicio. Con ellas se trata de indicarle al testigo una supuesta información aportada por otro testigo o medio de prueba, sin que sea cierto. Por ejemplo, un perito indica que no fue posible identificar la huella encontrada en el arma, porque no se detectaron suficientes puntos de comparación, no obstante se le señala al testigo que las huellas del arma incautada corresponden al acusado[468].

4. Aquellas que parafrasean erróneamente al testigo, es decir, el testigo entrega cierta información, la que es alterada por el entrevistador, incluyéndola en una pregunta que persigue con su respuesta aseverar algo distinto a lo indicado originalmente por el testigo. Por ejemplo, el testigo dice que vio personas tomar alcohol y drogarse en la fiesta, a partir de lo cual el examinador realiza la siguiente pregunta, indicando "¿entonces a cuántos traficantes de droga vio en la fiesta?" O el testigo indica haber visto el arma con que se efectuó el disparo, y la siguiente pregunta dice "descríbanos la escopeta con que vio se hizo el disparo"[469]. El riesgo de permitir esta pregunta, es que seguramente el testigo no pensará que el abogado tergiversa la información, y tal vez describa el arma que vio, sin precisar que no se trata de una escopeta, por pensar que dicha clasificación no es relevante, en tanto él haga una descripción real del arma.

En Colombia también se pueden objetar preguntas por innecesarias, las que en el lenguaje del artículo 330 del CPP podrían estimarse poco claras, como sería una pregunta usualmente utilizada para iniciar un interrogatorio: "Sr. Muñoz ¿sabe por qué fue citado hoy?"[470]. Dado que el testigo conoce los hechos por los cuales es citado, se estima que lo correcto es preguntarle por esos hechos, en lugar de esta fórmula tan amplia como artificial, que en algún momento comenzó a utilizarse como una manera de garantizar que la pregunta no inducía en modo alguno al testigo, pero ello bien puede lograrse con preguntas abiertas, tales como: ¿Qué sucedió el día x a las 17 hrs. en su casa?, ¿cómo se enteró?, etc.

15.1.4. Preguntas que coaccionan al testigo

Son aquellas que contienen amenazas, ya sea en forma implícita o explícita, que afectan la libertad del testigo al infundirle temor. Vial estima que constituye coacción sicológica la práctica de extensos interrogatorios[471], apreciación que no compartimos, basados solo en este aspecto cronológico, en la medida que se justifique lo extenso del interrogatorio en función de lo que puede aportar para la resolución del caso el testigo –siempre, claro está, que se respeten todas las prescripciones del artículo 330 del CPP–.

En el caso de la Fiscalía, se debe estar muy pendientes de objetar preguntas que culpabilicen o incomoden a las víctimas, especialmente en casos de violencia contra la mujer o en que se pretendan usar estereotipos

467 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 132.

468 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 131.

469 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 123.

470 COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL (2003), p. 191.

471 VIAL (2009), p. 254.

de género para aminorar o justificar el delito. En el mismo sentido, ha de cuidarse tratándose de testigos menores de edad, con el objeto de evitar la victimización secundaria.

La Ley N° 21.523 de reciente data, a fin de evitar la victimización secundaria, incorpora un nuevo inciso segundo al artículo 330 del CPP, que establece la **prohibición de realizar preguntas que ocasionen humillación, sufrimiento o intimiden o lesionen la dignidad de la víctima.**

Por ejemplo, debido a esta norma, son objetables todas aquellas preguntas que tiendan a desacreditar la credibilidad de la víctima debido a su identidad de género o sus comportamientos sexuales previos, así como también aquellas que descansen en estereotipos de género, o tiendan a minimizar los efectos que los hechos puedan haber causado en ellas.

Asimismo, se modifica el actual inciso cuarto, añadiendo como causal de inadmisibilidad aquellas preguntas que sean destinadas a **acosar ilegítimamente a los testigos o peritos**. Respecto de la expresión "acosar", se amplía la protección al testigo prohibiéndose preguntas que constriñen de alguna manera la voluntad, aun cuando pueda estimarse que no alcanzan a ser coactivas.

15.1.5. Preguntas que solicitan información inadmisible

Como ya señalamos, serían objetables aquellas preguntas tendientes a consultar sobre negociaciones en busca de una suspensión condicional del procedimiento o de un juicio abreviado.

Igualmente serían inadmisibles aquellas preguntas dirigidas a obtener información que incrimine al testigo o a sus parientes cercanos, en armonía con lo dispuesto por los artículos 305 y 302 del CPP. Por ejemplo, sería objetable la pregunta a un policía sobre los dichos del imputado al momento de ser detenido, salvo que el imputado haya renunciado a guardar silencio y exista delegación del fiscal[472]. En este punto valdría la pena indicar que las preguntas al policía sobre lo que manifestó el imputado podrían ser objetables, pero en definitiva la construcción incidental se resolverá caso a caso, por cuanto el sustento de la misma enarbola o esgrime una supuesta infracción de la garantía de guardar silencio, que como sabemos, requiere corroboraciones como que efectivamente no haya renunciado a ese derecho el imputado. Y si lo hizo, corresponderá a la Fiscalía comprobar que esa renuncia se hizo en forma legítima, siendo esto parte de la discusión y posibilidades de resolución.

El objetivo de las objeciones a la forma de preguntar, es asegurar que la información que ingresa al juicio oral sea de calidad, y de las objeciones a preguntas que solicitan información inadmisible, es que esta información no tenga un origen ilícito.

15.1.6. Preguntas de opinión o conclusión del testigo

La opinión de un testigo es irrelevante, porque ello no es un hecho, y porque emitir opiniones es el ámbito propio de un perito.

472 VIAL (2009), p. 261.

El artículo 309 inciso 2 del CPP indica que el testigo puede declarar sobre hechos que dedujere de antecedentes que le fueren conocidos, lo que no es lo mismo que opinar lisa y llanamente, sino que a partir de hechos que conoce puede señalar que deduce otros. En otras palabras, "se permite emitir una conclusión de hechos que le son conocidos, pero no declarar en forma conclusiva"[473].

Una pregunta de opinión valida sería, por ejemplo, "¿ocurrió algo que le sugiriera que P. la amenazaba en serio?" Por el contrario, sería inválida la siguiente: "¿hablaba en serio P. cuando hizo la amenaza?", porque esta última obtendría una información respecto de la cual el testigo no puede dar razón de sus dichos, además de no ser un hecho[474].

Son admisibles las opiniones de policías, basadas en las destrezas que adquieren en su proceso de formación permanente, en tanto dicha *expertise* esté acreditada en el juicio, o tratándose de testigos comunes, en cuanto tenga un conocimiento específico sobre lo que se consulta[475] o sea una conclusión basada en la información susceptible de ser captada por los sentidos, por ejemplo, el estado emocional de la víctima al momento de relatar los hechos que la afectaron[476].

15.2. Etapas

Si esquematizamos las etapas que se siguen al momento de realizarse la pregunta objetable, estas serían:

1. Se plantea verbalmente la objeción al presidente del tribunal. Debería ser en forma clara y rápida, porque no se trata de formular extensas alegaciones.

2. El presidente del tribunal, en general, requiere de quien objeta que fundamente la objeción.

3. El presidente del tribunal, en general, otorga la palabra a la parte que formuló la pregunta objetada para que pueda defender su pregunta, o, por otra parte, retirar o reformular su pregunta.

4. El tribunal resuelve la objeción. En caso de acogerla ordena la corrección de la pregunta o su retiro. En caso de rechazó continua el interrogatorio.

Estos pasos son flexibles y serán necesarios según el caso concreto. Además, en casos en que se objeta continuamente, aun siendo necesario, ello producirá cansancio en los intervinientes y jueces, por lo que en cuanto a su resolución se deben adaptar estas etapas, incluyendo "el autocontrol de las partes, y las resoluciones de plano cuando el incidente promovido por uno de los litigantes resulta obvio y plenamente justificado"[477], como asimismo, en el caso contrario, cuando no tenga asidero alguno.

Se debe estar atento a las preguntas que realiza la defensa a sus testigos o acusado, e intervenir objetando según se evalúe estratégicamente, porque puede ser, por ejemplo, que frente a una pregunta aun inductiva,

473 VIAL (2009), p. 267.

474 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 128

475 COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL (2003), p. 190.

476 BLANCO *et al.* (2005), p. 198.

477 BLANCO *et al.* (2005), p. 204.

su respuesta sea irrelevante o, incluso, coadyuve a la teoría del caso propia: "cada parte es dueña y estratega de su propia teoría del caso y, por tanto, dueña de la decisión de objetar o no una determinada pregunta"[478]. Asimismo, la sobreutilización de objeciones puede generar una predisposición del tribunal en contra del abogado que entorpece el normal desarrollo del juicio, por lo tanto se deben objetar las preguntas en situaciones en que realmente se produzca daño a nuestro caso y no solo con un afán de purismo técnico. Entre más objeciones se hagan, se dará la sensación que no se tiene un caso sólido y que por ello se recurre a maniobras para interrumpir a la contraparte[479].

Además es esencial objetar de modo oportuno, es decir, antes que el deponente conteste lo consultado, pero estimamos que esto no es lo mismo que pedir que la objeción se formule antes que el testigo o perito haya empezado a hablar, puesto que si aún no contesta la pregunta objetable, sigue siendo oportuno el incidente. Otro aspecto en que el litigante debe ser cuidadoso es en no señalar genéricamente una objeción sin ser capaz de precisar el tipo de objeción que corresponde y el fundamento de la misma. En todo caso, de haberse respondido una pregunta claramente objetable, corresponde que esas declaraciones obtenidas a través de un interrogatorio que infringe las prohibiciones absolutas impuestas por la ley no sean valoradas por el tribunal al fallar el caso, por encontrarnos ante "una clásica prohibición probatoria que halla su sustento legal en la norma del inciso 2º del artículo 334 CPP"[480].

Siguiendo con la exigencia de oportunidad, se debe estar atento en todo momento a las preguntas de la contraparte para poder reaccionar en una fracción de segundos, lo que además requiere de mucha práctica en litigio[481].

Por lo dicho en el párrafo anterior, un aspecto práctico esencial es que durante la preparación del testigo se le solicita que respecto de cada pregunta de la contraparte se tome un momento para pensar su respuesta, lo que a su vez nos permitirá hacer las objeciones que pudieren ser necesarias. También se le debe trasmitir que debe mantener la tranquilidad en el evento que el debate que se produzca le parezca un tanto áspero.

Como ya se señaló a propósito de las preguntas que no se deben realizar en el interrogatorio directo, son objetables las preguntas sugestivas, capciosas, confusas o engañosas, además, claro está, de preguntas impertinentes en relación a la posible teoría de la defensa.

De todas maneras, siempre es importante recordar la importancia de la credibilidad de un litigante ante los jueces, lo que dice relación con administrar con criterio esta herramienta procesal, "pues si el tribunal evidencia que la pretensión de quien objeta es, o dar una clase de litigación o causar molestia a la contraparte y no evitar una afectación a la teoría de caso propia, la misma podría revertir sus efectos debilitando la credibilidad ante el tribunal"[482].

478 BLANCO *et al.* (2005), p. 203.

479 BLANCO *et al.* (2005), p. 194.

480 HORVITZ y LÓPEZ (2008), p. 291.

481 BAYTELMAN y DUCE (2001), p. 133.

482 RODRÍGUEZ (2017), pp. 164 y 165 (151 - 165).

CAPÍTULO IX

PRUEBA MATERIAL Y DOCUMENTAL
EN EL PROCESO PENAL CHILENO

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. Algunas definiciones esenciales

Parece necesario partir este capítulo efectuando algunas precisiones conceptuales, con la finalidad de tener la certeza necesaria respecto de qué debe entenderse que es cada medio de prueba de aquellos a que nos referimos en este capítulo.

Ello, básicamente en atención a que en el derecho comparado no es pacífico a qué nos referimos con aquello que llamamos prueba documental. Y el concepto de prueba material, que en algunos casos está incorporado dentro del anterior, requiere ser identificado con precisión en cuanto a sus contornos esenciales.

Tradicionalmente se extiende la noción de documento a ***todo soporte material que contenga una representación de la realidad***, no solamente a los que son expresados por escrito, incluyendo por lo mismo dentro de estos a lo que nosotros normalmente comprendemos por prueba material.

Por otra parte, en algunos países[483-484] se exacerba esta tendencia y se llega a concebir una noción completamente amplia de documento para incorporar decididamente dentro de esa categoría a todo aquello que contenga información fáctica de algún hecho que tenga relevancia para el debate del juicio.

Sin embargo, en el contexto del CPP chileno resulta clara la distinción entre las diversas maneras en que se puede acreditar algún hecho de relevancia en materia penal. Así, en el marco de este capítulo, podemos distinguir en Chile sin dificultades entre la prueba documental, la prueba material y otros medios de prueba similares.

Ahora, desde un punto de vista práctico, parece recomendable utilizar un epígrafe común para la prueba documental, prueba material y otros medios de prueba al ofrecer la prueba. De esta manera se tiende a evitar cualquier debate en torno a la naturaleza de esta.

Por otra parte, la principal diferencia entre la prueba material, la prueba documental y los otros medios de prueba, está en que los primeros cuentan siempre con cadena de custodia, lo que no necesariamente ocurre con los documentos y otros medios de prueba.

483 Así, en Colombia, la Ley N° 906 de 2004, señala en su Parte IV, relativo a la prueba documental: "ARTÍCULO 424. Prueba documental. *Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: 1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos. 2. Las grabaciones magnetofónicas. 3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones. 4. Grabaciones fonópticas o vídeos. 5. Películas cinematográficas. 6. Grabaciones computacionales. 7. Mensajes de datos. 8. El télex, telefax y similares. 9. Fotografías. 10. Radiografías. 11. Ecografías. 12. Tomografías. 13. Electroencefalogramas. 14. Electrocardiogramas. 15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores".* Esto es, se hace una interpretación ampliada de documentos, más allá de "los textos manuscritos, mecanografiados o impresos" (sic), incorporando finalmente a todo soporte físico que incorpore datos, información, hechos, entre otros, con relevancia jurídica, cuyo objeto se enfoque en probar algo, sea porque contenga alguna declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados, o simplemente contenga su representación, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías.

484 En México, a su turno, el artículo 380 del Código Nacional de Procedimientos Penales considera documento a *"todo soporte material que contenga información acerca de algún hecho"*, ampliando aún más el concepto para incluir la evidencia constituida por objetos que contienen la información fáctica que pueda resultar relevante para lo que se va a debatir en el juicio.

1.1. Prueba documental

Esta prueba está limitada a los soportes escritos de información que resulten relevantes para el esclarecimiento de algún hecho vinculado al debate fáctico propio del proceso penal, siendo el caso típico de los documentos, públicos o privados, que contengan alguna información que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.

Dentro de esta categoría no se incorporan solamente los documentos tradicionales –manuscritos o mecanografiados a través de algún medio electrónico, pero materializados en un instrumento escrito–, sino que también a los documentos electrónicos propiamente tales, con las precisiones que efectuaremos, y que en la actualidad han adquirido una importancia relevante.

Sobre esta prueba documental, el artículo 333 del CPP se limita a señalar que deberán ser leídos, total o parcialmente, y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Agregando al final de dicha disposición legal que podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos, durante sus declaraciones, para que los reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ellos.

1.2. Prueba material

Es la prueba comprensiva de aquellas cosas materiales u objetos que, siendo también soportes de información acerca de algún hecho, la contengan en la fuente misma de la prueba de manera no escrita.

Puede decirse que la prueba o evidencia material tiene ciertas características propias:

1. Está constituida por objetos, instrumentos, efectos, rastros o vestigios de un hecho criminal.
2. Proporcionan durante la etapa de la investigación insumos importantes para llevar adelante líneas de investigación plausibles.
3. A través de ellos es posible concluir normalmente a través de inferencias qué es lo que habría acontecido en el suceso penalmente relevante.
4. De allí que son medios de prueba de dichos hechos en el juicio.
5. En ocasiones alertan acerca de la necesidad de pedir la pena de su comiso.

Por su parte, Horvitz y López la definen como *"todas aquellas cosas o elementos de carácter material que tienen relevancia probatoria para la determinación de los hechos del juicio"*[485], pudiendo agregarse que se levantan desde el sitio del suceso o se incorporan a los antecedentes de investigación con cadena de custodia. Incorporan dentro de esta noción a:

485 HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 305.

1. los ***instrumentos del delito***, que definen como *los medios materiales empleados en la perpetración del delito*, como armas o un veneno;

2. ***los efectos del delito***, que indican son aquellos *objetos materiales sobre los cuales haya recaído el comportamiento delictivo o que sean producto de ello*, tales como la moneda falsificada, las sustancias estupefacientes ilegales o la especie hurtada o robada, y

3. ***todos aquellos otros objetos que contribuyan a acreditar directa o indirectamente algún hecho relevante del caso***, tales como el hallazgo de lentes ópticos, o de pelos o sustancias (evidencia balística o biológica) en el sitio del suceso.

En cuanto a su incorporación al juicio, se encuentra regulada en el mismo artículo 333 del CPP, indicando que deberá ser exhibida y podrá ser examinada por las partes, agregándose que también podrá ser exhibida al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que la reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ella.

Desde el punto de vista práctico hay dos aspectos relevantes. El primero dice relación con la adecuada selección de estos medios, pues en la práctica los sitios del suceso pueden arrojar una multiplicidad de evidencias materiales y al efecto se debe efectuar una adecuada selección de aquellos medios de prueba relevantes y aquellos que pueden ser reemplazados con una simple fotografía (por ejemplo piedras) o con el peritaje pertinente (por ejemplo en los hechos de tránsito), seleccionando aquellos que puedan ser más relevantes o producir un mayor efecto probatorio mediante su exhibición directa en juicio (lo que por cierto contribuye al adecuado almacenamiento de evidencias en las bodegas del Ministerio Público). El segundo dice relación con la correcta individualización del medio de prueba al momento de formular la acusación, para lo cual en la práctica ha resultado útil la individualización de la evidencia con su NUE (Número Único de Especie) que lo liga a su levantamiento y su cadena de custodia, la que como se dijo es siempre necesaria tratándose de la prueba material.

1.3. Otros medios de prueba similares o evidencia electrónica

Vinculados a los anteriores, el CPP contempla en el artículo 323 lo que denomina simplemente como ***otros medios de prueba***, comprensivos de aquellos no regulados expresamente y que ejemplifica señalando: ***películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen y el sonido, versiones taquigráficas***, agregando al final de su inciso primero "en general, ***cualquier medio apto para producir fe".***

Desde luego ya esta disposición confirma la opción del legislador del CPP por adoptar una versión restringida de la prueba documental, al hacer expresa mención a medios de prueba que en otras legislaciones se los incorpora dentro de los documentos y que, en general, pueden agruparse dentro de la consideración genérica de medios tecnológicos que contienen audio y video o evidencias electrónicas, como ha sido también llamada.

Pero, lo más importante para los efectos de este manual, es que el inciso 2° del texto legal citado prescribe que será el tribunal el que determinará la forma de su incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible, al medio más análogo.

Y en este sentido, el mismo artículo 333, se encarga de indicarnos que las *"grabaciones, los elementos de prueba audiovisual, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe* ***se reproducirán por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes"***. En razón de lo anterior, resulta conveniente que en la acusación o requerimiento, junto con ofrecer el medio de prueba, se indique al mismo tiempo la forma como se reproducirá el contenido.

De relevancia resulta destacar que esta última disposición pone el énfasis en lo que es medular respecto de la incorporación de los medios de prueba y la finalidad que se busca con ello: elegir el medio que resulte más idóneo para su adecuada ***percepción por los asistentes***. Desde luego, para los litigantes que están incorporando el medio de prueba de que se trate, dentro de esos asistentes, los destinatarios principales serán los jueces, quienes decidirán si lo debatido durante el juicio ha logrado ser probado, o no.

Desde el punto de vista práctico conviene designar tanto el soporte como su contenido, pues ello es relevante al momento de determinar la forma de incorporación, la cual queda supeditada a la decisión del tribunal. Es decir, no sería suficiente hacer referencia a un determinado DVD, sino que luego debiera hacerse referencia a "que contiene imágenes de las cámaras de seguridad del local comercial del día de los hechos", por ejemplo.

No podemos obviar que el diccionario de la RAE define percepción como ***"[s]ensación interior que resulta de una impresión material producida en los sentidos corporales"***, lo que resulta clave para comprender lo que se busca al introducir la prueba al juicio.

Dicho con otras palabras, la finalidad que persigue el litigante al introducir los medios de prueba al juicio –en este caso a través de los medios de prueba documentales, materiales y otros– es obtener que ***los jueces adquieran esa sensación interior*** como resultado de su ***impresión material y concreta a través de sus propios sentidos respecto del medio de prueba de que se trate***, de manera que en definitiva adquieran la ***convicción que el medio de prueba ha logrado su objetivo durante el juicio:*** ***acreditar la proposición fáctica (la afirmación de hecho que satisface un elemento de la teoría jurídica) que se ha buscado introducir al juicio.***

2. La confiabilidad de la prueba material y documental

La confiabilidad de la prueba material y documental está determinada por la pertinencia que tengan con las propuestas fácticas de la teoría del caso, con la posibilidad de explicar con claridad el origen de la prueba, su levantamiento e incorporación a los antecedentes y, por supuesto, que esté exento de infracción de garantías. Resultará fundamental para asegurar la confiabilidad de la prueba material y documental la selección del testigo o perito con quien se incorporará la prueba en el respectivo juicio oral.

Valga mencionar que en doctrina se habla de la distinción entre credibilidad interna y externa de la prueba material y documental[486], distinción que pretende facilitar el trabajo del litigante permitiéndole enfocarse en lo que debe perseguir en cada momento. Así, en la credibilidad externa debe analizarse al efectuar la acusación –para ofrecer aquella prueba que sea por un lado pertinente y por otro lado relevante–, determinando la elección del declarante idóneo para su introducción al juicio. Sirve para especificar qué

486 DECAP (2019), pp. 302 - 303.

se debe hacer con ese declarante cuando se le exhiba el medio de prueba y las tres preguntas esenciales, a saber, de qué manera lo conoce, cómo lo reconoce y qué es.

Por su parte, la credibilidad interna apunta al objetivo de destacar la importancia que ese medio de prueba tiene para el establecimiento de los hechos debatidos en el juicio y se vincula normalmente con las preguntas destinadas a que el declarante explique de qué manera el medio de prueba se conecta con esos hechos, de manera que en el alegato de clausura se puedan utilizar las respuestas del declarante para indicar al tribunal los pasos necesarios para la inferencia que permita llegar a las conclusiones fácticas esenciales para la teoría del caso que se sostenga.

3. Incorporación al juicio de estos medios de prueba

Si bien sucede con todo medio de prueba, en los que analizamos en el presente capítulo adquiere particular importancia referir con detalle cómo es que se logra traspasar la información que se contiene en cada uno de estos al tribunal, de manera de lograr cumplir con las finalidades señaladas en las páginas precedentes, actualizándose la máxima intensidad de carácter probatorio posible de esos trozos de información.

Con dicho objetivo, recurriremos a la distinción ya señalada del CPP, que identifica prueba documental, prueba material y otros medios de prueba similares o evidencia electrónica.

3.1. Prueba documental

3.1.1. Requisitos

En materia de prueba documental, la exigencia de seleccionar un declarante idóneo no es absoluta, puesto que lo esencial es la confiabilidad que emane del mismo. El artículo 333 señala expresamente aquellos requisitos esenciales para lograr su correcta incorporación al juicio: (1) ***leídos***, (2) ***exhibidos*** en el debate y (3) "***con indicación de su origen***".

Resulta importante recalcar que la exigencia de exhibir dice directa relación con el respeto al principio de contradicción que deber regir todo proceso penal, y que nuestra legislación recoge en lo relativo a esta materia en el aludido artículo 333 del CPP.

3.1.2. Documentos públicos

Podemos sostener que en todos los documentos públicos, por la sola circunstancia de intervenir en su forjamiento una autoridad pública, son, en principio, confiables para el tribunal y, por lo mismo, bastará con su sola lectura para incorporarlos al juicio y cumplir con el objetivo de lograr que los jueces tengan la certidumbre que lo que el letrado respectivo dice que es aquello que ofrece presentar en el juicio efectivamente lo es.

Como ejemplos clarísimos de casos en que el propio documento, por su origen, no hace necesario otra cosa para generar la confiabilidad de que es aquello que se sostiene que es, pueden citarse todos los certificados emitidos por cualquier registro público, en donde quizá el ejemplo paradigmático está en los **certificados emanados del SRCeI**, incluidos aquellos con firma electrónica avanzada –circunstancia que se está reproduciendo con cada vez mayor habitualidad (por ejemplo, las escrituras públicas con firma electrónica avanzada del notario público)–.

Tratándose, entonces, de aquella prueba documental constituida ***por certificaciones*** de registros públicos –pero también privados– no debieran formularse a su respecto cuestiones relativas a su credibilidad, sirviendo por sí misma la información contenida en el documento para estimar acreditado aquello que se encuentra registrado. Piénsese por ejemplo en un certificado de nacimiento, de matrimonio o de los socios accionistas de una sociedad anónima. De su sola lectura se obtiene una información creíble acerca de cualquier contenido allí registrado.

También adquieren este carácter todos aquellos documentos emanados de autoridades públicas (por ejemplo, un oficio de la DGMN).

De manera que, en estos casos, bastará con la utilización de la información que se lee, en la medida en que ella pueda ser estimada prueba directa de la afirmación del hecho con relevancia penal. Del mismo modo, podría ser considerada suficiente para acreditar un indicio grave y/o necesario para provocar una relación inferencial que lleve a una conclusión fáctica unívoca. En estos casos se podría generar alguna exigencia adicional que permita entender la información que proviene del certificado como un indicio al que será necesario agregarle otro para llegar a ella, lo que exigirá, entonces, de otra prueba para obtener ese objetivo.

Entonces, estando asegurada la ***credibilidad*** de un documento, en su introducción al juicio bastará con su lectura (además de la exhibición e indicación de su origen, que son ineludibles), sin necesidad de añadirle la selección del declarante idóneo.

Por cierto, lo expresado respecto de los documentos originales resulta plenamente aplicable a las copias oficiales, respecto de las cuales, si no se levanta alguna cuestión que ponga en duda su confiabilidad, no habrá inconveniente para que también sean introducidas al juicio a través de su lectura.

3.1.3. Documentos privados

En relación con los documentos privados, conviene hacer una nueva distinción.

a) Documentos privados de general aparición

Esta distinción atiende fundamentalmente a la confiabilidad que emana de su surgimiento, que comprende la estandarización y uniformidad del mismo, su habitualidad, periodicidad y generalidad. Reciben la misma credibilidad de principio que indicábamos respecto de los documentos públicos, como por ejemplo, certificados emanados de establecimientos educacionales. Lo mismo puede postularse respecto de aquellos documentos privados que tienen fuertes dosis de ***habitualidad y generalidad***, como ocurre con diarios y periódicos de circulación común, en que bastará con incorporarlos al juicio a través de su lectura.

Vale decir, a partir del origen del documento privado analizado desde el sentido común –dada la habitualidad de su forjamiento, el que normalmente circule con cierta generalidad, dirigido hacia el público sin especificación de sus destinatarios– puede alcanzarse la finalidad relativa a su credibilidad, haciendo innecesario recurrir a la selección del testigo idóneo (esta categoría debe tomarse en forma restrictiva y, en caso de duda, derechamente tratarse como la categoría siguiente. Piénsese por ejemplo en los boletos de locomoción colectiva, que si bien son de general aparición, la globalidad de su credibilidad estará asociada a la forma como se introduce y se da cuenta de su proceso, desde su levantamiento, cadena de custodia, hasta su introducción por el testigo o perito idóneo).

b) Documentos privados singulares

En estos documentos faltan las características antes señaladas, definiéndose en torno a su singularidad –por ejemplo, con destinatarios precisos, o elaborados para alguna situación particular y concreta–, por lo que requerirán del auxilio de una prueba personal que le otorgue la confiabilidad necesaria, obteniendo la señalada credibilidad.

Un prototipo de este tipo de documento puede ser una carta manuscrita por el imputado o la víctima, o el croquis del lugar del robo elaborado por alguno de los acusados, documentos que requerirán ser acreditados a través del o los declarante(s) idóneo(s) y así el tribunal le asigne la confiabilidad necesaria para el efecto de probar la afirmación de los hechos de que se trate. En particular, en este ejemplo, que el tribunal confíe en que lo que se introduce al juicio es efectivamente la carta manuscrita o el croquis que sirve a efectos probatorios. Nuevamente, tanto la forma de obtención de la evidencia como su incorporación al juicio –incluida su cadena de custodia–, serán fundamentales para su credibilidad.

La natural desconfianza en aquellos documentos privados con fuertes dosis de individualidad, hace necesario que en estos casos se sigan reglas especiales para su incorporación en juicio, como manera efectiva de generar ***credibilidad***.

La manera de obtener que esta primera finalidad se cumpla, en atención a que su origen no genera esa credibilidad necesaria para que el tribunal asuma que lo que se introduce al juicio es un medio de prueba firme y seguro, es seleccionar otro medio de prueba que irá al juicio. A este medio se le puede denominar como prueba personal y consiste en la declaración de una persona que sea considerada ***idónea*** para lograr el objetivo planteado.

Por ello, la selección del o los declarante(s) idóneo(s) resulta fundamental para que el tribunal pueda confiar en la información que surge del documento privado, su credibilidad, para luego ver el aporte de su contenido para los efectos de establecer los hechos que ha de estimar probados. Así el interrogatorio al declarante idóneo no persigue primeramente lograr que el medio de prueba sea un aporte significativo para los jueces en el momento del establecimiento de los hechos, sino su fiabilidad.

Lo expuesto resulta extensible a todo documento escrito y privado que contenga *"un contenido ideológico"*, como dice Roxin[487], ya sea de aquellos elaborados con posterioridad al hecho criminal de que se trate y que contengan un carácter narrativo, o ya sea de aquellos forjados con anterioridad al mismo, que resulten ser de carácter narrativos o simplemente demostrativos de cualquier circunstancia fáctica de interés para el juicio.

487 ROXIN (2000), p. 246.

- *Selección del declarante para lograr credibilidad*

Para la adecuada selección del declarante idóneo, es posible considerar las siguientes opciones:

1. Acreditación a través de alguno de los partícipes en la conversación, emisor o destinatario del documento o que aparezca de cualquier manera involucrado en el mismo.

2. Acreditación a través del funcionario que incautó el documento.

3. Acreditación, muchas veces conjunta con la anterior, a través del perito que haya examinado la evidencia, en los casos en que ello haya ocurrido.

Ello, desde luego, sin perjuicio de la posibilidad en cualquiera de los tres casos de prueba documental antes señalados, de utilizar también la prueba personal para contextualizar el grado de influencia probatoria que pueda adquirir la información que porta el documento, tanto en el análisis individual como en conjunto con los demás medios de prueba rendidos en el juicio.

De este modo, será a través del o los declarante(s) idóneo(s) que se haya(n) seleccionado a través de quien(es) se explicará el contexto en que tiene relevancia la prueba documental de que se trate, la fiabilidad de aquello que se dice en el mismo, así como la manera en que la ***información que porta el documento pueda ser útil para el establecimiento de los hechos probados.***

Entonces, el tercer requisito, relativo a la indicación del origen del documento, nos dará la respuesta acerca de si es necesario, o no, entregarle más información al tribunal de aquella que el mismo documento porte.

3.2. Prueba material

Tratándose de la prueba material, entendiendo que aquella está referida a la relación que ciertos objetos particulares puedan tener con los hechos debatidos en el juicio, siempre será necesario que para establecer la credibilidad del objeto que se incorpora al juicio, dicha labor se efectúe durante el testimonio del o de los declarante(s) idóneo(s) que previamente se haya(n) determinado, de manera que el tribunal pueda confiar en que efectivamente dicha prueba material es aquella que ha sido ofrecida para incorporar al juicio. Además se debe dar fe del adecuado tratamiento de la evidencia, vale decir, su levantamiento, cadena de custodia e incorporación al juicio.

Al efecto, estimamos que resulta útil tener a la vista lo que los autores Baytelman y Duce señalan acerca de la influencia que ejercen la lógica de la desconfianza y del sentido común[488] en su conocido texto acerca de la litigación penal y juicio oral:

"La principal consecuencia de la lógica de la desconfianza es la exigencia de que los objetos y documentos deban en general ser 'acreditados' (o cualquiera otra denominación que se adopte para esta idea); esto es, que alguien declare que efectivamente aquel objeto corresponde a aquello que la parte pretende que es. Esto implica que los

488 BAYTELMAN y DUCE (2004), pp. 402 - 413.

objetos y documentos deben ser ingresados por lo general a través de testimonio (en sentido amplio, comprendiendo tanto testigos como peritos). (…) Desde el punto de vista de las reglas de la prueba, la acreditación es una exigencia de admisibilidad"[489].

A su vez, para los efectos del establecimiento de esta credibilidad (externa e interna, y tanto de objetos como documentos), estos autores distinguen los siguientes pasos:

*"**1º paso:** Elijo a un testigo idóneo para reconocer el objeto o documento. Generalmente esto coincidirá con la necesidad de utilizar el objeto o documento para el examen o contraexamen del testigo que lo reconocerá, aunque no hay necesidad de que sea así. Es posible también que un mismo objeto o documento pueda ser acreditado por más de un testigo.*

***2º paso:** Le exhibo el objeto o documento al testigo, preguntándole si lo reconoce. Ejemplo: 'Le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como el objeto Nº X de la parte que represento (fiscalía o defensa). ¿Lo reconoce? ¿Podría decirnos qué es?'.*

***3º paso:** Le pido al testigo razones de su reconocimiento. '¿Cómo lo reconoce?' ('¿cómo sabe que es el arma encontrada en la escena del crimen, considerando que hay miles de armas iguales a esta?'; '¿cómo sabe que es la ropa que llevaba puesta el imputado al momento de la detención…?').*

***4º paso:** Lo ofrezco en la prueba. La petición es realizada al presidente, quien debería preguntar por objeciones a las demás partes. Si no hay objeción, o si ellas son rechazadas por el tribunal, el objeto se declara ingresado en la prueba, y puede ser utilizado de ahí en adelante por todos los intervinientes, tanto en el resto de la presentación de la prueba como en los alegatos, y no requiere ser reconocido nuevamente (sin perjuicio de las cuestiones de credibilidad).*

***5º paso:** Utilizo el objeto o documento (hago que el testigo fije las posiciones en el diagrama, le pido que lea y explique los asientos de libro de contabilidad, le pido al perito que muestre en qué posición fue hallada la huella digital en el arma, le pido al imputado que vista la chaqueta del modo que la llevaba ese día, etc.). En suma, inserto el objeto o documento en el relato"*[490].

Por su parte, los autores Blanco, Decap, Moreno y Rojas sistematizan esta materia en los pasos siguientes:

*"**Paso 1.** Selección de un testigo idóneo.*

***Paso 2.** Relato de los hechos asociados al medio de prueba y descripción particularizada del testigo o perito.*

***Paso 3.** Permiso para exhibir el objeto.*

***Paso 4.** Exhibición del objeto a las otras partes.*

489 BAYTELMAN y DUCE (2004), pp. 164 - 165.

490 BAYTELMAN y DUCE (2004), p. 170.

Paso 5. Exhibición del objeto al testigo preguntándole si lo reconoce.

Paso 6. Eventualmente, se solicita al testigo que utilice el objeto para describir o explicar ciertos hechos o para que demuestre la forma exacta en que éstos habrían ocurrido.

Paso 7. Finalmente, no siendo condición de validez para su valoración por el tribunal, se recomienda solicitar tener por incorporado como prueba el respectivo objeto"[491].

Existen casos en que la credibilidad del objeto o documento privado exige, para que el tribunal confíe en la información contenida en la prueba, que el declarante elegido para introducirla al juicio efectúe la descripción de todos aquellos hechos relevantes que permiten identificar de qué se trata el medio de prueba y cuál es su contenido demostrativo o explicativo, de modo que aquello sea debidamente comprendido por el tribunal, antes de que al declarante le sea exhibido el objeto o se lea lo que se estime necesario del documento. En algunas ocasiones esto no se realiza, pasando derechamente a la exhibición del objeto para luego requerir la información sobre su conocimiento, sin embargo, el orden metodológico y que refuerza la credibilidad de la prueba es el señalado, y que puede ser reforzado si el declarante puede además indicar su rol en el tratamiento de las evidencias ubicando su participación en la cadena de custodia.

Una vez cumplida toda esta serie lógica de pasos, el objeto debe producir el impacto propio de la percepción por los sentidos de los asistentes, por ejemplo el cuchillo usado para el homicidio.

Como último punto en este acápite, es necesario recordar que conforme al artículo 333 del CPP, los objetos que constituyeren evidencia **"deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes".**

3.2.1. Credibilidad de la prueba material

Según ya hemos referido, para incorporar al juicio la prueba material siempre será necesario efectuar la labor antes señalada de ***seleccionar un declarante que se estime idóneo***, dado que en este caso lo normal es que no podremos estar en presencia de algún objeto que pueda estimarse que tiene alguna confiabilidad ligada a su origen, o vinculada a la intervención de alguna autoridad pública. Tampoco que la información que se genere con su exhibición en el juicio sea suficiente para estimar acreditada la proposición fáctica vinculada al medio de prueba material.

Es conveniente que el declarante seleccionado sea quien inició la cadena de custodia, por ejemplo el policía que levantó el objeto desde el sitio del suceso. Sin embargo, también podría escogerse a la víctima o algún testigo del hecho o de la existencia del objeto, por ejemplo el testigo que vio el arma homicida en poder del acusado. Resultará relevante, al momento de escoger al declarante con el que se introducirá la prueba material, considerar la credibilidad que ese testigo pueda transmitir al tribunal.

Desde luego, el declarante seleccionado debe cumplir con el requisito de resultar pertinente y, es esencial de acuerdo a lo prescrito por el artículo 333 recién citado, que el objeto respectivo le sea exhibido, de manera que pueda encargarse de indicar suficientemente al tribunal: a) ***de qué manera conoce ese medio de prueba;***

491 Blanco *et al.* (2005), pp. 225 y ss.

b) ***cómo es que lo reconoce concretamente como aquel que se dice que es (su rol en la cadena de custodia, si corresponde),*** y c) ***qué es específicamente el mismo.***

Con ello se consigue que el tribunal pueda confiar en que el objeto que se exhibe es el que se dice que es.

Como paso siguiente, el litigante debe procurar que este declarante idóneo indique al tribunal: a) cuál es la importancia que el instrumento probatorio tiene para la determinación de los hechos en disputa, o b) de qué manera estos pueden ser ilustrados por ellos, y c) qué elementos concretos pueden ser usados en esa labor.

De esta manera el tribunal estará en condiciones de efectuar una adecuada ponderación de la prueba material de que se trate. Para ello, la información que fluye del objeto debe ser capaz, en primer lugar, de establecer la fuerza probatoria que puede ser atribuida al mismo en forma individual y, en segundo lugar, analizar la coherencia que la misma tiene en relación a la que emana del resto de los medios de prueba rendidos en el juicio.

Cumplidos los puntos señalados, se podrá esperar que el tribunal esté en condiciones de tomar su decisión judicial usando en su tarea de establecimiento de los hechos que estimará probados la información que surge del objeto introducido al juicio, esto es, *"seleccionar las porciones de información que surjan de esta prueba, que el tribunal considere que son aptas para dar por establecidas determinadas proposiciones fácticas y actuar en consecuencia en su decisión"*[492].

Por ejemplo, la Fiscalía le exhibe a la víctima el arma utilizada en la perpetración del delito de que se trate, quien, luego de la acreditación de su credibilidad, le proporciona al tribunal toda la información necesaria respecto de la forma en que fue utilizada el arma, qué hizo el imputado con ella, donde la puso o qué le dijo. Es decir, todo lo que permita situar el objeto en el contexto del relato del hecho criminal.

Vale decir, será a través del o los declarante(s) idóneo(s) que se haya(n) seleccionado a través de quien(es) se explicará el contexto en que tiene relevancia la prueba material de que se trate, acreditando en primer lugar la fiabilidad de aquello que se dice que es el objeto, así como la manera en que la ***información que porta la prueba material pueda ser útil para el establecimiento de los hechos probados.***

Parece pertinente recordar los distintos momentos procesales en que se debe trabajar cada eslabón de la credibilidad, así, en su faz externa corresponde en la etapa intermedia y durante la incorporación de la prueba al juicio, y la credibilidad interna en la fase de juicio durante la incorporación de la prueba y durante el alegato de clausura, en que se debe explicar al tribunal de qué manera se engarza el medio de prueba con el establecimiento de los hechos –normalmente el indicio que prueba y la inferencia que conduce a la proposición fáctica respectiva del hecho principal–.

492 DECAP (2019), p. 303.

3.3. Otros medios de prueba similares o evidencia electrónica

Dentro de esta categoría cabe incorporar tanto aquellos documentos electrónicos propiamente tales, como otros soportes electrónicos de información que puedan asociarse a las demás categorías de pruebas aquí analizadas. De allí que en algunos casos se hable de ***"evidencias electrónicas".***

Recordemos que de la relación entre el artículo 323 con el 333, ambos del CPP, llegamos a indicar que son todos aquellos soportes de información en sistemas de audio y/o video, cualquiera sea la tecnología que lo permita.

Esto significa analizar todo aquello similar a documentos u objetos que circulen a través de *Whatsapp, Twitter, Instagram, Facebook, Messenger, TikTok* u otras aplicaciones tecnológicas similares, fundamentalmente desde su consideración como pruebas similares a las documentales o simplemente materiales, en aquellos casos en que contengan escritos, audios y/o videos narrativos o cualquier otra expresión simplemente demostrativa de alguna circunstancia fáctica que resulte de interés para los hechos delictivos debatidos. Sistematizaremos los siguientes:

3.3.1. Mensajes a través de *Whatsapp*

Normalmente esto supone una conversación que se sostiene entre personas, en la que afirman o dan a conocer algunos datos fácticos que pueden ser de interés para el establecimiento de los hechos penalmente relevantes, pudiendo adjuntar fotos, videos, documentos, la propia ubicación y/o contactos guardados.

3.3.2. Mensajes compartidos a través de otras plataformas electrónicas

Aquí se encuentran plataformas tales como *Twitter, Instagram, Facebook, Messenger, TikTok*, u otras similares.

En ellas, la forma de operar resulta muy similar a la ya referida a propósito de los *Whatsapp*, con la diferencia que en estos casos muchas veces no hay verdadero intercambio, sino que más bien es publicación de información que se lanza al conocimiento de todo aquel que pueda acceder a la plataforma de que se trate y que, en la medida que la misma pueda tener importancia en el establecimiento de los hechos penalmente relevantes, resultará de interés incorporarlo al juicio.

3.3.3. Correos electrónicos

Sin duda en ellos es posible encontrar mucha información, en forma de conversaciones, relatos, documentos, videos o soportes adjuntos, que puede contribuir a esclarecer contextos acerca de los hechos debatidos y situaciones concretas que puedan ser acreditadas a través de las afirmaciones que en ellos se efectúen, aquello que se comente o se plantee.

3.3.4. Fotografías y videos

Estos pueden ser obtenidos o intercambiados a través de algunas de las plataformas tecnológicas antes señaladas, o simplemente capturados con celulares.

3.3.5. Incorporación de la evidencia electrónica

Desde luego, a partir de la incautación de los aparatos electrónicos en que se encuentren de algún modo guardados los audios, los videos, las fotografías, los documentos y/o en general las imágenes respectivas, se puede dar inicio a un proceso que puede ser sistematizado de la manera siguiente:

1. Incautación de los aparatos electrónicos (celulares, *notebook*, PC u otros que contengan evidencia electrónica) en la etapa de la investigación. Normalmente aquí surge lo que se llama cadena de custodia, sobre la que nos explayaremos más adelante.

2. Pericia sobre los aparatos incautados con la finalidad de extraer la evidencia electrónica que contengan. Esta debe ser la regla general, pudiendo sostenerse que de manera excepcional, por ejemplo cuando se trata de algún documento o imagen adjunta que no requiere de complejos mecanismos técnicos para su extracción, no será imprescindible encargar la pericia respectiva.

3. Análisis de dicha evidencia y determinación de su pertinencia y relevancia para los efectos del esclarecimiento de los hechos por el órgano de persecución penal.

4. Selección de los declarantes idóneos y ofrecimiento de la prueba correspondiente para que, en el juicio, todo lo realizado sea relatado por ellos de modo que: a) permitan al tribunal entender qué es aquello que se introduce como prueba al juicio, es decir, obtener la credibilidad; b) determinen que se trata de una prueba confiable, asignándole credibilidad, al punto que pueda ser utilizada positivamente para el establecimiento de los hechos; c) con la que el tribunal comprenda la relevancia que tiene para el esclarecimiento de los hechos debatidos, incorporándolos dentro de su razonamiento probatorio, y d) contribuya a la adopción de la sentencia condenatoria solicitada.

En este sentido, el tema relativo a la confiabilidad pasa a ser esencial en estos casos, pues tanto los objetos como los documentos que pueden adscribir a esta categoría de evidencia electrónica (por el soporte en el que se contienen), para que el tribunal efectivamente los considere como elementos que le otorgan información de calidad para los efectos de construir su visión de aquello que ellos consideren que ocurrió en el pasado, solamente puede ser obtenido a través de a lo menos un declarante que sea idóneo para que el tribunal le crea a esa prueba.

De allí que debamos detenernos en las distintas posibilidades de acreditación a través del declarante idóneo que tiene el órgano persecutor para introducir al juicio esos medios de prueba con un adecuado margen de confiabilidad para que el tribunal los pueda utilizar positivamente en la labor de establecimiento de los hechos. En este sentido, debemos considerar:

a) Acreditación a través de alguno de los partícipes en la conversación o intercambio

Esto normalmente ocurre con la víctima, pero puede suceder que aquello acontezca con otro u otros testigo(s) relevante(s) de los hechos debatidos en el juicio, quien(es) mediante su(s) declaración(es) en este deberá(n) hacerse cargo de explicar al tribunal que lo que se introduce al juicio como prueba corresponde a aquello que se dice por el persecutor que es y que se encontraba en el aparato electrónico incautado. También cómo es que la información contenida en el soporte electrónico de que se trate resulta creíble por su propia estructura interna, por su consistencia y coherencia y por su correspondencia con otras informaciones introducidas al juicio por el órgano persecutor.

Para facilitar la acreditación a través de uno de los partícipes en la conversación es aconsejable que al momento de tomar declaración a la víctima, testigo o imputado se consignen los detalles de las conversaciones, mensajes o información transmitidas a través de correo electrónico, servicios de mensajería u otros. De esta manera, tanto la existencia de la mensajería como su contenido, estarán incorporados en el testimonio, y la exhibición o reconocimiento de los "pantallazos" servirán de corroboración, reforzando la credibilidad del testigo.

b) Acreditación a través del funcionario que incautó la evidencia

Desde luego, también resulta idóneo el funcionario público que procedió a incautar el soporte de la información para explicar al tribunal que lo que se introduce al juicio como prueba corresponde a aquello que se dice por el persecutor que es y que se encontraba en el aparato electrónico incautado.

Este funcionario podrá dar noticia acerca del contexto en que se produjo la misma, del estado en que se encontraba, el lugar, día y hora en que fue efectuado y, por cierto, cómo es que se dio inicio a lo que se conoce como la cadena de custodia.

También podrá explicarle al tribunal cuál es la importancia que el instrumento probatorio tiene para la determinación de los hechos en disputa, o de qué manera estos pueden ser ilustrados por ellos y qué elementos concretos pueden ser usados en esa labor.

c) Acreditación a través del perito que examinó la evidencia

Tal como hemos señalado, esta debiera ser la regla general cuando el artefacto incautado sea periciado para extraer la información que se contiene en dicho soporte.

La primera labor del perito que declara será indicarle al tribunal que el objeto periciado corresponde a aquel que fuera incautado, la forma de extracción de la información –cuyo contenido no se ha visto alterado por la metodología utilizada– y la forma de almacenamiento de la información extraída, indicándole de qué manera se trabajó la cadena de custodia. A continuación, y siendo de la máxima importancia, el perito le debe entregar toda la información adquirida respecto del contenido encontrado en el soporte electrónico de que se trate.

Luego, normalmente le corresponderá al policía a cargo de la investigación entregar el análisis de la información obtenida por el perito, con la tranquilidad que la extracción fue realizada con la metodología forense pertinente.

Si bien esta forma de acreditación permite asentar la existencia de la información contenida en el soporte periciado, es posible que no esté acompañada siempre de una buena contextualización, en otras palabras, que el perito no sea suficiente para destacar la importancia de la información o su vinculación con la teoría del caso propia. En razón de lo anterior, es conveniente evaluar al momento de la preparación del juicio qué es lo que el perito podrá aportar, y de ser necesario, complementar esta acreditación con la del funcionario que levantó la evidencia o con alguno de los participantes de la conversación o intercambio. De ahí que esta forma de acreditación muchas veces se dé de manera conjunta con la consignada previamente.

3.4. Algunas breves consideraciones acerca de la jurisprudencia

De lo expuesto hasta ahora, aquello que algunos autores mencionaban como el paso dos de una serie que vinculaban a la introducción al juicio de documentos y objetos, no suele usarse en la práctica chilena.

En este sentido, si bien no encontramos sentencias de la Excelentísima Corte Suprema que refieran con detalle la manera en que se introducen a juicio los medios de prueba de que se trata en este capítulo, sí hay algunas que indican, aunque sea de manera muy breve y sin mayores explicaciones, la manera en que se entiende cumplido, al menos, el requisito legal.

Veamos algunas de estas sentencias en lo referido a la prueba documental.

3.4.1. Corte Suprema

1. En la causa Rol N° 2025-2013[493], en el considerando séptimo se indica: *"no hay duda alguna de que el documento denominado formulario de toma de datos en accidentes de tránsito fue incorporado al juicio a través de la exhibición que se hace de éste al funcionario de Carabineros C.A.Á.M., Sargento Segundo, quien en primer término hace referencia a las circunstancias en que se verificó el procedimiento por accidente de tránsito, y luego al exhibírsele el documento lo reconoce"*.

Según puede colegirse de la lectura de este considerando, la prueba de que se trata, en relación con los puntos abordados en este capítulo, puede ser sistematizada de la manera siguiente: a) la prueba documental consiste en el *documento denominado formulario de toma de datos en accidentes de tránsito*; b) dicho documento se estimó necesario introducir al juicio a través del *"funcionario de Carabineros C.A.Á.M., Sargento Segundo"*; c) se expresa sin detalle, que dicho funcionario en el juicio *"en primer término hace referencia a las circunstancias en que se verificó el procedimiento por accidente de tránsito"*, y d) se agrega "y *luego al exhibírsele el documento, lo reconoce*".

Ninguna referencia se contiene respecto a su lectura y da la impresión de que bastaría con asignarle el carácter de que se trata de aquellos documentos que señaláramos como similares a los certificados de registro: el documento acredita que en él se recogen los datos de un accidente de tránsito. Y sobre dicho accidente, el funcionario habría referido, al parecer suficientemente, las circunstancias *en que se verificó el procedimiento por accidente de tránsito*.

493 Corte Suprema, Rol N° 2025-2013, de 4 de junio de 2013.

2. En la causa Rol N° 7331-2013[494], en el considerando noveno, expresamente se aborda la forma en que se incorporó al juicio un documento, haciendo referencia de manera exclusiva a la exigencia legal, expresando: *"incorporada de la manera que prescribe el artículo 333 del Código adjetivo, esto es, mediante su lectura".*

3.4.2. Cortes de apelaciones

A nivel de cortes de apelaciones es posible citar algunos fallos en los cuales se señala la forma en que se entiende por estas que deben ser incorporados a juicio los documentos.

1. En la causa Rol N° 1206-2010[495], en su considerando séptimo se indica que estos deben ser *"leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen y permitiendo a sus intervinientes examinar la prueba incorporada por la parte contraria".*

   En esta sentencia se aprecia que la referencia es efectuada de manera exclusiva a la triple exigencia legal, aludida en el punto 3.1.1. y se incorpora una brevísima mención a la expresión concreta del principio de contradicción.

2. En la causa Rol N°1412-2010[496], en el considerando noveno se reitera la exigencia normativa, señalando: *"el artículo 333 hace una referencia expresa a la lectura o exhibición de documentos, objetos y otros medios, ordenando que los primeros sean leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen".*

3.4.3. TJOP

En los TJOP, pese a lo que pudiera esperarse, se suele hacer una referencia escueta a la incorporación de la evidencia documental, material y electrónica. Así, por ejemplo:

1. En la causa RUC 1600653683-6, RIT 623-2017[497], sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas reiterado, cohecho reiterado y tráfico de armas, en el considerando primero, a propósito de la prueba de cargo rendida, se menciona respecto de la prueba material: *"Reconoce la evidencia material Nº 10 como el teléfono personal de B. incautado en su detención. Reconoce la evidencia Nº 11 como el reloj marca Diesel que portaba el funcionario B. al momento de su detención. Reconoce la evidencia Nº 13 como el padrón de identificación de arma de fuego a nombre del funcionario B., que éste portaba al momento de su detención. Reconoce la evidencia Nº 14 como el teléfono celular, cargador y manos libres, marca Samsung que portaba el funcionario B. al momento de su detención y que estaba adosado al globo de hule de color azul que contenía la sustancia vegetal. Reconoce las evidencias Nº 15, 16 y 17 como el envoltorio en que se encontraba la droga, el bolso deportivo en donde se encontraban las demás pertenencias y la documentación en donde consta el número de teléfono del "Pelao chico", respectivamente, que portaba el funcionario B. al momento de su detención. El funcionario accedió al allanamiento de su domicilio, por lo que concurrimos al lugar en donde el propio sujeto señaló que el arma no la tenía ahí, que la había entregado a*

494 Corte Suprema, Rol N° 7331-2013, de 24 de octubre de 2013.

495 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1206-2010, de 19 de agosto de 2010.

496 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1412-2010, de 15 de septiembre de 2010.

497 4° TJOP de Santiago, RUC 1600653683-6, RIT 623-2017, de 18 de enero de 2018.

una amiga. En un closet encontramos ocultos en un gorro la suma de ciento cincuenta mil pesos. También había una caja en donde estaba empaquetada la pistola que había adquirido, en su interior había accesorios como una baqueta y un cargador, además de toda la documentación reglamentaria. Reconoce la evidencia Nº 21 como la caja en la que se resguarda el arma policial adquirida en la tienda Ad Market de calle Bulnes. Reconoce la evidencia Nº 23 como la factura correspondiente a la compra del armamento levantada desde el armario del domicilio del imputado. Reconoce la evidencia Nº 24 como la documentación encontrada y necesaria para la adquisición del arma".

Según puede apreciarse, lo esencial pareciera consistir en la exhibición al declarante idóneo y su reconocimiento por este, sin entrar en detallar de qué manera se produjo el reconocimiento y si acaso existió de manera previa a dicha exhibición un relato completo que diera cuenta de la existencia del mismo.

2. En la causa RUC 1700964267-6, RIT 200-2018[498], respecto de un presunto delito de desacato, se indica sobre la prueba documental en la causa: *"Reconoce el documento exhibido como el papel que enseñó a los carabineros ese día".*

Respecto de prueba material señala: *"4. CD respaldo digital del audio de la audiencia efectuada con fecha 11/06/2017 celebrada en el RUC 1600807755-3 del 12º Juzgado de Garantía de Santiago, en la cual se decretó respecto del acusado la prohibición de acercarse a la víctima. bloque 03 am ordenes-20170611-00-04- ACD_4083 SENTPS .mp3. 5. Copia de sentencia condenatoria en causa RUC 1600807755-3 por el 12º Juzgado de Garantía de Santiago de fecha 11 de junio de 2017".*

3. En la causa RUC 1900828040-4, RIT 31–2021[499], se señala en el considerando 9° de la sentencia, en relación a la exhibición de un video a un testigo: *"En virtud de su relato se le exhibió otros medios de prueba letra c) Nº 1, consistente en un DVD que contiene grabaciones de seguridad del edificio ubicado en xxx, departamento 1505, comuna de Ñuñoa, contenidas en la NUE 5017102, ofrecidas bajo tres archivos guardados dos bajo las carpetas departamento 1505 y, uno como departamento 1505-1- todos con la descripción "Chanel 31 main", que el testigo describe a continuación…".*

Esto significa que inserto dentro del relato genérico que efectúa el testigo, que le da suficientes garantías de confiabilidad al tribunal, se le exhibe el video y a propósito de dicha exhibición, el testigo va explicándole al tribunal el contexto que permite entender aquello que se ve en el video.

Respecto a documentos públicos que se incorporan mediante su sola lectura, en el mismo considerando noveno se sostiene: *Ahora bien, respecto de la edad de las víctimas, resultados de los informes toxicológicos y alcoholemias propiamente tales, fueron dados a conocer a este tribunal con cargo a la prueba documental letra B) incorporada bajo* ***lectura resumida****, en los siguientes términos:*

Nº 1 ***Certificados de nacimiento*** *emanados del Servicio de Registro Civil e Identificación. Nombre inscrito xxx, sexo femenino, RUN xxx, fecha de nacimiento 6 de agosto de 1990; Nombre inscrito xxx, RUN xxx, fecha de nacimiento 6 de marzo de 1993, sexo femenino.*

498 4° TJOP de Santiago, RUC 1700964267-6, RIT 200-2018, de 10 de agosto de 2018.

499 3° TJOP de Santiago, RUC 1900828040-4, RIT 31–2021, de 29 de mayo de 2021.

*N° 2 **Informes Toxicológicos** emanados del Servicio Médico Legal, departamento de laboratorios unidad de toxicología forense Region Metropolitana de fecha 8 de octubre de 2019, signados como T:10632-10633/19, de xxx y, T10634-10635/19 de xxx. Los que arriban a las mismas conclusiones y son suscritas por el mismo profesional, "indicando en su parte pertinente que al examen de scriming de sangre y orina por métodos de inmunoanálisis implementados, no se detectó la presencia de drogas de abusos ni de fármacos mencionados anteriormente, firmado por xxx, químico farmacéutico, legista perito ejecutor.*

*N° 3 **Alcoholemias** emanadas del Servicio Médico Legal, Serie xx N° xxx, informe de alcoholemia, Santiago 3 de agosto de 2019 a las 15:25 horas, informe N° xxx-19 resultado 0,00 g/l de alcohol en sangre de xxx. Perito revisor QFL xxx. Perito ejecutor QFL xxx; y serie xx N° xxx informe de alcoholemia, Santiago 3 de agosto de 2019 a las 16:10. informe xx-19 resultado 0,62g/l de alcohol en sangre de xxx. Perito revisor QFL xxx y perito ejecutor QFL xxx".*

4. En la causa RUC 1.800.668.285-1, RIT 117-2021[500], se desarrolla en el considerando noveno la dinámica que se utiliza para la exhibición de las fotografías, en que a propósito del relato global que efectúa un testigo, se solicita autorización al tribunal y se procede a exhibírselas, momento en que el declarante le va señalando al tribunal lo que se ve en la fotografía y cuál es el contexto que permite entenderla.

"Exhibe set fotográfico indicado en el N° 2 de documentos y otros medios de prueba, indicando a la fotografía N° 1, que se ve la primera casa donde vive ella con su suegra, atrás se ve la casa xxx; a la fotografía N° 2, dice que corresponde a la entrada del comedor la casa de la Sra. xxx; respecto de la fotografía N° 3, que es el comedor de la casa de la Sra. xxx; a la fotografía N° 4, que es un dormitorio que está en el primer piso de la casa de la Sra. xxx; a la fotografía N° 5, indica que corresponde a un dormitorio, no sé de quién es; a la fotografía N° 6 y la N° 7 corresponden a dormitorios".

Como puede verse, en el caso chileno los "*requisitos*" para que estos medios de prueba ingresen al juicio aparentemente se han rebajado, probablemente teniendo presente los jueces que el contradictorio debiera poner mayores exigencias en aquellos casos en que ello fuere necesario. Todo el énfasis se pone en que para fines probatorios dichos medios de prueba se vinculen con la coherencia que han de guardar con las demás probanzas rendidas en el juicio oral, en una valoración conjunta de los medios de prueba, desapareciendo normalmente la posibilidad de ponderar su valor probatorio individual.

De los ejemplos expuestos se desprende de manera clara lo manifestado en cuanto a que existen documentos que no requieren de un declarante idóneo para su introducción.

3.5. Qué prueba llevar al juicio

Desde luego las preguntas acerca de ***qué prueba debiera llevar al juicio*** y ***cuál prueba llevaré al juicio***, deben responderse de manera concreta y, aunque suene muy parecido, efectuando las debidas diferencias que en cada caso puedan plantearse, las que pueden vislumbrarse a propósito de las formas verbales empleadas en cada caso.

500 TJOP de San Bernardo, RUC 1.800.668.285-1, RIT 117-2021, de 1 de noviembre de 2021.

Así:

1. Qué pruebas debiera llevar al juicio: aquellas que en teoría permitan efectuar la mayor contribución que sea posible obtener para la acreditación de cada proposición fáctica definida como esencial por la teoría del caso.

Debemos recordar que las proposiciones fácticas son aquellas afirmaciones de hecho que sirven para sustentar un determinado elemento de la teoría jurídica.

Pues bien, desde ese punto de vista, la tarea del fiscal debe ser siempre buscar en su investigación aquellas fuentes de información que a partir de su acusación pueda transformar en medios de prueba que ofrezca para llevar al juicio, y que sean capaces de optimizar el objetivo antes señalado de obtener la acreditación de cada proposición fáctica de que se trata.

2. Cuáles pruebas llevaré al juicio: aquellas que hayan sido recogidas u obtenidas durante la etapa de la investigación, de las que concretamente existan en la carpeta de la investigación, que permitan cumplir el objetivo antes señalado de obtener la acreditación de cada proposición fáctica de que se trate.

4. Prueba nueva y prueba sobre la prueba

Conviene partir el análisis de estos institutos probatorios, indicando que han tenido muy poco desarrollo en los nóveles procesos penales que se han implementado en América Latina dentro del cúmulo de reformas dirigidas hacia el establecimiento de procesos penales acusatorios, más o menos adversariales.

Y al parecer la causa de ello se encuentra en que, en nuestro concepto, ellos involucran el empleo de una técnica de litigación bastante más específica, que normalmente significa ir más allá de las posibilidades que se presentan bajo el contraexamen o examen cruzado al testigo de la parte contraria, lo que requiere de su adecuada comprensión para generalizar su uso[501].

Es así como, desde el punto de vista normativo, estas técnicas están reguladas solamente en el artículo 336 del CPP, que expresa:

"Prueba no solicitada oportunamente. *A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.*

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad".

Según puede verse, esta disposición regula dos institutos diversos: en el inciso primero aquello que se ha denominado como ***prueba nueva*** y en su inciso segundo la llamada ***prueba sobre la prueba.*** Veamos cada una de ellas.

501 Hemos seguido de cerca lo que sobre ambos institutos desarrolla DECAP (2019), pp. 324 - 345.

4.1. Prueba nueva

4.1.1. Noción

Podemos definirla como *aquella que aparece cuando, habiendo transcurrido el plazo legal para ofrecer prueba a rendir o producir en el juicio, el litigante se entera de la existencia de una evidencia importante, que sirve para acreditar alguna de las afirmaciones de hecho que él efectúa en su relato de aquello que realmente aconteció en el pasado y solicita, conforme a ella, que se admita la misma para ser llevada al juicio oral.*

Esto ocurrirá normalmente una vez producida la audiencia intermedia o de preparación del juicio oral, pues aunque tanto el Ministerio Público como los querellantes deben haber ofrecido su prueba con anterioridad a ella, de todas maneras resulta racional aceptar que durante esa audiencia todos los intervinientes puedan todavía hacer oferta de aquellos medios de prueba que hayan surgido entre el momento legal para ello y dicha oportunidad, incorporándolos a la demás prueba que ofrecen para llevar a juicio.

Pero a todos les puede surgir la dificultad de resolver *qué ocurre con la prueba destinada a acreditar alguno de los hechos principales que se debatirán en el juicio o que dentro de este deban ser discutidos, que surge con posterioridad a ese hito procesal producido en la etapa intermedia.*

4.1.2. Requisitos

La prueba nueva es un instituto probatorio que, como tal, en primer lugar debe reunir los requisitos de toda aquella prueba que se ofrezca para llevar al juicio, esto es:

1. que sea pertinente y relevante;
2. que no esté destinada a probar hechos públicos y notorios;
3. que no sea simplemente dilatoria, y
4. que no haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

En segundo lugar, en nuestro concepto, deberá cumplir con ***dos requisitos especiales***, propios de su peculiar naturaleza:

1. que la ***finalidad*** que persiga sea *acreditar alguno de los hechos principales que se debatirán en el juicio o que estén siendo discutidos durante el mismo;*
2. que *no se haya conocido previamente de su existencia.*

4.1.3. Hipótesis fácticas de prueba nueva

1. Prueba que existía como fuente de información con anterioridad al momento procesal de su oferta, pero que sin embargo no fue propuesta como medio probatorio por la parte, atendido a que el conocimiento detallado de las afirmaciones de hecho que era capaz de producir no habían sido obtenidas por el litigante y, en consecuencia, no se encontraba en condiciones de ofrecerlo como medio de prueba, o

2. prueba superveniente o sobrevenida, esto es, que surgió con posterioridad al momento en que debió ser ofrecida.

En cualquier caso, siempre debemos asumir que las reglas legales no pueden ser utilizadas para remediar la negligencia de alguna de las partes.

De allí que, por ejemplo, si un agente del Ministerio Público deja olvidada una determinada prueba en el cajón de su escritorio, la que solo encuentra poco antes del juicio, no podría alegar que solamente en ese momento se enteró de su existencia, pues resulta palmaria su negligencia a la hora de litigar.

4.1.4. Procedimiento

En la escueta regulación legal nada se dice, sin embargo, atendiendo a los requisitos antes anotados, estimamos que es posible sistematizar el siguiente *íter* o camino procesal natural:

1. Que el litigante tome conocimiento de la existencia de una fuente de prueba que puede resultar en un medio relevante de acreditación de una proposición fáctica importante para su teoría del caso.

2. Que solicite al tribunal que se admita la oferta excepcional del medio probatorio.

3. Que explique detalladamente cómo es que se enteró tardíamente de su existencia.

4. Frente a la solicitud efectuada, el tribunal conferirá traslado a la parte contraria.

5. Luego del debate, el tribunal deberá declarar si se admite la prueba nueva, o no.

6. Si es admitida, la prueba nueva se rendirá, producirá o desahogará en el juicio.

Pensemos, por ejemplo, que la víctima de un robo producido con violencia señaló que el momento preciso del acometimiento –que logró la sustracción de las cosas, producido a través de golpes en el suelo con puntapiés, luego de lo cual los sujetos activos del delito le revisaron los bolsillos y le sacaron su billetera y el celular–, fue observado por un sujeto que se identificó como Manuel González, al que el Ministerio Público hizo infructuosos esfuerzos por ubicar, sin lograrlo, y que, sin embargo, con posterioridad a la audiencia intermedia, la víctima ubicó y concordó para concurrir con ella a la oficina de la Fiscalía, pero solamente con anterioridad al juicio. Creemos que si esta última ofrece acompañar al tribunal todos los comprobantes que acreditan los esfuerzos realizados para ubicar al testigo sin lograrlo y aquellos que comprueben la cita producida en una época posterior a la audiencia intermedia y los resultados positivos

de la misma, permitirá otorgarle más sensatez a la solicitud y explicarla de modo satisfactorio para su admisión.

Esto significa trabajar con la distinción antes comentada entre fuente de prueba o de información y el medio de prueba, que permite relevar la situación que se produce cuando se sabe de la existencia de un órgano que puede convertirse en medio de prueba, pero no resulta posible localizarlo sino con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral, en que finalmente logra transformarse en un medio de prueba nuevo susceptible de encasillarse en esta hipótesis.

La decisión judicial, en este caso, deberá ajustarse al cumplimiento de las finalidades más básicas de todo proceso penal, que por una parte debe compatibilizar la eficacia de la persecución penal con el pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, pero recordando que el objetivo final es que se falle conforme a la verdad de lo realmente acontecido y teniendo toda la información necesaria para ello, sin que restricciones procesales puedan interponerse frente a esa búsqueda de la verdad sino en los casos y en la medida en que algunas de las finalidades antes indicadas choquen frontalmente con este objetivo final.

Podría señalarse que el estatus que adquirirá la prueba nueva será idéntico al que tiene cualquiera de los medios de prueba que fueron admitidos para ser llevados al juicio, por lo que la manera concreta de efectuar la rendición, producción o desahogo de los mismos será aquel que la naturaleza de la evidencia disponga.

En todo caso, ello en ningún caso es óbice para que su valoración se encuentre condicionada a lo que ella permite acreditar y, por lo mismo, se adicionará a aquella otra que la misma parte haya introducido al juicio y será objeto de la apreciación que el tribunal efectúe, tanto individual como colectivamente de las pruebas que fueren rendidas[502].

4.2. Prueba sobre prueba

4.2.1. Noción

Es aquella evidencia que se ofrece para acreditar la impugnación que se efectúa a la ***veracidad, autenticidad*** o ***integridad*** de la prueba contraria que se esté produciendo en el juicio.

Y este cuestionamiento se efectúa a través de pruebas nuevas que se ofrecen en el momento en que se está rindiendo la prueba testimonial, documental o material, de manera que además de la argumentación del litigante en torno a encontrarse en la hipótesis de la prueba sobre la prueba, deberá indicársele al tribunal que la persona declarante no es veraz o creíble en su testimonio, o que el documento no es auténtico o que la prueba material no es íntegra, y que cualesquiera de esos objetivos podrá ser demostrado a través de nuevos medios de prueba que solamente tienen ese objetivo.

Esto es, no se busca introducir al juicio información relativa a los hechos que se pretenden dar por establecidos, sino que se

502 Corte Suprema, Rol N° 3741-12, de 27 de junio de 2012. Sentencia que rechazó un recurso de nulidad de la defensa y permitió la incorporación de prueba nueva por la Fiscalía, fuera de la oportunidad legal, justificándose por el persecutor no haber sabido de la existencia de la prueba con antelación.

busca solamente decirle al tribunal que la información que surge de quien declara, o del documento o del objeto que se intenta introducir al juicio, es de mala calidad y no debe ser utilizado para dar por ocurridos los hechos que se discuten en el juicio.

4.2.2. Requisitos

De conformidad a la regulación contenida en el artículo 336 inciso 2° del CPP, es posible distinguir este instituto según estemos frente a la rendición de: a) prueba testimonial o pericial; b) prueba documental; c) prueba material.

En las ocasiones en que se está rindiendo, produciendo o desahogando una determinada prueba, el litigante de la parte contraria podrá cuestionar, objetar o impugnar: a) la veracidad, b) la autenticidad, o c) la integridad de la prueba.

a) Veracidad del testimonio

De lo recién expuesto, tratándose de la prueba consistente en las declaraciones de un testigo, un perito o un imputado, la prueba sobre la prueba se traduce en ***cuestionar la veracidad de las afirmaciones que efectúa quien declare.***

Como dice el diccionario de la RAE, la veracidad se entiende como *"cualidad de veraz"*, alguien que dice la verdad. Entonces, lo impugnado, cuestionado u objetado es precisamente aquello. Es la fiabilidad de lo manifestado lo que será objetado, ofreciendo para acreditarlo alguna otra prueba que (digamos de inmediato, no tiene por finalidad entrar en el debate del juicio acerca de los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que se intenta probar dentro del mismo, en cuyo caso debe tratarse propiamente como una prueba nueva) solamente se limitará a cuestionar, objetar o impugnar la credibilidad del declarante. Por ejemplo, un testigo declara que se encontraba en Chile el día de los hechos, y sobre ese punto se ofrece el registro de movimientos migratorios que lo desmiente.

b) Autenticidad del documento

Ahora, en el caso de que se trate de introducir al juicio una prueba documental, lo normal sería que lo impugnado sea la autenticidad del documento que se quiere incorporar, de modo de poner en duda –o derechamente cuestionar, objetar o impugnar– que ese medio de prueba, por no gozar de ciertos requisitos esenciales, refiera algo cierto, verdadero o seguro.

Aquí se buscará señalarle al tribunal la existencia de medios de prueba, disponibles para el impugnante, que sirven para cuestionar la fidelidad de estar en presencia de un documento que fuera otorgado por una determinada persona, en una cierta fecha o dentro de un contexto concreto.

c) Integridad del objeto

Finalmente, en lo que respecta a la prueba material, lo propio de la impugnación que es posible deducir en ese caso se encuentra configurado por el problema de la integridad del objeto que se pretende introducir al juicio. Esto es, lo que se sostendrá es que la prueba material no se encuentra completa, haciendo ver a los decisores que han existido alteraciones –de cualquier forma e intensidad– de dicha evidencia, que hacen normal el desconfiar de su virtualidad probatoria. Normalmente aquí surgen los incidentes que se pueden levantar para impugnar la cadena de custodia

exigible con relación a los objetos, planteando que ha existido alguna intervención indebida que no permite confiar en aquello que se pretende introducir al juicio, por no resultar posible acreditar que eso es precisamente aquello que se dice por el litigante que es.

4.2.3. Procedimiento

a) Etapa procesal para levantar el incidente de prueba sobre la prueba

Durante el desarrollo del juicio oral se debe rendir, producir o desahogar la prueba o evidencia, porque es en el momento en que una persona declara en el juicio, o cuando se está incorporando el documento o el objeto en el mismo, cuando se debe incidentar o controvertir respecto de la veracidad del testimonio, de la autenticidad del documento o de la integridad del objeto, impugnando su credibilidad o confiabilidad.

Lo que nosotros nos proponemos es mostrar la técnica de litigación consistente en la prueba sobre la prueba, verificando las diversas posibilidades que pueden ser asociadas a la misma, en donde a diferencia de lo que se puede realizar durante el contraexamen –sin perjuicio que sería fácilmente asimilable a una posibilidad que puede ser desarrollada durante él– lo que se persigue con el mismo no es entrar al debate de fondo, sino solamente concentrarse en la presentación de una prueba que va dirigida exclusivamente a oponerse a la asignación de credibilidad o confiabilidad de la prueba contraria que se esté produciendo o desahogando en ese momento.

Desde el punto de vista práctico, considerando que el ofrecimiento de prueba sobre prueba se deberá llevar a efecto en el momento en que esté declarando un testigo o perito, o se esté incorporando un documento o evidencia material, es indispensable realizar una revisión minuciosa de la prueba ofrecida por la contraria. En efecto, solo detectando previamente indicios de faltas de veracidad, autenticidad o integridad podrán prepararse debidamente las argumentaciones que permitan la incorporación de la prueba que deje en evidencia tales faltas de veracidad, autenticidad o integridad.

b) Oferta de medios de prueba sobre la prueba

Como resulta evidente, para lograr las finalidades antes mencionadas, además de la argumentación en que se expresa el incidente, se deberá incluir de modo específico la oferta de los medios de prueba o evidencias que se propone aportar al tribunal con ese preciso objetivo.

Antes de resolver la petición, el tribunal dará traslado a la parte contraria.

c) La admisibilidad de la prueba sobre la prueba

La decisión del tribunal deberá fundamentarse en el cumplimiento de requisitos que de manera clara den cuenta de:

1. Se trate de evidencia nueva destinada no a probar los hechos debatidos en el juicio, sino que esclarecer la *falta de veracidad, de autenticidad o de integridad esgrimida en el incidente*, esto es, impugnar la credibilidad o confiabilidad de la prueba que se está desahogando.

2. Que no fuera posible prever su necesidad –siendo de común ocurrencia que se señale que nadie puede prepararse para la mentira, o para el intento de introducir al juicio un documento que no es verdadero o un objeto que ha sido alterado–.

Ambos requisitos surgen de manera incontestable de lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 336 del CPP, norma en que puede observarse el uso de expresiones semejantes, en cuanto expresa:

1. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad de la prueba que se está desahogando;

2. el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos;

3. aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente;

4. siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

Estimándose admisible la controversia relativa a la impugnación de la veracidad del testimonio o la confiabilidad del documento o del objeto, resulta ser una lógica consecuencia de ello que se indique cuál es la(s) prueba(s) o evidencia(s) concreta(s) que deberá(n) llevarse al juicio con dicha finalidad. La(s) que, obviamente una vez admitida(s), podrá(n) ser desahogada(s) en el juicio, acreditando por su intermedio que la prueba impugnada adolece de credibilidad o de confiabilidad.

d) Incorporación al juicio de la prueba sobre la prueba

Como el incidente se realiza en el juicio oral mismo, deberá incorporarse como toda prueba que impacta en el debate de los hechos, con las salvedades que señalaremos en su momento, de manera que tendremos:

- Oferta del medio de prueba sobre prueba: el proponente deberá señalar de qué manera se cumplen los requisitos normativos antes señalados, esto es:

1. indicar determinadamente cuál es la finalidad del medio de prueba que se ofrece, y

2. cuál es la razón por la cual no fue posible prever su necesidad.

- Debate acerca de su ofrecimiento: los contendientes discurrirán acerca de cómo, en concreto, se satisfacen o no los requisitos antes señalados, los que deberán ser objeto de las fundadas explicaciones de cada uno de ellos.

No debiese existir duda en cuanto a que en este momento es posible ofrecer cualquier medio de prueba sobre la prueba, aunque se trate de un medio que no podría incorporarse conforme a las reglas generales de admisibilidad aplicables en la etapa intermedia, puesto que el objetivo final es que se falle conforme a la verdad de lo realmente acontecido y teniendo toda la información necesaria para ello, sin que restricciones procesales puedan interponerse frente a esta finalidad. Así, por lo demás, se ha resuelto en los sistemas anglosajones y chileno, por ejemplo, con relación a prueba ilícita, actas policiales, etc.

e) Decisión judicial acerca de su admisibilidad

El tribunal se pronunciará acerca de la admisibilidad de la prueba ofrecida, para lo cual debería tener en cuenta que si bien es cierto que nos encontramos frente a una excepción a la regla de que la prueba se ofrece en la audiencia intermedia, la finalidad de fallar conforme a lo que realmente habría acontecido en la realidad es un deber ético inexcusable y, por ello, debería fundarse dicha resolución exclusivamente en el cumplimiento de los requisitos antes anotados, sin limitaciones que impidan el contar con información completa acerca de lo que se impugna y que obstaculicen el objetivo de búsqueda de la verdad que todo juicio implica.

f) Desahogo o incorporación efectiva al juicio del medio de prueba sobre prueba

Desde luego, ello se realizará de inmediato, si la prueba que se ofrece se encuentra físicamente disponible, o mediante la suspensión de la audiencia de juicio que fuere necesaria para su incorporación al juicio, conforme al medio de prueba de que se trate, por lo que deberá recibirse el testimonio respectivo si a través de este se pretende impugnar, o a través de la lectura del documento de que se trate o de la exhibición del objeto, según corresponda.

5. La cadena de custodia

5.1. Noción

Podemos definirla como el procedimiento seguido por los órganos de la persecución penal para resguardar que los signos, señales, huellas, rastros o vestigios del suceso criminal, que se encuentren impregnados en determinados soportes, normalmente encontrados en el sitio del suceso, sean conservados indemnes para ser llevados a juicio con la confianza que los jueces puedan percibirlos sin alteraciones que los modifiquen como portadores de información relevante para la decisión judicial.

En otras palabras, la *"cadena de custodia viene a ser, entonces, la metodología utilizada para evitar que las huellas, los rastros, las señales, los signos, los trazos, los vestigios del suceso criminal, se pierdan, se ensucien, se contaminen, en cualquier sentido que impida reconstruir fielmente lo que ocurrió en el suceso criminal"*[503].

Así, entonces, la labor de los investigadores consistirá en la búsqueda, identificación y recogida de los soportes, depósitos o fuentes donde quedaron incrustados estos signos, señales, huellas, trazos o vestigios para dar inicio con relación a cada uno de ellos a esta metodología de resguardo de la prueba llamada cadena de custodia.

5.2. Distinciones de aquello que se conserva a través de la cadena de custodia

Conforme a lo señalado, podemos advertir que dentro del suceso criminal encontramos tanto aquello que existía con anterioridad al mismo y que resulta modificado con el acaecer de dicho suceso, como aquello

503 DECAP (2019), p. 44.

nuevo que surge o es creado durante el mismo suceso.

Estamos pensando tanto en las armas utilizadas en el suceso criminal, en las vestimentas que tenían los diversos partícipes, en todo aquello que los sujetos que intervienen en este portaban con anterioridad al suceso y que resultan modificados con el acontecimiento –de lo cual pudiere llegar a desprenderse entre otros la dinámica del suceso mismo–, como en aquello que surge o es creado durante la ocurrencia del suceso. Estamos pensando también en los fluidos corporales, en las huellas propiamente tales, en la impronta que bajo cualquier manera haya quedado del suceso criminal y que es creado en el momento en que este tiene lugar.

Debido a lo anterior, entendemos que aquello que surge durante el suceso criminal admite, a nuestro juicio, dos categorías.

5.2.1. Objetos existentes que son modificados durante el suceso criminal

Se incluyen dentro de esta categoría los objetos que portaban los sujetos que participan del suceso criminal o que se encontraban en el sitio del suceso, que interactúan de alguna manera durante la ocurrencia del mismo y que, como consecuencia de ello, dichos objetos resultan alterados o modificados, en términos que admiten que los mismos resulten con algunas variaciones que representen el acaecer del suceso, con la forma de huellas o signos o vestigios que el suceso criminal dejó incrustados en dichos objetos.

5.2.2. Improntas surgidas durante el suceso criminal

Aquí incorporamos todas aquellas cosas que surgen, nacen o son creadas durante la ocurrencia del suceso criminal o aparecen como consecuencia de este y que representan, sin duda, algo nuevo que no estaba antes del suceso.

Normalmente se refiere a las huellas que el suceso deja, a los signos que surgen con ocasión del suceso criminal, pero que a diferencia del anterior no se encontraban con anterioridad. Sangre, fluidos corporales, huellas dactiloscópicas o plantares, etc. En este sentido, la noción de fuente, soporte o depósito puede ser cualquier objeto, tales como ropas, equipajes, vestidos o pisos, y la noción de huella, signo o vestigio representa aquello que surge directamente del suceso criminal y que antes no existía.

5.3. Esquirla fáctica

La idea de la "*esquirla fáctica*" que surge del suceso criminal como una suerte de "bomba de racimo de información" y se impregna en determinados soportes, personales y materiales, nos interesa ahora dimensionarla exclusivamente en torno a la huella que dicha esquirla deja en determinados soportes físicos y/o químicos, es decir, en términos de evidencia objetiva y concreta, conteniendo información dura, que pueda ser descrita a través de un observador posterior que analiza el soporte y lo descifra en lenguaje comprensible por quienes han de decidir.

"Pero, tal como lo hemos expresado, al referirnos a los soportes o fuentes materiales de información, estamos significando que dichas huellas o señales han quedado incorporadas a un determinado objeto material.

Dicho objeto material requiere ser identificado con toda precisión, fijándolo de modo que no surjan dudas acerca del lugar en el que se encontraba, las características y la conservación del mismo en el lugar de los hechos, sus dimensiones, colores y demás datos que permitan una cabal y completa singularización. Con ello se da inicio a la cadena de custodia, que –según se dijo– es la denominación que se le da al conjunto de procedimientos utilizados por los funcionarios especializados correspondientes, que tienen por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de todos las señales, huellas, signos o vestigios encontrados en el lugar de los hechos, normalmente adheridos a objetos materiales o documentales, ya sea como restos orgánicos o inorgánicos, químicos o físicos"[504].

De allí que podamos sostener que la cadena de custodia permite resguardar que ese camino que el soporte de la información recorre desde el lugar donde es identificado, recogido y transportado hasta el lugar donde es conservado, así como las diferentes instancias en las que es intervenido, normalmente con fines periciales, no altere su esencia y pueda llegar a ser exhibido al tribunal. De manera de estar en condiciones de señalar, durante el juicio pertinente, que el señalado objeto es efectivamente aquel que fue encontrado en el lugar de los hechos.

5.4. Fases que comprende la cadena de custodia

En general, existe consenso para sostener que el proceso de cadena de custodia comprende las siguientes fases[505]:

5.4.1. Llegada y búsqueda

Llegada al sitio del suceso o lugar de los hechos y búsqueda de huellas, signos, señales o vestigios y de los soportes en los que se encuentren por el personal correspondiente que, por cierto, deberá encontrarse previamente capacitado. Será necesario contar con expertos que revisen rigurosamente el lugar, que desde luego ha debido permanecer inalterado (normalmente se usan artefactos que permiten el aislamiento), con la finalidad de identificar señales, huellas o vestigios de interés, sea porque parecieran haber servido para el acometimiento del hecho investigado, sea porque hayan surgido en el momento de la comisión como una consecuencia o resultado del mismo, sea porque aparecen de alguna manera vinculados al evento investigado. Desde luego, esas huellas o vestigios, se encuentran adheridos, incorporados, contenidos en determinados soportes materiales de información.

5.4.2. Fijación

Fijación de las huellas, signos, señales o vestigios identificados en los soportes encontrados en el lugar de los hechos, que permite registrar por medios audiovisuales y fotográficos la información exacta del estado en que se encontraban aquellos encontrados en el soporte material de que se trate.

504 DECAP (2019), p. 59.

505 Se adopta en esta parte lo que sobre el particular se indica en HIKAL (2011).

Se trata de fijar el soporte material de la información, con la posibilidad concreta de visualización de la huella, signo, señal o vestigio que porte o contenga, o al menos con la precaución de capturar la fuente o soporte donde se encuentra adherida.

5.4.3. Recolección

Recolección de los soportes materiales de las huellas, signos, señales o vestigios, que, como resulta obvio, incluye el levantamiento de dichos soportes materiales de las huellas, signos, señales o vestigios ya fijados, que puedan servir al esclarecimiento del hecho delictivo, bajo procedimientos que permitan garantizar que no serán contaminados ni alterados con factores externos, ya sea personales o materiales.

5.4.4. Embalaje

Embalaje de los soportes materiales que contienen o portan las huellas, signos, señales o vestigios, en que dependiendo del vestigio de que se trate, se efectuará el adecuado empaque, lacrado y etiquetado que permita su conservación sin contaminarlo ni alterarlo, debiendo individualizar y garantizar la integridad de la huella y del soporte de que se trate.

5.4.5. Transporte y entrega

Transporte y entrega del soporte conteniendo la evidencia, lo que significa que resulta necesario que se cuente con una custodia segura hasta el destino del soporte y, en la medida de lo posible, de forma inmediata para evitar alteraciones en el mismo y, por cierto, de modo significativo, de las huellas o señales que porte.

5.4.6. Análisis pericial

Se debe tratar de un análisis que pueda garantizar resultados válidos y confiables para todo el proceso detallado de examinación a que es sometido, mediante las técnicas y conocimientos de la respectiva experticia del perito, de modo que finalmente este se encuentre en condiciones de señalar las conclusiones que, en vista de lo realizado y conforme a los principios de su ciencia o de las reglas de su arte u oficio, pueda formular.

5.4.7. Devolución o destrucción

Esta fase implica que una vez realizados los exámenes periciales correspondientes, destinados al develamiento de la información que en términos de huellas, señales, signos o vestigios del suceso contienen, según lo ordene la autoridad competente, los soportes respectivos sean devueltos al responsable de su conservación, o sean destruidos si no resultare de utilidad para la investigación o así lo contemple la normativa vigente, de acuerdo a los requerimientos legales que cada uno de estos procedimientos implica.

5.5. Recomendaciones prácticas en relación a la cadena de custodia

Para cerrar este apartado, conviene enfatizar las siguientes recomendaciones:

1. La evidencia material siempre debe contar con su correspondiente cadena de custodia.

2. Los documentos y otros medios de pruebas que son sometidos a peritajes, deben contar con cadena de custodia.

3. Durante la investigación, y especialmente antes del juicio oral, es imperioso realizar una revisión exhaustiva de las cadenas de custodia de la evidencia material. La detección de errores y la posibilidad de subsanarlos son mayores en la medida en que tales yerros sean detectados oportunamente.

CAPÍTULO X

LITIGACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

FISCALIA
MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

1. ¿Qué significa litigar con perspectiva de género?

Tal como se indicó en el capítulo acerca de las medidas cautelares, litigar con enfoque de género significa, utilizar una estrategia cuyo objetivo es identificar cuándo las diferencias entre las personas –por el hecho de ser hombres o mujeres, o por asumir roles masculinos o femeninos– les significa ser o no titulares de derechos y les facilita o dificulta ejercerlos y reclamarlos[506], para evitar cualquier discriminación hacia las mujeres y personas LGBTIQ+, a fin de que accedan a la justicia, en igualdad de condiciones que los hombres.

Como señala el "Manual para la investigación de casos de violencia física y psíquica por razones de género" de la Fiscalía de Chile[507], no se trata de un método enfocado únicamente en las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía. Implica tener conciencia de que las mujeres y personas LGBTIQ+ por su sexo, género, identidad de género, orientación sexual y diversidad corporal, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad. Por tanto, actuar con perspectiva de género es una forma de dar aplicación al principio de igualdad y no discriminación.

La litigación con perspectiva de género debe necesariamente considerar el contexto, especialmente tratándose de posibles escenarios de vulnerabilidad para la mujer; analizar si las partes o personas han sido tradicionalmente discriminadas en razón de "categorías sospechosas", y, al menos, identificar y excluir estereotipos con resultados discriminatorios. Por lo anterior, en los alegatos de apertura y de clausura, así como en el examen y contraexamen de la víctima, testigos y peritos y, en general, durante todo el desarrollo del juicio oral deben respetarse los elementos básicos referidos que se encuentran contenidos en los principios que señalamos a continuación.

En efecto, a partir de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y de resoluciones dictadas por organismos y tribunales internacionales, se han establecido principios rectores o estándares para mejorar la litigación de casos, especialmente aquellos cometidos en contexto de violencia de género.

2. Elementos claves para una litigación con perspectiva de género

2.1. Actuar con la debida diligencia

El estándar de debida diligencia surge de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales se destaca la Convención de Belém do Para (1994)[508], la cual hace expresa referencia a ella en el artículo 7 letra b).

La debida diligencia comprende cuatro deberes: prevenir, investigar, sancionar, y reparar. En lo que refiere concretamente a la litigación, es relevante el deber de investigar, que luego permite ejercer con éxito el deber de sancionar.

506 MANTILLA (2013), p. 134.

507 FISCALÍA NACIONAL DE CHILE (2019).

508 Ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996, y publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998.

Para cumplir con la debida diligencia al conducir sus investigaciones, y ejercer la acción penal pública en su caso, el Ministerio Público actuará de forma[509]:

1. Inmediata, iniciando sin dilación la investigación luego de haber tomado conocimiento de los hechos constitutivos de delito, evitando cualquier retardo injustificado en la toma de decisiones. En estos casos, la celeridad con la que se actúe es vital para otorgar la debida protección a las víctimas y para obtener evidencias que permitan conducir correctamente la persecución penal.

2. Exhaustiva, llevando a cabo todas las diligencias de investigación necesarias y útiles para el caso en cuestión, teniendo como límite cualquier afectación a los derechos de las víctimas, en especial su integridad física, psíquica y dignidad. Esto implica evitar la realización de diligencias tipo que resulten innecesarias para la investigación en concreto, o decretar reiteradamente una misma actividad investigativa.

3. Seria, dirigiendo la investigación penal al esclarecimiento de los hechos y, si corresponde, al posterior ejercicio de la acción penal contra las personas responsables. La investigación requiere proactividad estatal, no pudiendo depender exclusivamente de la participación o iniciativa procesal de la víctima.

4. Imparcial, explorando todas las líneas investigativas posibles, sin sesgos o estereotipos. Una obligación y un permanente desafío para los fiscales lo constituye evitar cualquier tipo de discriminación basada en estereotipos de género y patrones socioculturales de conducta negativos en sus labores.

2.2. Actuar sin sesgos, prejuicios ni estereotipos de género

"Asignar estereotipos es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membrecía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro"[510].

Comúnmente se usan estereotipos de género en la litigación, lo cual constituye una práctica discriminatoria hacia las mujeres y las personas LGBTIQ+. Esto no solo implica replicar las violencias que estas personas sufren cada día, sino que además produce violencia institucional y victimización.

Cook y Cusack[511] distinguen cuatro tipos de estereotipos de género:

1. Estereotipo de sexo: Son los que se centran en las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres, generando creencias tales como que los hombres son más fuertes, emocionalmente más estables y asertivos en sus decisiones; mientras que las mujeres y los varones gay son más débiles, vulnerables y pasionales.

509 Oficio FN N°1032/2021, de 3 de diciembre de 2021. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar, pp. 5 y 6.

510 COOK y CUSACK (2010), p. 1.

511 COOK y CUSACK (2010).

Podemos identificar este tipo de estereotipos de sexo en la litigación tradicional cuando se pone en duda la credibilidad de las víctimas de una agresión sexual cuando son mujeres fuertes y empoderadas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el caso "Karen Tayag Vertido v. Filipinas"[512], resolvió que, en un caso de abuso sexual, se había investigado y dictado una sentencia absolutoria en base a diversos prejuicios de género, ya que la jueza sostuvo que la víctima (que al momento de los hechos era directora ejecutiva de la Cámara de Comercio e Industria de la ciudad de Davao, Filipinas), pudo haber tenido otro comportamiento ante la agresión sexual por parte de su jefe, ya que no era "una mujer tímida a la que se pudiese atemorizar fácilmente". El Comité sostuvo que la magistrada tuvo en mente una respuesta racional e ideal de lo que se esperaría de la víctima ante una violación.

2. Estereotipos sexuales: Se refieren a forma de interacción sexual entre hombres y mujeres, otorgándoles características o cualidades sexuales específicas. Es prescriptivo o normativo, ya que determina la existencia de ciertos comportamientos como tolerables y esperables y, por tanto, operan para demarcar las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina, privilegiando la heterosexualidad sobre la homosexualidad a través de la estigmatización de las relaciones gays[513]. Se actúa en base a este tipo de estereotipos, por ejemplo, cuando se pone en duda la credibilidad de mujeres o personas LGBTIQ+ que ejercen la prostitución, o que tienen relaciones sexuales con diversas personas, cuando denuncian haber sido víctimas de un delito sexual, o bien cuando no se concibe como posible una violación conyugal, ya que se entiende que las relaciones sexuales son una práctica siempre consentida dentro de la pareja.

3. Estereotipos sobre los roles sexuales: Son aquellos que describen una noción normativa o de deber ser sobre los roles sociales apropiados de hombres y mujeres, basándolos en las diferencias biológicas de los sexos[514]. Se asocian a determinadas características con el desempeño de ciertas tareas o roles sociales, donde destaca el rol de proveedor del hombre y el reproductor de la mujer. Por ejemplo, cuando se alude a la mala madre para referirse a una víctima de violencia por parte de su pareja. La teoría del rol social se centra en los efectos de la división tradicional del trabajo, en la que las mujeres se ven confinadas a tareas domésticas y los hombres desempeñan un trabajo asalariado fuera del hogar. Dichas divisiones de roles, por sí mismas, son suficientes para producir estereotipos según los cuales los miembros de cada sexo poseen rasgos propios de sus respectivos roles[515].

4. Estereotipos compuestos: Son los que interactúan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de personas. Por ejemplo, los estereotipos basados en el género y la edad pueden unirse para producir estereotipos específicos, como podría darse en un caso de desaparición de una adolescente en que los investigadores asuman que está de fiesta o con alguna persona (novio(a) o amigos(as)), descartando inicialmente las hipótesis de desaparición o femicidio y con ello incumplir con la debida diligencia reforzada, no disponiendo su búsqueda inmediata, junto con la identificación y preservación de evidencia durante la búsqueda.

512 Comité CEDAW, Comunicación N° 18/2008, fecha de decisión 16 de junio de 2010. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/29.pdf

513 COOK Y CUSACK (2010), p. 29.

514 COOK Y CUSACK (2010), p. 32.

515 COOK y CUSACK (2010), p. 33.

En nuestro medio, nuestro máximo tribunal recientemente se ha pronunciado en materia penal sobre la aplicación del enfoque de género, fallo que rechazó por unanimidad el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, y del que cabe destacar el razonamiento relativo a una infracción sustancial de garantías constitucionales por la no consideración del enfoque de género en la determinación judicial de la pena:

"Quinto: Que, en cuanto a la causal invocada de no considerar la perspectiva de género al momento de determinar el quantum de la pena en concreto que se impuso en la especie, es necesario realizar algunas consideraciones.

Cabe tener presente que por género se entiende "el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres" (ARAYA NOVOA, M. (2020). "Género y verdad, Valoración racional de la Prueba en los delitos de violencia patriarcal" en Revista de Estudios de la Justicia Número 32, junio de 2020, páginas 34), y "la perspectiva de género es un concepto y una herramienta surgida y construida desde el feminismo para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres y personas LGTTTBIQ" (GAMA, R. (2020), "Prueba y Perspectiva de Género. Un comentario crítico" en Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1, 2020, páginas 288).

Por ello en la actividad de determinación de la pena, el juez al realizar esta tarea debe evitar aplicar criterios subjetivos, desprovistos de racionalidad, que, obviamente, comprende desechar las ideas preconcebidas, prejuicios o estereotipos de la mujer, especialmente referidos a su rol en la sociedad o en la familia, que puedan afectar el razonamiento que sirve de base a su decisión del caso propuesto"[516].

La consideración de la perspectiva de género, por tanto, no debe confundirse con pretender un trato privilegiado para la mujer, sino que en igualdad de condiciones a las de cualquier persona en su misma situación como interviniente. Así lo señaló recientemente en un fallo la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol Nº 467-2022, de 25 de noviembre de 2022:

"Considerando 6° … el enfoque de género que se pretende, desde luego que ha de ser cumplido, y el Poder Judicial ha trabajado por años en esa dirección, pero aquello no puede implicar, como bien razonó la sentenciadora en la resolución cuestionada, que ello suponga un trato más favorable a la encartada, lo que debe hacer el juzgador es precisamente advertir los sesgos que pudieran rodear su caso y los obstáculos que pudiera enfrentar en la causa atendida su calidad de mujer, pero en este caso no se observa como una decisión, que analiza los antecedentes de la causa y determina que no hay variaciones en los criterios cautelares podría afectar ese trato, la amparada ha recibido asistencia letrada, ha sido periciada psicológica y socialmente, ha efectuado alegaciones procesales en la causa, actualmente se le permite el cuidado de su hija lactante conforme a los convenios suscritos con Gendarmería, lo que demuestra que los obstáculos que eventualmente pudieron afectarle no existieron o por lo menos fueron superados con las medidas ya aplicadas. Y en lo que respecta a sus estatus procesal en la causa, su calidad de imputada de un delito de tráfico y la cautelar que pesa sobre ella, no aparece como una afectación injustificada o arbitraria de su libertad o una desatención a su calidad de mujer, sino que el resultado de un proceso investigativo llevado adelante por el Ministerio Público en el que se entregaron al juzgador elementos suficientes para acreditar preliminarmente la existencia de un hecho ilícito grave, presunciones fundadas de participación y la necesidad

516 Corte Suprema, Rol N° 11.828-22, de 17 de agosto de 2022.

de mantenerla en prisión preventiva durante el curso de la investigación, o a lo menos, mientras no existan antecedentes de tal entidad que supongan una modificación de los presupuestos ya referidos".

2.3. Actuar teniendo en cuenta el contexto

Es indispensable que siempre se tenga en cuenta el entorno de asimetría o de múltiples violencias previas que experimentan mujeres y personas LGBTIQ+ en razón del género.

Para esto, en las entrevistas con víctimas y testigos se debe recopilar información no solo del hecho particular, sino además de aquellos hechos previos y el contexto en que se originaron, lo que permitirá comprender de manera cabal la violencia.

En casos de violencia de pareja es fundamental, ya que da cuenta del continuo de violencia al que ha estado expuesta la víctima a lo largo del tiempo.

Asimismo, es importante que en la declaración de las personas expertas se pueda dar cuenta sobre la forma en que funcionan ciertos contextos de opresión.

De esta forma, con la prueba testimonial y pericial, más otros medios de prueba, se puede lograr ilustrar al tribunal el contexto en el que se encontraba la víctima cuando sufrió la agresión.

Siguiendo el "Manual para la investigación de casos de violencia física y psíquica por razones de género", es importante que el fiscal obtenga respuesta a las siguientes preguntas para caracterizar este entorno o contexto:

1. A nivel de sociedad, ¿la víctima pertenece a un grupo que históricamente ha sido subordinado o excluido en razón del género u otro factor?

2. A nivel de comunidad, ¿la víctima vive en un entorno de violencia generalizada en su comunidad? Por ejemplo, en la comunidad en donde vive se registran altos índices de violencia de género.

3. A nivel relacional, ¿la víctima y su agresor tienen una relación de subordinación y dependencia? ¿Existen antecedentes previos de violencia entre víctima y agresor? ¿Existe constancia de estos antecedentes previos de violencia en otros registros públicos?

2.4. Actuar articuladamente con otras instituciones públicas y con la sociedad civil

Es necesario actuar de manera articulada y coordinada con otras instituciones públicas y con las organizaciones de la sociedad civil, especialmente si son querellantes, como por ejemplo Fundación Iguales, Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, Movilh, Organizando Trans Diversidades, entre otras. La articulación permite una mejor comprensión de ciertas manifestaciones de las violencias en el caso concreto, evita la sobre intervención de las diferentes instituciones y posibilita el uso inteligente de los recursos de acompañamiento

y protección de las víctimas. Asimismo, permite una litigación estratégica, donde Fiscalía y querellantes tienen un rol en el proceso penal, que les permite poner los énfasis centrados en sus respectivos roles, lo que fortalece la persecución penal y posibilita un mejor resultado en el juicio.

3. Normativa internacional

3.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[517]

Este tratado resulta fundamental por ser un tratado específicamente destinado a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres, así como proteger sus derechos humanos y libertades fundamentales.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en su artículo 1 establece la definición de discriminación como: "(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Entre los aspectos de importancia de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) para nuestra función pública, se destacan:

1. Establece la importancia del papel de la cultura como obstáculo que impide el ejercicio real de los derechos.

2. Sitúa a la igualdad no como un principio aislado de los derechos humanos, ni como una situación que ayudaría a alcanzar el respeto y garantía de los mismos a las mujeres, sino que señala que es una necesidad social e indispensable para el desarrollo[518].

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) no regula de forma expresa la violencia contra la mujer, pero condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas y la violencia que las afecta es en gran medida un producto de otras formas de discriminación que las afectan[519]. En todo caso, el Comité de la CEDAW, por medio de las recomendaciones generales Nº 19 y Nº 35, ha entregado una definición de violencia de género contra la mujer como: "la violencia dirigida contra la mujer, porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", incluyendo dentro de esta "actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad".

517 CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (1979), ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1989.

518 MINISTERIO PÚBLICO GUATEMALA (2019), pp. 41 y 42.

519 MINISTERIO PÚBLICO GUATEMALA (2019), p. 42.

3.2. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CBDP)[520]

En nuestro continente contamos con la Convención de *Belém do Pará* (CBDP), primer instrumento en definir la violencia contra las mujeres, en su artículo 1, como: " ... cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Establece, además, que la violencia contra las mujeres constituye violación a sus derechos humanos y libertades fundamentales, y que es manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. La importancia de la Convención de *Belém do Pará* (CBDP), en lo que a nosotros importa, consiste en que[521]:

1. Reconoce la violencia contra las mujeres como un asunto de orden público e interés social, por lo que hace necesario que los Estados establezcan políticas públicas y creen mecanismos para atacarla y erradicarla.

2. Amplía la intervención del Estado al ámbito privado.

3. Es el primer instrumento internacional de naturaleza vinculante que se ocupa específicamente del tema de la violencia contra las mujeres.

En cuanto a la justiciabilidad del artículo 7 de la Convención de *Belém do Pará* (CBDP), la CIDH ha señalado que además de la protección que otorga el artículo 5 de la Convención Americana, el artículo 7 de la Convención de *Belém do Pará* (CBDP) señala expresamente que los Estados deben velar por que las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, aplicando conjuntamente ambos tratados en un caso concreto en que se demostró que se trataba de un caso de violencia de género[522].

En sentido contrario, la CIDH en el caso Ríos y otros vs. Venezuela, mediante sentencia de 28 de enero de 2009, indicó "que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará", porque aunque las periodistas mujeres fueron agredidas, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres y los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron "especialmente dirigid[as] contra las mujeres", ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque "por su condición [de mujer]"[523].

520 Conocida como Convención *Belem Do Pará* (1994), ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996, y publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998.

521 Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer – CLADEM Los Lentes de Género en la Justicia Internacional, 2011, p. 142.

522 CIDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, numerales 78 - 79.

523 En definitiva, no fue demostrado que los hechos se basaran en el género o sexo de las presuntas víctimas, por lo que la corte consideró que no correspondía analizar los hechos del caso bajo las referidas disposiciones de la Convención de *Belém do Pará* (CBDP), de 1994.

4. Aspectos relevantes a realizar previos al juicio

4.1. Contactar a la víctima antes del juicio

Es común que las víctimas de violencia de género se encuentren en una situación distinta a la que tenían al momento de realizar la denuncia, lo cual puede implicar que haya cambiado su postura frente al agresor, incluso su relato o que esté renuente a darlo. A ello se suma que la proximidad del juicio puede generar ansiedad y temor.

Es por ello que los fiscales deben anticiparse a estas posibilidades, de manera de afrontar el juicio con una adecuada estrategia, disponiendo o solicitando las medidas necesarias para brindar seguridad y contención a la víctima.

Por lo tanto, es indispensable que una vez que se conozca la fecha del juicio, se contacten telefónicamente o presencialmente con la víctima para informarle la realización del juicio y conocer su situación actual. Asimismo, es importante evaluar con URAVIT la necesidad de su intervención en el caso.

4.2. Evaluar la necesidad de solicitar nuevas medidas de protección o cautelares

Dado que la realización del juicio puede generar una escalada de violencia e incrementar el riesgo para la víctima, especialmente si el agresor y la víctima mantienen la convivencia, es importante evaluar si las medidas de protección o cautelares que se encuentren vigentes resultan suficientes, o si es necesario solicitar o disponer nuevas medidas si estas se encuentran vencidas o si no fuesen suficientes para garantizar la seguridad de la víctima.

4.3. Solicitar medidas para resguardar la integridad de la víctima durante el juicio[524]

Al equipo del fiscal o la URAVIT, según la organización regional que exista, les corresponde implementar las acciones destinadas a facilitar la participación de la víctima en el juicio oral, tanto a través de la entrega de orientación, como de la detección de las necesidades de protección y apoyo que requiera para ello.

Todos los casos evaluados en la pauta de detección de necesidades (PDN) con riesgo o intimidación alta, o reticencia alta, deberán ser atendidos por la URAVIT, equipo que debe hacerse cargo de la intervención especializada, de la implementación de las medidas de protección y de la gestión de prestaciones de apoyo para responder a las necesidades que se hayan pesquisado en esta intervención.

524 Oficio FN N°1032/2021, de 3 de diciembre de 2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar, pp. 30 y 31.

En los casos de víctimas de violencia contra la mujer, es especialmente relevante atender a la afectación psicológica que pueda presentar, así como a las acciones de amedrentamiento en que el agresor pueda incurrir para evitar su participación en el proceso penal.

Conforme a la evaluación efectuada podrán ser procedentes diversas acciones respecto a la víctima, las que pueden requerirse antes, durante y después del desarrollo del juicio.

4.3.1. Medidas previas al juicio

En esta etapa pueden requerirse medidas de protección y prestaciones de apoyo, tales como traslado, alojamiento para acceder al lugar del juicio o para resguardarse del agresor, alimentación, atención psicológica y psiquiátrica, etc.

4.3.2. Medidas durante el desarrollo del juicio

En el momento del juicio cabe solicitar medidas como la instalación de biombo, circuito cerrado de televisión, reserva de identidad frente a terceros, entre otras.

4.3.3. Medidas posteriores al juicio

Con posterioridad al juicio oral, pueden resultar necesarias medidas de protección ante posibles represalias en que pueda incurrir el agresor o su entorno cercano por su participación en el juicio.

5. Buenas prácticas en la litigación con perspectiva de género

5.1. Utilización de argumentos con perspectiva de género, explicaciones en las alegaciones

Este punto implica explicar al tribunal que el deber de sancionar la violencia contra la mujer por motivos de género, impuesto por el derecho internacional, implica que la pena se debe condecir con el mal ocasionado, visualizando y considerado las siguientes circunstancias, según el caso concreto: la intensidad de la violencia física y psicológica aplicada sobre la víctima; la reiteración de hechos de violencia durante un período prolongado de tiempo; la reducción de la víctima al carácter de objeto; la intención de aislar a la víctima de sus lazos afectivos y sociales; la intención de forzar la continuidad de la convivencia, del matrimonio o de la relación sentimental; el aprovechamiento de la vulnerabilidad y de la situación de indefensión de la víctima; el abuso de la condición socioeconómica y posición de poder del agresor; el control permanente sobre el tiempo, las actividades y el cuerpo de la víctima; el ejercicio de violencia económica sobre la víctima; la instrumentalización de las/os hijas/os; la presencia de NNA al momento de

los hechos; el ejercicio de violencia física para reforzar el carácter coercitivo de las amenazas previamente proferidas, etc.[525].

De ser el caso, explicar particularidades en atención al testimonio de la víctima, como por ejemplo, que se incorporará como prueba anticipada, dadas sus condiciones, o su necesidad de retornar a su país de origen, usual en los casos de trata de personas. O también, la necesidad de considerar que la mayoría de los delitos de violencia de género ocurren sin testigos, por lo que el testimonio de la víctima puede ser una prueba central.

Asimismo, advertir al tribunal acerca de posibles alegaciones o visiones estereotipadas que "generan graves límites para acceder a la verdad entendida como correspondencia o, en otras palabras, para alcanzar la finalidad de conocer del proceso judicial", estereotipos que la mayoría de las veces carecen de un fundamento epistémico y que encubren prejuicios o preferencias[526].

5.2. Utilización de herramientas de litigación para evitar argumentos discriminatorios

En estos casos se deben tener en cuenta las características particulares que suelen presentar, como la frecuente inexistencia de testigos directos, el carácter cíclico de la violencia, las dificultades que experimentan las víctimas para denunciar y la situación de vulnerabilidad o dependencia de distinto tipo en la que se encuentran. Es necesario evitar valorar el testimonio de la víctima en función de estereotipos basados en supuestas conductas "esperables" de parte de las mujeres en determinadas situaciones (por ejemplo, "si fuera cierto que no consintió la relación sexual se debería haber resistido", "si el marido le pegaba, ¿por qué no se separó?")[527]. Por ello, corresponderá oponerse a líneas de contrainterrogatorio que resulten revictimizantes e impertinentes (punto que no obsta al derecho de la defensa de interrogar a los testigos que declaren en su contra en el juicio –incluyendo a la víctima–, pero ese derecho tiene que ser interpretado armónicamente con el que poseen las mujeres víctimas de violencia a ser tratadas con respeto y a no ser revictimizadas). En este sentido, la Fiscalía, velando por la integridad de la víctima durante su declaración en el juicio, debe objetar las preguntas sobre su conducta sexual u otros aspectos de su vida privada no vinculados al caso[528]. En nuestro medio, se deben objetar estas preguntas revictimizantes, porque se estaría coaccionando a la declarante, produciendo victimización secundaria en la víctima: "reducir la victimización secundaria en los juzgados pasa necesariamente por establecer un sistema que haga que todos los operadores que trabajan en sede judicial tomen conciencia y faciliten el trabajo en común en favor de las víctimas. Porque es fundamental: Ofrecer a las víctimas las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos. Adoptar las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psíquica. Proteger su libertad y su seguridad"[529].

525 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE ARGENTINA (2016), pp. 44 y 45.

526 KRAUSE (2022), p. 38.

527 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE ARGENTINA (2016), p. 42.

528 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE ARGENTINA (2016), p. 44.

529 INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER (2021), pp. 51 y 52.

6. Pautas de actuación durante el juicio oral

Resulta fundamental que los fiscales incorporen el enfoque de género en sus actuaciones durante el juicio oral, bajo los principios de la contradicción y la inmediación. Por ejemplo, entre otras, en las siguientes situaciones:

1. Evitar cualquier expresión que actúe como justificación de la conducta del agresor.

2. Evitar las expresiones que puedan culpabilizar a la víctima, o que impliquen minimizar la violencia ejercida, basadas en estereotipos o prejuicios sobre las víctimas de violencia de género.

3. Cuando la víctima preste declaración en el juicio, los fiscales deben tener en cuenta su situación particular, respetando sus tiempos y lo que puede significar para ella declarar en juicio. Es por ello que las líneas de interrogatorio se deben dirigir a probar el hecho acusado y el contexto de violencia de género.

   En caso de violencia intrafamiliar, además se debe centrar en las características del vínculo entre la víctima y el agresor. En ningún caso se deben realizar preguntas sobre la conducta sexual de la víctima u otros aspectos de su vida privada no pertinentes al caso. Tampoco se deben realizar preguntas o afirmaciones orientadas a culpabilizar a la víctima por lo ocurrido ni a minimizar la responsabilidad del agresor.

   En esta misma línea puede evaluarse la necesidad de declaración de la víctima en juicio y, especialmente, no hacer recaer en la víctima toda la carga de la prueba, siendo recomendable, según el caso, su declaración anticipada al juicio oral. Por ejemplo, como suele ser necesario en casos de trata de personas, dado el carácter trasnacional de este delito, en el que muchas veces las víctimas requieren retornar a su país de origen con urgencia[530].

4. Velar por la integridad de la víctima durante su declaración en el juicio, oponiéndose a las preguntas sobre su conducta sexual u otros aspectos de su vida privada no vinculados al caso.

   También corresponderá objetar cualquier conducta del acusado, o su defensor, dirigida a intimidar u hostigar a la víctima (por ejemplo, preguntas agresivas, juicios de valor sobre la conducta de la víctima, o aquellas que evidentemente pretenden coaccionarla, etc.).

5. Enfocar la litigación a descartar estrategias de la defensa que pretendan justificar la violencia de género –argumentando el estado de emoción violenta o la defensa del honor por parte del agresor– como elementos de atenuación o exención de la responsabilidad criminal. Estas prácticas son contrarias al enfoque de género y actúan como justificaciones de la conducta dominante sobre las víctimas mujeres, culpabilizándolas de lo sucedido.

530 A título ejemplar, se pueden revisar los procesos del 4° TJOP de Santiago, Ruc 1700398060-k, de fecha 13 de diciembre de 2021, y Ruc 170264150-k, de fecha 1 de abril de 2021.

7. Declaración de la víctima

7.1. Realizar el interrogatorio de la víctima con perspectiva de género

Cuando la víctima preste declaración en el juicio, el interrogatorio se debe realizar con perspectiva de género, teniendo en cuenta su situación particular y respetando sus tiempos y su pudor. Las líneas de interrogatorio se deben dirigir a probar el hecho juzgado, sus antecedentes, el contexto de violencia doméstica y las características del vínculo entre la víctima y el agresor. En ningún caso se deben realizar preguntas sobre la conducta sexual de la víctima u otros aspectos de su vida privada no pertinentes en relación al hecho que se juzga. Tampoco se deben realizar preguntas o afirmaciones orientadas a culpabilizar a la víctima por lo ocurrido, ni a minimizar la responsabilidad del agresor. En caso que estas acciones las realice la defensa en su alegatos, resulta imperioso evidenciarlo en las alegaciones o réplicas posteriores.

7.2. Oponerse a líneas de contrainterrogatorio que resulten revictimizantes e impertinentes

La personas acusadas de un delito tienen derecho a interrogar a los testigos que declaren en su contra en el juicio, incluyendo a la víctima. Este derecho tiene que ser interpretado armónicamente con el que poseen las mujeres víctimas de violencia a ser tratadas con respeto y a no ser revictimizadas.

Por esta razón, los fiscales deben velar por la integridad de la víctima durante su declaración en el juicio, oponiéndose a las preguntas sobre su conducta sexual u otros aspectos de su vida privada no vinculados al caso.

También deben objetar cualquier conducta del imputado o su defensor dirigida a intimidar u hostigar a la víctima (por ejemplo, preguntas agresivas, juicios de valor sobre la conducta de la declarante, etc.).

7.3. Respetar la voluntad de la víctima

La participación de las víctimas durante el proceso debe ser siempre voluntaria, no debiéndose forzar su comparecencia, ni aplicársele alguna sanción por su deserción.

Lo anterior no resulta contradictorio con lo sostenido en el capítulo VIII, específicamente en lo que dice relación con el artículo 302 del CPP en caso de testigos mujeres que a su vez sean las víctimas del delito que se juzga[531], puesto que lo que la norma del artículo 332 del CPP permite a los testigos en el juicio oral –abstenerse de declarar en atención a ciertas relaciones familiares, atendiendo al deber de solidaridad inmerso en dichos vínculos–, en caso de víctimas de violencia de género el deber de solidaridad ha sido destruido

531 Capítulo en que sostenemos que esta norma procesal no debe aplicarse en los casos de violencia contra la mujer, sosteniendo una interpretación conforme de la norma interna con las convenciones internacionales vigentes, que protegen a la mujer de toda forma de violencia y discriminación.

por el acusado y las expone a presiones del maltratador, no reconociendo la posición de desigualdad en la que se encuentran para decidir.

Entonces, se pueden identificar al menos tres escenarios posibles frente a la participación de las víctimas como testigos[532]:

1. Que la víctima desee rendir su testimonio en juicio, caso en el que se deben otorgar todas las garantías en términos de derechos y protección.

2. Que la víctima tenga dudas sobre su participación en juicio. En este escenario, se debe otorgar a la víctima la mayor cantidad de información posible, aclarar sus dudas y manifestarle los mecanismos mediante los cuales sus necesidades de protección serán cubiertas durante el juicio. También se le debe explicar cómo su testimonio es importante para sustentar la teoría del caso y qué efectos tiene su decisión de no comparecer. Todo ello con el objetivo de darle la seguridad y la certeza que la incentiven a participar en el juicio.

3. Que la víctima definitivamente no quiera rendir su testimonio en juicio. Si aun después de hablar con ella en los términos planteados es renuente a presentar su testimonio, se debe respetar la decisión y, como se dijo, analizar la posibilidad de una declaración anticipada, siempre buscando entre los medios de prueba disponibles la posibilidad de suplir los datos relevantes que aportaría la víctima en el juicio –tales como testimonios de oídas, entre los que cabe considerar a funcionarios policiales que hubieran concurrido al sitio del suceso y escucharan el relato de la víctima, o presenciales, entre quienes cuentan aquellos que pudieran haber captado por sus sentidos los vestigios del delito, fotografías, registro de audios de llamadas pidiendo la presencia policial, etc.–.

7.4. Retractación de la víctima

El fenómeno de la retractación comprende la modificación de los dichos de la víctima, negando la versión original de los hechos durante el transcurso de la investigación penal[533], así como también el desistimiento o retiro de la denuncia a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias del proceso penal.

7.4.1. Manifestaciones y variables que influyen en la conducta de la víctima

1. Negativa de la víctima a declarar.
2. Cambio de testimonio en el proceso y audiencias.
3. Retiro, desistimiento de la denuncia, inasistencias.
4. Minimización de los hechos[534].

532 MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA (2019), p. 118.

533 ESCAFF *et al.* (2006).

534 LARRAÍN (1994).

Las variables que afectan y determinan la conducta de la víctima se pueden dividir en varios grupos, que se refieren a contextos distintos en los que se desenvuelve esta.

Por una parte, están los factores individuales que pertenecen exclusivamente a la interioridad de la víctima –entre los que se encuentran el nivel de instrucción de la víctima, o experiencias anteriores de victimización, entre otras–, por otra están aquellos factores referidos a la relación de pareja –tales como dependencia afectiva y dependencia económica–, y, por último, los factores sociales –como lo son la realidad macro y micro sistémica en la cual se desarrolla la víctima–.

7.4.2. Elementos a considerar en las argumentaciones en juicio

Por todas las consideraciones expuestas, la probabilidad de retractación de una víctima es alta, incluso al momento en que esté vertiendo su declaración en juicio oral.

Por ello es necesario reforzar su argumentación respecto a los hechos, las pruebas y el derecho aplicable. En ese sentido, las argumentaciones que deberían primar especialmente en los alegatos de apertura y clausura en la audiencia de juicio oral son, como mínimo, las siguientes[535]:

1. El contexto de violencia de género en que se desarrollaron los hechos delictivos: en los delitos de violencia de género se debe acentuar la historia de vida en común entre la víctima y la persona imputada; la existencia de hijos(as) en común o hijos(as) de otras relaciones que estén presentes en dicho contexto; los medios de supervivencia de la víctima, enfatizando si existe una dependencia económica de la víctima, así como si la víctima desarrolla actividades que se enmarcan en los roles tradicionales y carece de alguna remuneración.

2. Los antecedentes de violencia previa o los sucesos de violencia posterior a la denuncia que pudiesen haberse presentado entre la víctima y la persona imputada hasta antes de la audiencia de juicio oral.

3. Las situaciones de vulnerabilidad o discriminación múltiple en las que pueda estar la víctima, resaltando todas las categorías sospechosas y los contextos históricos y estructurales que existen de discriminación para esa categoría sospechosa.

4. La posibilidad, conforme los antecedentes que se cuenten, de que la víctima se encuentre en la fase "de luna de miel" del ciclo de la violencia.

5. La ilustración del modelo ecológico para explicar la violencia de género en la pareja e identificar factores de riesgo.

535 FISCALÍA NACIONAL DE CHILE (2019), pp. 105 y 106.

7.4.3. Orientaciones en caso de una víctima que se retracta en audiencia

A continuación se plantean buenas prácticas de litigación a considerar cuando se verifica la retractación al momento de prestar declaración.

En primer lugar, es necesario tener siempre claro el objetivo del interrogatorio, esto es, qué es lo que se busca obtener con el relato. En este sentido se sugiere:

1. Evitar preguntas en que no se tenga certeza de la respuesta ("salir de pesca").

2. Mantener dominio personal de las emociones (no evidenciar el enojo por la retractación, ni molestia por la actitud hostil).

En segundo lugar, dejar claro quién es la víctima. Para ello, se sugiere realizar en el interrogatorio preguntas que la caractericen según trabajo, estudios, profesión, oficio, procedencia. Con ello se puede acreditar una posible situación de dependencia económica o manipulación económica, falta de apoyo familiar, etc.

En tercer lugar, contextualizar la situación familiar y de pareja, por ejemplo, establecer si tiene hijos(as); si es casada, si convive, etc. También detalles sobre la vida de pareja y la dinámica de la relación.

En este mismo sentido, es importante lograr que se aporten antecedentes sobre problemas o conflictos de la pareja a través de preguntas como: ¿Cómo eran las reacciones de su pareja cuando se molestaba con usted?

Si la víctima es renuente a decir en qué consistían, evidenciar la contradicción o refrescar memoria conforme al artículo 332 CPP, haciendo uso de las declaraciones previas ante la Fiscalía o policías.

En cuarto lugar, buscar que describa los hechos que ahora niega que sean verdad o que omite relatar. Así:

1. Víctima que omite los hechos (evitativa): es importante que el fiscal conduzca el interrogatorio preguntando por la forma en que ocurrieron los hechos con detalles, partiendo desde la hora, el día, el lugar, qué estaba haciendo en el momento de los hechos, que describa lo que estaba haciendo el agresor, cosa de conducir el relato al momento preciso en que ocurrió la agresión.

2. Víctima niega los hechos o cambia la versión: se debe buscar en el interrogatorio que la víctima se refiera a los hechos que declaró en Fiscalía, a la policía o a algún testigo, y que resulten ser coherentes con las restantes pruebas y teoría del caso. Por ejemplo: ¿Cuántas veces declaró antes de este juicio?, ¿dónde?, etc.

3. Si la víctima introduce los nuevos hechos que ahora indica como verdaderos, efectuar preguntas que evidencien la incoherencia o las inconsistencias del nuevo relato.

Es importante que el fiscal fije hechos del actual relato (retractación) y evidencie la contradicción conforme al artículo 332 del CPP.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA JUDICIAL (2021): "Guía de apoyo conducción de la primera audiencia del proceso penal". Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/11/Guia-Conduccion-2021.pdf [visitado el 7 de abril de 2022].

ACCATINO, Daniela (2020): "Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho" (inédito, aportado en el curso "Conceptos: hecho, prueba y verdad", Máster en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona, 4ª generación).

AGUILAR ARANELA, Cristián (2012): Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal (Santiago, Editorial Metropolitana).

ALBARRÁN A. J. (2003): "Psicología Forense y Victimología", en: Urra, J. (2003) Tratado de Psicología Forense (España, Siglo XXI).

ARIAS, Cristián (2005): "El control jurisdiccional de la detención", en Revista de Estudios de la Justicia (N° 6), pp. 225 - 253.

AWAD, Alejandro (2021): "Prisión preventiva como sucedáneo de las penas privativas de libertad", en Revista de Ciencias Penales (Vol. XLVII, 1er semestre).

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio (2001): Litigación penal en juicios orales, 2ª edición (Santiago, Editorial Universidad Diego Portales).

BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio (2004): Litigación penal. Juicio Oral y prueba (Santiago, Ediciones UDP).

BELTRÁN, Ramón (2012): "Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile", en Polít. crim. (Vol. 7, Nº 14, Diciembre).

BELTRÁN, Víctor (2021): "Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal", en: Revista de Estudios de la Justicia (N° 34), pp. 17 - 58.

BERGMAN, Paul (1989): La defensa en juicio, segunda edición (Trad. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

BERGMAN, Paul (1995): La defensa en juicio. La Defensa Penal y la Oralidad (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; ROJAS CORRAL, Hugo (2005): Litigación estratégica en el nuevo proceso penal (Santiago, Lexis Nexis).

BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo; ROJAS, Hugo (2021): Litigación penal estratégica en juicios orales (Valencia, tirant lo blanch).

BORRAZ, Marta (2017): "Obligar a las víctimas de violencia machista a declarar contra su agresor, ¿las infantiliza o las protege?", en: elDiario.es, Madrid, España. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/acabar-dispensa-obligacion-maltratadores-congreso_1_3297932.html [visitado el 1 de agosto de 2012].

CAMPELL, R. y RAJA, Sh. (2005): The Sexual Assault and Secondary Victimization of Female Veterans: Help-Seeking Experiences.

CERDA, Rodrigo (2003): Etapa intermedia: juicio oral y recursos (Santiago, Librotecnia).

CERDA, Rodrigo (2009): Manual del Sistema de Justicia Penal (Santiago, Librotecnia).

CERDA, Rodrigo (2010): Manual del sistema de justicia penal, segunda edición (Santiago, Librotecnia), tomo II.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2019): Manual del sistema de justicia penal, 3ª edición (Santiago - Chile, Ed. Librotecnia).

CERDA, Rodrigo (2021): "El control jurídico de los órganos de la persecución penal como garantía de los derechos fundamentales", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 25 - 66.

CHAHUÁN, Sabas (2019): Manual del (nuevo) procedimiento penal, 8ª edición (Santiago - Chile, Thomson Reuters).

CHIESA APONTE, Ernesto (2021): Compendio de evidencia (Ciudad de México, tirant lo blanch).

CISTERNA, Adolfo (2004): La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal. Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Librotecnia).

COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL (2003): Técnicas del Juicio Oral en el Proceso Penal Colombiano (Colombia, Quebecor World Bogotá S.A.).

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone (2010): Estereotipos de Género. Perspectivas legales y transnacionales (Trad. Andrea Parra, Bogotá, Colombia, Profamilia).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2009): "caso Opuz vs. Turquía, demanda N° 33401/02", párrafos 131, 137 y 143. Disponible en: http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod03/03-034_LC5-Caso-Opuz.pdf [visitado el 4 de agosto de 2022].

DAVT, Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben declarar en Juicio Oral.

DAVT, Modelo de Intervención Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales y Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar.

DAVT, Modelo Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos.

DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio (2019): La prueba de los hechos en el proceso penal (Santiago de Chile, DER).

DEL RÍO, Carlos (2018): "El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno", en: Polít. Crim. (Volumen 13, Nº 25 (Julio 2018)), Art. 9, pp. 322 - 349.

DEVIS ECHANDIA, Hernando (2002): Teoría General de la prueba judicial, 5ª edición (Colombia, Temis S.A.), tomo II.

DÍAZ PITA, María (2000): El coimputado (Valencia, tirant lo blanch).

DOMÍNGUEZ, Fátima y otras (2016): "La práctica de la prueba en la violencia de género", en: vLEX (Sevilla - España, Dykinson). Disponible en: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/dispensa+de+declarar/WW/vid/649011825 [visitado el 4 de agosto de 2022].

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2009): Proceso Penal (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

DURÁN, Rodrigo (2011): Medidas cautelares personales en el proceso penal, 3ª edición (Santiago, Librotecnia).

ENCINA, Verónica (2021): "Principales discusiones sobre la ilegalidad de la detención y su relevancia a lo largo del proceso penal", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 251 - 267.

ESCAFF, Elías, RIVERA, Marcela y SALVATIERRA, Mónica (2006): "Estudio de variables asociadas a la retractación de menores víctimas de abusos sexuales", en: Revista ILANUD Temas de victimología (número 27, volumen 14), pp. 117 - 131.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017): "Reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República", en: Constitución Política e Infancia. Unicef.

FALCONE, Diego (2012): "Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XXXVIII), pp. 433 - 495.

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MUJERES SEPARADAS Y DIVORCIADAS, FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS (2016): "Propuesta de modificación legislativa de los artículos 416 y 418 de la ley de enjuiciamiento criminal", en: Madrid, España. Disponible en: http://www.redfeminista.org/noticia.asp?id=3686 [visitado el 27 de julio de 2022].

FISCALÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2019): "Memoria 2019 (Ejercicio 2018)". Disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/b4684ad8-f47a-2691-eb4b-356ae961a56d [visitado el 5 de abril de 2022].

FISCALÍA NACIONAL DE CHILE (2019): Manual para la investigación de casos de violencia física y psíquica por razones de género. Ministerio Público.

FONTANET, Julio (2010): Principios y Técnicas de la Práctica Forense (San Juan de Puerto Rico, Jurídica Editores).

GAJARDO, Tania y HERMOSILLA, Francisco (2021): Manual de Procesal Penal (Santiago, DER).

GARRIDO CHACANA, Carlos (2021): Examen y contraexamen de testigos en el proceso penal, 2ª edición (Santiago, Editorial Metropolitana).

GIMENO SENDRA, Vicente; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, y CALAZA LÓPEZ, Sonia (2021): Derecho Procesal Penal (Valencia, tirant lo blanch).

GOLDBERG, Steven (1994): Mi primer Juicio Oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré? (Trad. Aníbal Leal, Buenos Aires, Editorial Heliasta).

GONZÁLEZ LAGIE, Daniel (2005): Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción (Colombia, Editorial Temis SA).

GUERRA, Cristóbal; INOSTROZA, Romina; VILLEGAS, Jaime; VILLALOBOS, Leticia, y PINTO-CORTEZ, Cristián (2017): "Polivictimización y sintomatología postraumática: el rol del apoyo social y la autosuficiencia, en: Revista de psicología (Santiago). Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-05812017000200066 [visitado el 23 de septiembre de 2022].

GUTIÉRREZ DE PIÑERES, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Andrés (2009): "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", en: Liberabit, v. 15, n. 1. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006 [visitado el 15 de marzo de 2022].

HADWA ISSA, Marcelo (2020): La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales, 3ª edición actualizada (Santiago - Chile, Ediciones DER).

HERMOSILLA, Francisco (2021): "El re-debate en la audiencia de juicio oral acerca de la (i)legalidad de la detención y sus corolarios", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 224 - 249.

HERNÁNDEZ, Héctor (2002): La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 2 (Santiago, Universidad Alberto Hurtado).

HERNÁNDEZ, Héctor (2004): La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 2 (Santiago, Universidad Alberto Hurtado).

HIKAL, Wael (2011): Glosario de Criminología y Criminalística (Ciudad de México, Flores editor).

HORVITZ, María Inés (2003): "Estatuto de la víctima en el proceso penal", en Revista de Estudios de la Justicia (N° 3), pp. 133 - 143.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002): Derecho procesal penal chileno (Santiago - Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): Derecho procesal penal chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2008): Derecho procesal penal chileno (Ciudad de México, Editorial Jurídica de Las Américas), tomo II.

HOYL, Gonzalo (2021): "La 'prueba' de la defensa en audiencias de control de la detención", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 129 - 167.

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER (2021): Protocolo para evitar la victimización secundaria en mujeres víctimas de violencia de género. Disponible en: https://www.ju ntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/iam/2021/143639366.pdf [visitado el 10 de octubre de 2022].

JOVELLS, M. Ángeles (2016): "Análisis sobre el derecho a no declarar de la víctima de violencia de género", en: Universitat Jaume I, España. Disponible en: https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/162434/TFG_2015_jovellsM.pdf?sequence=1 [visitado el 5 de agosto de 2022].

KAHNEMAN, Daniel (2012): Pensar Rápido, Pensar Despacio (Buenos Aires, Debate).

KRAUSE, María Soledad (2002): "Argumentación Jurídica con perspectiva de género", en: Revista Justicia con perspectiva de género del Poder Judicial (N° 2), pp. 35 - 40.

LARRAÍN, Soledad (1994): Violencia puertas adentro. La mujer golpeada (Santiago, Editorial Universitaria).

LARRAURI, Elena (2008): Mujeres y sistema penal. Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias (Buenos Aires, Editorial B de F).

LORENZO, Leticia (2012): Manual de litigación (Buenos Aires, Ediciones Didot).

MANTILLA FALCÓN, Julissa (2013): "La Importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: Asumiendo nuevos retos", en: THĒMIS - Revista de Derecho 63. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110711.pdf [visitado el 1 de abril de 2022].

MARCHANT, Felipe (2019): "El control de convencionalidad en Chile y los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención, a propósito del caso 'armas'", en: Revista Jurídica del Ministerio Público (N° 76), pp. 9 - 41.

MARÍN, Juan Carlos (2002): "Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno", en: Revista de Estudios de la Justicia (N° 1), pp. 9 - 54.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2010): Derecho Procesal Penal (Santiago, Legal Publishing (Lexisnexis)).

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2012): Derecho Procesal Penal, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters), tomo I.

MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2017): Derecho Procesal Penal, 3ª edición (Santiago - Chile, Editorial Librotecnia), tomo II.

MAUET, Thomas A. (2007): Trial Techniques, 7ª edición (New York, Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers).

MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA (2019): Guía teórica – conceptual y Protocolo de investigación para los delitos de violencia contra la mujer en el ámbito público y privado.

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE ARGENTINA (2016): Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuela (2003): El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal (Barcelona, J.M. Bosch).

MONTADA, L. (1991): "Coping with life stress: Injustice and the question "Who is responsible?"", en: Steensma, H. and Vermunt, R. (eds.), Social Justice in Human Relations (Plenum, New York), Vol. 2, pp. 9 - 30.

MONTADA, L. (1994): "Injustice in harm and loss", en: Soc. Justice Res. 7, pp. 5 - 28.

MORENO, Leonardo (2012): Teoría del Caso, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (Buenos Aires, Ediciones Didot).

MORENO, Leonardo y ROJAS, Hugo (2021): Litigación Penal Estratégica en Juicios Orales (Valencia, tirant lo blanch).

MORENO, Víctor y CORTÉS, Valentín (2004): Derecho Procesal Penal (Valencia, Editorial tirant lo blanch).

NIEVA FENOLL, Jordi (2012): Fundamentos del Derecho Procesal Penal (Argentina, Euros Editores).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", en: Ius et Praxis. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008 [visitado el 25 de julio de 2020].

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): Derechos fundamentales y garantías constitucionales, 3ª edición (Santiago, Librotecnia), tomo I.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2018): "Problemas interpretativos del artículo 149 inciso segundo del Código Procesal Penal", en Ius Et Praxis (Año 24 N° 1), pp. 293 - 328.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2019): "Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno", en: Revista de Derecho de la Pontificia

Universidad Católica de Valparaíso (53, segundo semestre). Disponible en: https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n53/0718-6851-rdpucv-00506.pdf [visitado el 27 de abril de 2022].

OLIVER, Guillermo (2021): "Evolución (o involución) de la audiencia de control de detención y algunos problemas interpretativos", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 101 - 127.

PABÓN GÓMEZ, Germán (2019): Cómo la teoría del caso imita al ajedrez (Colombia, Grupo Editorial Ibáñez).

POBLETE, Orlando (2014): "Notas sobre la flagrancia y la detención consecuente a partir de algunos fallos judiciales", en: Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 19. Iter Criminis y Flagrancia. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters), pp. 17 - 30.

RETTIG, Mauricio (2021): "La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 169 - 221.

RISSER, H.; HETZEL-RIGGIN, M. y THOMSEN, C. (2006): "PTSD as a Mediator of Sexual Revictimization: The Role of Reexperiencing, Avoidance, and Arousal Symptoms", en: Journal of Traumatic Stress (19 (5)), pp. 687 - 698.

RODRÍGUEZ, Manuel y PINO, Octavio (2015): "Los procedimientos jurisdiccionales basados en la autoincriminación", en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 42, N° 3), pp. 1003 - 1033.

RODRÍGUEZ, Manuel (2019): "Control de identidad: Criterios generales para la resolución de casos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile", en: Ars Boni et Aequi (N° 2), pp. 30 - 59.

RODRÍGUEZ, Manuel (2020a): "Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad", en: Política Criminal (Vol. 15, N° 29), pp. 452 - 482. Disponible en: http://politcrim.com/wp-content/uploads/2020/07/Vol15N29D1.pdf [visitado el 24 de marzo de 2022].

RODRÍGUEZ, Manuel (2020b): "Diligencias investigativas por infracciones a la Ley N° 20.000 y debido proceso", en: SANTIBÁÑEZ, María E. (Dir.), Colección de Análisis Jurisprudencial Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Rubicón).

RODRÍGUEZ, Manuel (2020c): "Potestades discrecionales del fiscal del Ministerio Público. Un intento de racionalización", en: Revista de Derecho Público (N° 92), pp. 119 - 150.

RODRÍGUEZ, Manuel (2021): "Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. Una doctrina de puertas abiertas", en: Revista de Derecho Universidad de Concepción (N° 249), pp. 259 - 287.

RODRÍGUEZ CUEVAS, Laura (2017): "La objeción una pieza de litigación subvalorada", en Revista Dominicana de Ciencias Jurídicas (Nº 5, Enero - Diciembre), pp. 151-165.

ROXIN, Claus (2000): Derecho Procesal Penal (Argentina, Del Puerto).

RUA, Gonzalo (2014): Contraexamen de testigos (Argentina, Ediciones Didot).

SAAVEDRA, Mónica (2004): "Intervención judicial en la formalización de la investigación. Actuación del Ministerio Público en delitos de acción pública previa instancia particular (RUC N° 0400037980)", en: Boletín del Ministerio Público (N° 18), pp. 143 - 147.

SALAS, Jaime (2009): Problemas del proceso penal (Santiago, Librotecnia).

SALAS, Jaime (2021): "La relación jurídico-procesal válida y la fundamentación preliminar de la imputación en la audiencia de control de la detención. El Big-Bang del derecho penal", en: HOYL, Gonzalo (Ed.), La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Valencia, tirant lo blanch), pp. 67 - 100.

SANABRIA VILLAMIZAR, Ronald (2015): "Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal". Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6766566.pdf [visitado el 28 de diciembre de 2022].

SANZ HERMIDIA, Ágata María (2009): Víctimas de delitos: Derechos, protección y asistencia (Madrid, Editorial Iustel).

SÓLORZANO SÁNCHEZ, Rodolfo (2011): "El interrogatorio y contrainterrogatorio en Costa Rica", en: Revista de Ciencias Jurídicas (Nº 124), pp. 139 - 168.

TAVOLARI, Raúl (2000): El proceso en acción (Santiago de Chile, Libromar).

TARUFFO, Michele (2008): La prueba (Madrid, Marcial Pons).

TRAVERSI, Alessandro (2005): La Defensa Penal, técnicas argumentativas y oratorias (Navarra, Thomson Arazandí).

VALENZUELA, Jonathan (2018): "Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva", en Polit. Crim. (Vol. 13, N° 26), pp. 836 - 857.

VAQUERO, María (2020): "La importancia de la declaración de la víctima de violencia de género en el acto del juicio". Tesis Universidad de Valladolid. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/41635/TFM-D_00231.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 28 de diciembre de 2022].

VIAL CAMPOS, Pelayo (2009): Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno (Santiago, Librotecnia).

VILLEGAS, Myrna (2021): "Mujeres Homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar. Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el Derecho Penal Chileno", en: ANTONY GARCÍA, Carmen; VILLEGAS, Myrna (coords.) "Criminología Feminista" (Santiago, LOM Ediciones), pp. 57 - 84.

VITAR, Jorge (2011): "La detención por flagrancia y la modificación de la Ley N° 20.253", en FUENTES, Claudio (Coord.), Diez años de la reforma procesal penal en Chile (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 559 - 575.

WALKER, Agustín (2022): "¿Puede la cárcel reducir el delito? Reconstrucción histórica y discursiva de un recurso iatrogénico", en Revista de Ciencias Penales (Vol. XLVII, 1er semestre). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf [visitado el 15 de marzo de 2022].

Actas

Corte Suprema, Acta N° 79-2001, de 10 de enero de 2001.

Oficios Fiscalía Nacional

Oficio FN N° 176/2008, de 26 de marzo de 2008, Imparte instrucciones generales para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley Nº 20.253, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN Nº 133/2010, de 31 de marzo de 2010, Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN N° 284, de 31 de mayo de 2010, Instrucción general que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación de juicio oral, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN N° 285-2010, de 31 de mayo de 2010, Instrucción general que imparte criterios de actuación sobre el juicio oral, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio N° 060/2014, de 23 de enero de 2014, Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN N° 892, de 30 de septiembre de 2019, que contiene los criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las regulaciones contenidas en la Ley N° 21.057, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN N° 526/2021, de 6 de julio de 2021, Instrucción general sobre implementación de la Ley N° 21.120 sobre identidad de género al interior del Ministerio Público, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN Nº 618/2021, de 28 de julio de 2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Oficio FN N°1032/2021, de 3 de diciembre de 2021, Instrucción general que imparte criterios de actuación

en delitos de violencia de género y violencia intra familiar, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, Rol Nº 12.133-21, de 30 de julio de 2022.

Corte Suprema, Rol Nº 1.989-2002, de 2 de octubre de 2002.

Corte Suprema, Rol Nº 3.319-2002, de 29 de octubre de 2002.

Corte Suprema, Rol N° 3.297-2005, de 23 de septiembre de 2005.

Corte Suprema, Rol Nº 2.693-06, de 13 de junio de 2006.

Corte Suprema, Rol N° 2.958-2007, de 7 de agosto de 2007.

Corte Suprema, Rol Nº 6.631-2007, de 30 de enero de 2008.

Corte Suprema, Rol N° 3.193-08, de 19 de agosto de 2008.

Corte Suprema, Rol N° 502-09, de 31 de marzo de 2009.

Corte Suprema, Rol Nº 3.503-2009, de 1 de junio de 2009.

Corte Suprema, Rol Nº 5.044-2009, de 4 de agosto de 2009.

Corte Suprema, Rol Nº 4.291-09, de 19 de enero de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 5.891-10, de 4 de noviembre de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 2.576-2011, de 11 de mayo de 2011.

Corte Suprema, Rol Nº 2.708-2012, de 29 de mayo de 2012.

Corte Suprema, Rol Nº 5.342 -2011, de 25 de junio 2012.

Corte Suprema, Rol N° 6.902-12, de 6 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol Nº 6.711-2012, de 7 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol Nº 7.872-2012, de 24 de diciembre de 2012.

Corte Suprema, Rol Nº 7.913-2012, de 31 de diciembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 1.504-2013, de 23 de abril de 2013.

Corte Suprema, Rol Nº 2.866-2013, de 17 de junio de 2013.

Corte Suprema, Rol Nº 4.909-2013, de 17 de septiembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 5.039-13, de 17 de septiembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 4.883-2013, de 25 de septiembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 7.802, de 14 de noviembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 11.767-2013, de 30 de diciembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 11.482-2013, de 31 de diciembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 6.247-14, de 12 de mayo de 2014.

Corte Suprema, Rol N° 6.868-14, de 13 de mayo de 2014.

Corte Suprema, Rol Nº 22.898-2014, de 21 de agosto de 2014.

Corte Suprema, Rol Nº 21.408-2014, de 8 de septiembre de 2014.

Corte Suprema, Rol Nº 17.169-2014, de 15 de octubre de 2014.

Corte Suprema, Rol Nº 1.323-2015, de 24 de marzo de 2015.

Corte Suprema, Rol N° 31.280-15, de 19 de enero de 2016.

Corte Suprema, Rol N° 5.363-2016, de 3 de marzo de 2016.

Corte Suprema, Rol Nº 19.693-16, de 19 de mayo de 2016.

Corte Suprema, Rol Nº 31.025-2016, de 18 de julio de 2016.

Corte Suprema, Rol Nº 76.424-2016, de 28 de noviembre de 2016.

Corte Suprema, Rol Nº 97.656-2016, 12 de diciembre de 2016.

Corte Suprema, Rol N° 266-17, de 07 de marzo de 2017.

Corte Suprema, Rol N° 40.860-17, de 19 de octubre de 2017.

Corte Suprema, Rol N° 1.109-18, de 22 de enero de 2018.

Corte Suprema, Rol N° 14.947-18, de 3 de julio de 2018.

Corte Suprema, Rol N° 3.212-2018, de 23 de julio de 2018.

Corte Suprema, Rol N° 19.072-18, de 2 de octubre de 2018.

Corte Suprema, Rol Nº 28.180-2018, de 20 de diciembre de 2018.

Corte Suprema, Rol N° 2.491-19, de 12 de marzo de 2019.

Corte Suprema, Rol Nº 15.881-19, de 13 de junio de 2019.

Corte Suprema, Rol N° 18.863-19, de 27 de agosto de 2019.

Corte Suprema, Rol N° 24.261-2019, de 21 de octubre de 2019.

Corte Suprema, Rol N° 29.025-19, de 9 de diciembre de 2019.

Corte Suprema, Rol Nº 24.698-2020, de 12 de mayo de 2020.

Corte Suprema, Rol N° 63.389-20, de 8 de junio de 2020.

Corte Suprema, Rol N° 63.444-20, de 9 de junio de 2020.

Corte Suprema, Rol N° 69.871-20, de 12 de junio de 2020.

Corte Suprema, Rol N° 71.991-20, de 19 de junio de 2020.

Corte Suprema, Rol Nº 132.178-2020, de 2 de noviembre de 2020.

Corte Suprema, Rol N° 138.414-20, de 19 de noviembre de 2020.

Corte Suprema, Rol N° 5.155-21, 20 de enero de 2021.

Corte Suprema, Rol N° 149.240-2020, de 16 de febrero de 2021.

Corte Suprema, Rol Nº 76.367-2020, de 23 de febrero de 2021.

Corte Suprema, Rol N° 17.451-21, de 12 de marzo de 2021.

Corte Suprema, Rol N° 19.164-21, de 19 de marzo de 2021.

Corte Suprema, Rol N° 16.974-21, de 17 de mayo de 2021.

Corte Suprema, Rol Nº 6.738-21, de 30 de julio de 2021.

Corte Suprema, Rol Nº 60.837-21, de 9 de septiembre de 2021.

Corte Suprema, Rol Nº 81.085-2021, de 29 de octubre de 2021.

Corte Suprema, Rol Nº 92.634-21, de 27 de diciembre de 2021.

Corte Suprema, Rol N° 69.755-2021, de 2 de febrero de 2022.

Corte Suprema, Rol N° 85.834-21, de 19 de abril de 2022.

Corte Suprema, Rol N° 13.484-22, de 13 de mayo de 2022.

Corte Suprema, Rol N° 11.828-22, de 17 de agosto de 2022.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 11-04, de 12 de febrero de 2004.

Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol Nº 77-2009, de 19 de mayo de 2009.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 941-09, de 27 de julio de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 43-20120, de 28 de enero de 2010.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol Nº 35-2010, de 26 de junio de 2010.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 1206- 2010, de 21 de septiembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Nº 336-2010, de 30 de diciembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 1143-2011, de 28 de mayo de 2011.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 361-2011, de 2 de junio de 2011.

Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol Nº 52-2011, de 21 de junio de 2011.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 536-2011, de 9 de noviembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Nº 113-2012, de 30 de mayo de 2012.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 319-2012, de 21 de junio de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 334-2012, de 6 de julio de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 346-2012, de 13 de julio de 2012.

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Nº 286-2012, de 29 de octubre de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 610-2012, de 5 de diciembre de 2012.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 90-2013, de 11 de febrero de 2013.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol Nº 69-13, de 15 de febrero de 2013.

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Nº 117-2013, de 16 de mayo de 2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 618-2014, de 4 de marzo de 2014.

Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Nº 221-2014, de 10 de julio de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1944-2014, de 21 de noviembre de 2014.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 79-2015, 28 de enero de 2015.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 433-15, de 1 abril 2015.

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol Nº 94-2015, 26 de junio de 2015.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 739-16, de 1 de junio de 2016.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol Nº 95-2016, 25 de noviembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol Nº 116-2016, 28 de noviembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 441-17, de 10 de marzo de 2017.

Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 3-18, de 10 de enero de 2018.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1.172-18, de 4 de julio de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 3212-2018, de 23 de julio de 2018.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol Nº 453-18, de 3 de diciembre de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5649-2018, de 28 de diciembre de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5742-2018, de 27 de febrero de 2019.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 251-19, de 12 de abril de 2019.

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 27-19, de 3 de junio de 2019.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 2341-19, de 25 de septiembre de 2019.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 3.164-2019, de 8 de enero de 2020.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 140-20, de 29 de mayo de 2020.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 3318-2020, de 16 de octubre de 2020.

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Nº 54-21, de 24 de marzo de 2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 2.527-2021, de 27 de septiembre de 2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 2603-21, de 21 de octubre de 2021.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 2636-2021, de 8 de noviembre de 2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 5.264-21, de 23 de noviembre de 2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 4266-2021, de 15 de diciembre de 2021.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 27-2022, de 12 de enero de 2022.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 31-2022, de 9 de febrero de 2022.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 666-2022, de 1 de julio de 2022.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 698-2022, de 7 de julio de 2022.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 837-2022, de 10 de agosto de 2022

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol Nº 467-2022, de fecha 25 de noviembre de 2022.

3º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 286-2018, de 7 de febrero de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RIT N° 1-2019, de 2 de mayo de 2019.

4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 170264150-k, 1 de abril de 2021.

5º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT O-33-2021, de 15 de junio de 2021.

4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1700398060-k, de 13 de diciembre de 2021.

5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Rol N° 96-2019, de 20 de julio de 2022.

Tribunal de Garantía de San Antonio, RUC 1800520600-2, RIT 3.027-2018, de 29 de mayo de 2018.

9° Tribunal de Garantía de Santiago, RUC 1300384594-4, RIT 9458-2013, de 25 de enero de 2021.

8° Tribunal de Garantía de Santiago, Rit N° 4933-2018, de 29 de octubre de 2021.

GLOSARIO

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CBDP	Convención Interamericana para la Eliminación de Toda las Formas de Discriminación contra la Mujer
CBDP	Convención Belén Do Pará
CDN	Convención sobre los derechos del niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
DAVT	División de Atención a las Víctimas y Testigos
DGMN	Dirección General de Movilización Nacional
EIV	Entrevista Investigativa Videograbada
LGBTI	Lesbiana, gay, bisexual, transexual e intersexual
LGBTIQ+	Lesbiana, gay, bisexual, trans, intersexual, queer y otras identidades no incluidas en las anteriores
LOCMP	Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público
NNA	Niños, niñas y adolescentes
OG	Observación General
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPA	Orientación, protección y apoyo a víctimas
PDN	Pauta de Detección de Necesidades
SIAU	Sistema de Información de Atención a Usuarios
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TG	Tribunal de Garantía
TJOP	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
URAVIT	Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos

MANUAL
DE LITIGACIÓN

El mandato constitucional encomendado al Ministerio Público, dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y proteger a las víctimas y los testigos, exige mantenernos en constante actualización y capacitación, para hacer realidad la representación de estos deberes institucionales con un estándar de calidad adecuado a las expectativas de la ciudadanía y dentro del marco de objetividad que nos rige.

Este manual pretende apoyar cada una de estas funciones, con contenidos acotados pero suficientes, siendo un instrumento de lectura fácil, posibilitando su rápida consulta.

Los temas se tratan primeramente en forma teórica, incorporando luego una bajada práctica o más operativa, haciendo referencia a instrucciones o criterios generales de actuación del Fiscal Nacional cuando corresponde, manteniendo en todo caso su carácter estrictamente académico.

En cuanto a la selección de estos temas, los capítulos y sus contenidos se obtuvieron de una consulta a los(as) relatores(as) internos(as) de la Academia, teniendo en cuenta su relevancia para las funciones del Ministerio Público y la problematización o discusión jurisprudencial que ha mostrado la práctica de más de 20 años de litigación penal con participación del Ministerio Público. Salvo el último tema, la incorporación del enfoque o perspectiva de género, que se agregó durante el desarrollo del manual, en atención a que se trata de una necesidad transversal para la litigación actual.