

7. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PROCESAL PENAL

Lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar. Contenido del derecho a la defensa. Sentencia dictada con infracción al derecho de defensa. Tribunal influido por declaración de perito judicial que varía sustancialmente sus conclusiones al declarar en el juicio oral.

HECHOS

Defensa del sentenciado y la querellante deducen sendos recursos de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo absolvió por el delito de femicidio y lo condenó como autor del delito de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de La Serena.*

ROL: *492-2021, de 1 de junio de 2021.*

PARTES: *Ministerio Público con David Espinoza Geraldo.*

MINISTROS: *Sr. Christian Michael Le-Cerf R., Sr. Iván Roberto Corona A. y Abogado Integrante Sr. Pablo Alberto Arriagada D.*

DOCTRINA

El derecho de defensa supone, entre otros aspectos, el que la defensa pueda tener libre acceso a todos los antecedentes que se reúnan durante la investigación de los hechos, con el fin de que pueda, sin obstáculos, elaborar su teoría del caso y estrategias de defensa pudiendo llevar a efecto la contrastación de los medios de prueba invocados por los persecutores. Supone también que la prueba rendida en el juicio se refiera y sea valorada conforme a los hechos de la acusación, los que deben guardar plena congruencia con aquellos que fueron objeto de la formalización de la investigación por el Ministerio Público y, por ende, cualquier actuación en contrario implica una vulneración del derecho en comento, más aún cuando la decisión punitiva del tribunal es adoptada teniendo en cuenta aquello que proviene de la comisión del vicio. Del mismo

modo, y aún cuando en apariencia la transgresión constatada y que origina la infracción al derecho de defensa, no pueda atribuirse directamente a la actuación del tribunal, resulta evidente que su convicción condenatoria abarca la existencia de un delito de femicidio y la participación que, en él, según dejan entrever, habría correspondido al acusado. En efecto, el Tribunal no ha participado de la evidente transgresión al derecho de defensa que se puede atribuir a una perito judicial en cuanto sin base alguna en su informe o en nuevos antecedentes, varía sustancialmente sus conclusiones al declarar en el juicio oral, pero cuando ello influye en la decisión del tribunal éste hace suya dicha anomalía. En este caso resulta palmario que tanto la condena en lo penal, así con la referida a la acción civil, se encuentra orientada por un sesgo dirigido a estimar al acusado como responsable de un delito de femicidio y no de lesiones graves, menos graves y amenazas y, desde ese punto de vista, el tribunal hace suya la vulneración al derecho de defensa, por lo que la causal analizada deberá ser acogida y, en consecuencia, la sentencia deberá ser declarada nula en todas sus partes, así como también el juicio oral en que recayó (considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/57528/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 373 letra a), 374 letra c) del Código Procesal Penal.

PRUEBA PERICIAL SORPRESA

FELIPE MORGAN SIEFER

Pontificia Universidad Católica de Chile

La historia de la muerte de una adolescente de 17 años el año 2017, luego de sufrir agresiones físicas de su pareja masculina, es llevada al conocimiento de un tribunal de juicio oral en lo penal. Tanto en la formalización de la investigación como en la acusación, la fiscalía omite atribuir la muerte de la víctima al imputado, sin mencionar siquiera la ocurrencia de dicho hecho. La omisión no es accidental: en las primeras horas y días luego de la agresión sufrida por la mujer existieron confusos antecedentes que sugerían un eventual envenenamiento deliberado de su parte, y el informe de autopsia elaborado por la legista del Servicio Médico Legal (SML en adelante) indicó que la causa de muerte era un edema pulmonar agudo, sin relacionarlo con las lesiones identificadas en el cuerpo de la víctima. A manos de la policía había llegado incluso un sobre que

habría contenido la sustancia que la mujer habría consumido, identificado posteriormente como una especie de pesticida. Por lo tanto, a juicio del Ministerio Público, las evidencias serían insuficientes para demostrar la responsabilidad del imputado en la muerte de la adolescente. La fiscalía acusa solamente la comisión de delitos de lesiones y amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, cometidos contra la fenecida y sus familiares.

La parte querellante, en representación de la madre de la víctima, discrepa de la postura fiscal: en el resultado del examen toxicológico del cuerpo de la fallecida se indica que no fue hallado resto de pesticida alguno y una perito contratada particularmente determina que el edema pulmonar causante de la muerte sería explicable solamente por la agresión física sufrida a manos del imputado. La querellante, por lo tanto, formula acusación particular atribuyendo al imputado, en su descripción de los hechos acusados, la comisión de un delito de femicidio consumado, a pesar de no existir alusión a la muerte de la víctima en los hechos formalizados por la fiscalía. En la audiencia de preparación del juicio oral, el tribunal dispone eliminar dicha relación fáctica de la acusación del querellante, limitándola solo a la imputación de lesiones en los mismos términos de la acusación fiscal. La defensa, por su parte, niega todo tipo de actuar delictivo del imputado, pidiendo su completa absolución.

En juicio, comparecen familiares de la víctima, quienes habían sido testigos de las agresiones y víctimas, a su vez, de ataques del imputado. El testimonio de la perito del SML corrobora las evidencias de agresiones. El tribunal, en este aspecto, queda convencido de la realidad de las lesiones cometidas por el acusado en contexto intrafamiliar. Sin embargo, la perito del SML, que había confeccionado el informe de la autopsia oficial circunscribiendo la causa de la muerte a un edema pulmonar no relacionado con la agresión del imputado, afirma en juicio algo adicional a lo indicado en su dictamen médico: el edema pulmonar fue causado por una falla multiorgánica producida por deterioros intracraneales ocasionados por las agresiones del imputado. Reconoce que dicha relación causal no fue mencionada en su informe de autopsia y, a mayor abundancia, se ventila ante el tribunal que, en una declaración prestada ante la fiscalía, dos años después de los hechos, había quedado consignado lo siguiente: “a su pregunta respecto de determinar si la causa de muerte edema agudo pulmón se debió a golpes que sufrió la víctima puedo señalar que *no tiene relación con el edema* [*sic*, énfasis agregado]”. Para explicar por qué la relación causal que explicitaba ahora en el juicio no la había mencionado ni en su informe de autopsia ni en su declaración ante fiscalía, indica que no la había señalado porque no se trataba de una relación “directa”, sino que de una “secuencia” de circunstancias (*sic*).

El tribunal estima suficientes las explicaciones de la legista del SML y, gracias a la “corroboración” (*sic*) otorgada por la perito ofrecida particularmente (la que corroboró la –nueva– hipótesis de la perito del SML), considera acreditada la relación causal entre las agresiones y la muerte de la víctima, concordando con la imputación formulada por la querellante. Desestima la versión del perito de la defensa, quien sostuvo la tesis de suicidio por envenenamiento, atendida su inexperiencia práctica en la ejecución de autopsias y el desconocimiento evidenciado respecto a ciertas materias, entre otras razones. Por apego al principio de congruencia, sin embargo, se ve impedido de condenar por el delito de *femicidio* y reprocha, de paso, al Ministerio Público por no haber formalizado también al condenado por la muerte de la víctima. No obstante, considera el resultado de muerte como una de las circunstancias a sopesar al momento de determinar concretamente la pena por el delito de lesiones graves en contexto intrafamiliar, ordenando aplicar dicha pena en la mayor cuantía posible (cinco años de presidio menor en su grado máximo).

La defensa recurre de nulidad. Arguye que no ha podido prepararse suficientemente: previo al juicio oral, solamente existía una pericia que atribuía la muerte de la víctima al actuar del imputado –pericia que además era privada y ofrecida solo por la querellante–, y confiaba en que la legista del SML fuera a confirmar la tesis contraria. Si bien la defensa de todas formas ofreció a un perito privado como defensa, esgrime que, respecto de la perito del SML no pudo realizar un contrainterrogatorio informado. En cuanto a la trascendencia del vicio alegado, señala que, sin perjuicio de no haberse condenado al imputado por el *femicidio*, el tribunal sí le atribuyó el resultado fatal y se amparó en él para dictar la pena más alta posible dentro del marco legal, por lo que la convicción del adjudicador sobre ello y la valoración de la prueba que le permitió refrendarla han tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

La Corte Suprema reconduce la causal de nulidad esgrimida por la defensa (letra a del art. 373 del Código Procesal Penal) a la de la letra c del art. 374: “[c]uando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga”. La Corte de Apelaciones acoge el recurso, fundamentalmente por los argumentos señalados por la defensa.

A mi juicio existen dos puntos dignos de destacar y comentar respecto del presente caso. En primer lugar, la información sorpresiva introducida por la prueba pericial y el tratamiento que corresponde para este tipo de casos y, en segundo lugar, la posibilidad de que hubiera existido una afectación del principio de congruencia, a pesar de la aparente salvaguarda de aquel que habría realizado el tribunal *a quo*. Al primer punto, que me parece es el núcleo de lo tratado por la corte, me referiré extensamente en este comentario, analizando el campo admitido de sorpresa en el contexto de prueba testimonial con el objeto

de contrastarla con la tolerabilidad de la sorpresa en la prueba pericial. Sobre el segundo punto solo realizaré una breve observación al final.

I. SOBRE LA PRUEBA SORPRESA

La principal controversia tratada por el fallo es la suscitada por la afectación al derecho de defensa que puede provocar la denominada *prueba sorpresa*, esto es, la introducción de información en el juicio oral que no se corresponde con lo investigado y registrado en los antecedentes de la etapa indagatoria.

Quizás la expresión más clara del interés de nuestro Código Procesal Penal (CPP en adelante) en restringir la posibilidad de que se produzca *prueba sorpresa* en el juicio oral se encuentra en la carga que tienen los intervinientes de transparentar y dejar asentados en la audiencia de preparación de juicio oral los medios de prueba que ofrecerán, fijándolos perennemente en el auto de apertura. Pero, sin perjuicio de su carácter fundamental, tal requisito no es suficiente. Por cierto, los medios de prueba consistentes en documentos, videos, imágenes u otras evidencias pueden percibirse y comprenderse sin mediar la intervención de un humano, de forma tal que pueden ser completamente conocidos antes del juicio¹. Pero, paradójicamente, los medios de prueba más importantes, la prueba testimonial y la pericial, nunca serán conocidos a cabalidad sino en dicha oportunidad. Aun cuando en el auto de apertura queden consignados los nombres de las personas que declararán y los puntos sobre los que se pronunciarán, tanto la prueba de testigos como la de peritos son medios probatorios cuya fuente de prueba es un ser humano. Humanos que declaran sin libreto y que, hasta cierto punto, pueden manifestar lo que se les plazca. Ello provoca que este tipo de pruebas sea un campo fértil para la introducción de elementos sorprendivos en el juicio oral. Por lo tanto, ¿qué nivel de correspondencia o identidad debe existir entre lo declarado o dictaminado durante la investigación por un testigo o un perito, respectivamente, con lo que estos depongan efectivamente en el juicio oral para que no se vea afectado el derecho de defensa? En otras palabras, ¿cuál es el nivel tolerable de sorpresa probatoria en las declaraciones de testigos y peritos?

1. *La sorpresa en la prueba testimonial*

Respecto de los testigos, el CPP no exige explícitamente que solo los testigos que hayan prestado declaración en la etapa investigativa puedan ser ofrecidos

¹ Salvo los casos del art. 336 del Código Procesal Penal.

como medio de prueba en juicio. Para limitar la posibilidad de la *prueba sorpresa* en materia de prueba testimonial, a nuestra normativa procesal pareciera satisfacerle simplemente que los testigos sean individualizados en las acusaciones y que se indiquen los puntos sobre los que van a declarar, sin exigir que se detalle *lo* que van a declarar². Aparentemente, entonces, la posibilidad de introducir información nueva y desconocida por parte de los testigos sería amplísima, teniendo como límites solo que la información que aporten se enmarque dentro los puntos de prueba fijados en el auto de apertura.

Sin embargo, la consagración del derecho del imputado y de su defensa a conocer el contenido de la investigación³ y el deber correlativo, para los órganos persecutores, de dejar registro de los antecedentes investigativos⁴, permitiendo al imputado el acceso a ellos⁵, sumado a las comprensiones dogmáticas del derecho fundamental al debido proceso y a la defensa –que incluirían dentro de sus vertientes al derecho a conocer los antecedentes de cargo–, suplican ser considerados para la dilucidación del asunto, so pena de ser letra muerta. De lo contrario, ¿qué utilidad tendría la facultad de poder conocer la evidencia de cargo compilada y consignada en la carpeta investigativa si en el juicio oral, el cénit del procedimiento penal, pudieran ofrecerse testigos que no fueran ni mencionados en los registros de la investigación? Como *mínimo*, dichas disposiciones y garantías exigen que *alguna referencia* deba existir en los documentos y antecedentes de la carpeta fiscal a los medios de prueba de cargo.

Pero no pueden soslayarse, sin más, los escuetos requisitos que el art. 259 establece para los testigos que se ofrecen, la ausencia de una obligación expresa de que el Ministerio Público deba tomar declaración a todo testigo⁶ y el contras-

² Art. 259 del CPP.

³ Letra e), art. 93, del CPP.

⁴ Arts. 227 y 227 del CPP.

⁵ Art. 182 del CPP.

⁶ El inciso primero del art. 181 del CPP pareciera instituir justamente la obligación cuya inexistencia se denuncia: “Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y *se consignarán sus declaraciones*” (énfasis agregado). Se podría interpretar que el carácter imperativo en que se formula la disposición citada pretendería consagrar una obligación sobre la forma en que los fiscales deben desarrollar sus investigaciones, determinándolos a realizar incondicionalmente determinadas diligencias investigativas en todo tipo de casos, a la usanza del antiguo Código de Procedimiento Penal (que, respecto de determinados delitos, ordenaba la realización de determinadas diligencias). Sin embargo, ello resulta impropio si se lee en el contexto del nuevo proceso penal, que faculta al fiscal a decretar las diligencias que “*considerare* conducentes al esclarecimiento de los hechos” (énfasis agregado; inciso primero del art. 180 del CPP), permitiéndole poner término anticipado a los procedimientos y propender a salidas alternativas, y que lo compele

a ocupar eficientemente los recursos, desempeñándose con agilidad, simplicidad y rapidez (art. 6° de Ley N° 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público). En dicho contexto normativo, la disposición del art. 181 no puede ser interpretada sino como una norma meramente orientadora, cuya aplicación bruta en modo alguno puede ser exigible en la tramitación de cada causa penal, y que no busca más que destacar la amplitud de métodos indagatorios que se pueden utilizar en la investigación penal, la posibilidad de encargar su ejecución a las policías (dada la referencia que realiza el art. 79 a este artículo, regulando las labores auxiliares de las policías) y reforzar el deber de registro de las actividades investigativas. En definitiva, corresponde al fiscal determinar, conforme a todos los principios, funciones y criterios que lo rigen, a qué testigos es necesario tomarles declaración. Y entre dichos factores podrá naturalmente considerar, como razón para no tomar declaración a un testigo, que ni el art. 259 ni ninguna norma de la etapa preparatoria del juicio oral ni del juicio propiamente tal exige que los testigos deban haber prestado declaraciones previamente ante fiscal o policía para poder deponer legítimamente ante un tribunal.

Cabe hacer presente que en fallos de la Corte Suprema (sentencias roles N°s. 149240-2020 y 21784-2021) en que se han rechazado los recursos de nulidad deducidos por defensas en esta materia, el ministro Llanos ha efectuado prevenciones en las que afirma que sí existiría la obligación de registrar declaración de todo sujeto que se ofrezca como testigo de cargo, la que emanaría de la facultad que tienen los litigantes, establecida en el art. 332 del CPP, de leer declaraciones previas de los testigos en la audiencia de juicio. No me resulta convincente dicho argumento. Sin perjuicio de la relevancia de los derechos a la confrontación y al contrainterrogatorio, el reconocimiento de estos de ningún modo conlleva un derecho a contar siempre con declaraciones previas que puedan ser esgrimidas para ayudar a la memoria, demostrar o superar contradicciones, o solicitar aclaraciones de los testigos. El derecho procesal a confrontar a los testigos con sus declaraciones previas existe, pero siempre que dichas declaraciones previas también existan y que contengan información útil para los fines establecidos en el 332. De no entenderlo así, se daría la paradójica situación de que el ordenamiento estaría exigiendo que los testigos de cargo presten declaraciones mendaces durante la investigación, pues solo de dicha forma la defensa podría ejercer su “derecho a evidenciar contradicciones”, y, utilizando el mismo razonamiento con otras normas legales, también debiéramos exigir que en todo juicio se ofrezcan *objetos* como medios de prueba, pues solo así se podría ejercer el “derecho a examinar los objetos” que se consagraría en el art. 333. Y así, *ad eternum*. En definitiva, cada vez que la ley admita que bajo ciertos supuestos procesales los intervinientes puedan realizar determinadas actuaciones procesales, entonces sería obligatorio, en todo evento, que dichos supuestos procesales deban verificarse, pues, de lo contrario, se estaría negando el derecho a realizar dicha actuación. El razonamiento es evidentemente circular; simplemente, el efecto no puede preceder a la causa ni el derecho que nace producto de determinados presupuestos comprender a la vez el derecho a dichos presupuestos. Ahora bien, diferente es argumentar que el derecho a confrontar a un testigo con antecedentes de la investigación se puede ver inobservado producto de que el art. 332 limita la posibilidad de contrastar la declaración en juicio solamente con declaraciones ante fiscalía o juzgados de garantía, y no con otros antecedentes. Sin embargo, ni siquiera la exigencia de que todo testigo de cargo deba contar con declaraciones de dicha índole subsanaría necesariamente ese problema, pues nada puede asegurar que en dichas declaraciones exista la información, constatada en otros registros de la investigación, con que se quiera confrontar al deponente. De todas formas, la limitación del art. 332 ha solido ser franqueada por los tribunales interpretándola como una restricción aplicable solo a la parte persecutora, y no a la defensa, admitiendo así la confrontación de los dichos de los testigos con declaraciones prestadas ante las policías, registradas en actas policiales, etc. (a pesar de la evidente tensión que tal laxitud genera con el art. 334 del CPP).

tante tratamiento que realiza el CPP para la admisibilidad de la prueba pericial, respecto de la cual sí exige, expresamente⁷, que deba haber sido precedida de la entrega de un informe pericial escrito. También cabe considerar que el art. 336 del CPP admite no sólo un ejemplo categórico de prueba sorpresa, al habilitar la posibilidad de ofrecer medios de prueba no propuestos con anterioridad, sino que en materia de la denominada *prueba sobre prueba* del inciso segundo de dicha disposición establece como requisito para ella que no haya sido previsible la necesidad de dicha prueba. Es decir, la norma legal prevé la posibilidad de que surja información en el juicio tan imprevista, y que produzca controversias tales, que sea necesario ofrecer nuevos medios de prueba para resolverlas, sin poner reparos a ello.

Lo razonable, por lo tanto, ante las solicitudes de las defensas de que se excluyan pruebas testimoniales por la inexistencia de declaraciones previas⁸ o de que se anule un juicio por la declaración de un testigo que no hubiere declarado previamente, fundadas en que constituirían medios de prueba sorprendidos, es que se pondere si la ausencia de una declaración anterior efectivamente impidió a la defensa poder prepararse a su respecto o si otros antecedentes de la carpeta investigativa podrían haber sido suficientes⁹. Es ese el análisis que ha efectuado la Corte Suprema, la que ha desechado la existencia de una “obligación del órgano persecutor de tomar declaración a todo testigo que pretenda presentar en juicio”¹⁰, asilándose en el carácter desformalizado de la investigación que debe impulsar el Ministerio Público. La carga de informar a la defensa sobre el contenido de las pruebas testimoniales que se ofrezcan se satisfaría con la existencia de información en la carpeta investigativa que permita dilucidar aquello, aun cuando no consten declaraciones formales. La Corte ha sintetizado su razonamiento en la fórmula, reiterada en múltiples fallos (conociendo de recursos deducidos por

⁷ Art. 315 del CPP.

⁸ Dichas solicitudes se asilan en una interpretación amplia de la facultad de excluir la prueba ilícita (amplia, pues la norma admite la exclusión de la prueba *obtenida* con inobservancia de garantías fundamentales, pero en este tipo de casos la inobservancia de garantías pareciera más bien manifestarse en el *ofrecimiento* de la prueba) en relación con los arts. 181, 227 y 228 del CPP.

⁹ Por ejemplo, ¿es necesario consignar una declaración del funcionario policial que tomó fotografías del sitio del suceso, o acaso la incorporación de dichas fotografías en la carpeta investigativa con la firma del funcionario y la indicación de la fecha, lugar y hora en que fueron tomadas es suficiente para prever que el funcionario declarará precisamente sobre que tomó dichas fotografías en determinados lugar, fecha y hora, y sobre lo que en ellas quedó fijado fotográficamente?

¹⁰ Corte Suprema, sentencias roles N°s. 73836-2016, 2179-2018, 33771-2017, 127241-2020, 139835-2020, 149240-2020 y 21784-2021.

infracción de garantías), de que la defensa debe acreditar que la ausencia de una declaración previa le haya ocasionado una “*efectiva sorpresa que impidió el riguroso contraste del testimonio en el juicio ocasionando un trascendente perjuicio al recurrente*”¹¹ (énfasis agregado).

En otras palabras, la defensa debe demostrar que la información nueva aportada por el testigo no ha podido inferirse de los antecedentes de la investigación, siendo tan desconocida que no hubiere podido prepararse para enfrentarla (p. ej., que no haya podido solicitar diligencias, consultar a su representado o conseguir información, en general, que permitiera corroborarla o desacreditarla), perdiendo la posibilidad de contrainterrogar de manera informada a dicho testigo, a otros testigos respecto a ese punto o de ofrecer prueba de descargo al respecto, y que producto de dicha indefensión, haya sufrido un perjuicio con trascendencia. Trascendencia que, en una de las formas en que suele ser entendida por la Corte Suprema, se verificaría solo en la medida en que se demuestre que, de haber podido la defensa confrontar dicha información sorpresiva, el tribunal habría tomado una determinación más favorable al imputado en la parte dispositiva de fallo¹².

¹¹ Este criterio es el que ha sido utilizado por la Sala Penal de la Corte Suprema en los fallos enumerados en el anterior pie de página.

¹² Sobre las formas en que la Corte Suprema entiende la exigencia de trascendencia, véase DEL RÍO FERRETTI, Carlos, “El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno”, en *Política Criminal*, vol. 13, N° 25 (2018), pp. 328 y ss. Es el concepto de trascendencia que el autor expone en el numeral 3.3, p. 335, el que es mencionado en este trabajo. Nótese que en los fallos que contienen prevenciones del ministro Llanos (mencionados en la nota 6) es justamente la falta de trascendencia, entendida en este modo, la que a juicio de dicho ministro habría impedido anular las sentencias respectivas, pues habrían existido otros medios probatorios suficientes para que el tribunal *a quo* alcanzare su convicción condenatoria, aun cuando hubiera desaparecido la información supuestamente sorpresiva introducida por testigos.

Por cierto, no hay duda de que la exigencia de trascendencia o perjuicio consagrada en el art. 375 del CPP sería procedente cuando se invoque el motivo de nulidad del art. 373 letra A (como es el caso de los fallos con disidencia de Llanos). Pero, conforme a la doctrina clásica, que afirma que dicho requisito no procedería respecto de los motivos absolutos de nulidad del art. 374, no sería necesario acreditarla si se estimara que la admisión y valoración positiva de la prueba sorpresa constituyera el motivo absoluto de nulidad de impedimento del ejercicio de facultades de la defensa (letra c), como en el caso en comento. Por lo tanto, en este caso y conforme a dicha doctrina, no habría sido necesario demostrar la trascendencia de esta prueba sorpresiva en lo dispositivo del fallo. De hecho, aunque la defensa sí argumentó sobre la trascendencia del vicio, la corte pareció satisfacerse solamente con la afectación al derecho de defensa para declarar la nulidad de la condena. Sin perjuicio de ello, desconozco la real aplicación práctica de esta interpretación en la jurisprudencia mayoritaria. Como defensores de dicha interpretación, léase a DUCE JULIO, Mauricio. *Proceso penal*, 1ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile (2007), p. 521; HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno, Tomo II*,

Como se puede apreciar, de manera coherente con el carácter estricto del recurso de nulidad, el estándar exigido es alto y, por consiguiente, se puede reconocer un amplio nivel de tolerancia legal y jurisprudencial (al menos por el tribunal superior de nuestro país) a la información sorpresiva que puede aportar un testigo en juicio oral.

Sin embargo, paradójicamente, a pesar de las energías agotadas por tantas defensas en la denuncia de su ausencia, la efectiva existencia de declaraciones previas de los testigos no asegura una disminución de la posibilidad de sorpresa. Ello, pues el CPP, a diferencia de lo relativo a la declaración judicial de los testigos, nada dispone sobre el contenido que deben tener los registros de las declaraciones investigativas de testigos, y menos sobre el nivel de detalle y exhaustividad de que deben gozar¹³. Ni siquiera existe una exigencia, como sí existe respecto de la declaración en juicio oral, de que el testigo dé “razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarar”¹⁴. Así, tal como se puede observar en la práctica, las declaraciones investigativas pueden contener información tanto o más detallada que la que puede dar un testigo en juicio oral, o ser tan escuetas que los datos de individualización ocupen más espacio que el propio contenido de la declaración¹⁵.

Quizás la única forma indirecta en que el CPP se refiere al contenido de las declaraciones investigativas es la que puede apreciarse en el art. 332, cuando este permite la demostración de *contradicciones* entre el testimonio en juicio oral y lo manifestado en declaraciones previas. Sin embargo, queda en manos del tribunal del juicio determinar la consecuencia, a nivel de valoración probatoria, de las discrepancias testimoniales que constate. La razonabilidad de las explicaciones que otorgue el perito o testigo sobre las incoherencias o contrariedades en las que incurra son las que finalmente definirán la verosimilitud de su testimonio o pericia¹⁶. Es cuando la novedosa información que aporte en juicio (sea que

1ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 417; MATURANA MIQUEL, Cristián y MOSQUERA RUIZ, Mario, *Los recursos procesales*, 1ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 338.

¹³ Art. 190 del CPP.

¹⁴ Art. 309 del CPP.

¹⁵ Ejemplo paradigmático de estos casos son las declaraciones policiales manuscritas, tomadas en la vía pública, que constituyen más bien actas de empadronamiento de testigos que transcripciones de una verdadera declaración.

¹⁶ Normal es que los testigos aclaren las contradicciones u omisiones culpando a una mala transcripción por parte del policía o funcionario del Ministerio Público que haya tomado la declaración, a meros olvidos o confusiones causadas por las circunstancias en que declaró o, en caso de omisiones, a que simplemente no se les preguntó durante la investigación sobre lo que novedosamente declara en el juicio oral. Las declaraciones manuscritas, en que probablemente

hubiere sido omitida en la declaración investigativa o sea que fuere derechamente contradictoria con lo que hubiere afirmado en ella) resultara verosímil para el tribunal –por lo que tendrá valor probatorio e incidirá en la convicción que adquieran los jueces– que debe nacer la pregunta acerca de si se trata de una prueba sorpresa intolerable para el ejercicio del derecho de defensa. Para resolverla, no hay razones para que no pueda ocuparse la misma óptica utilizada por la Corte Suprema en los casos de ausencia de declaraciones investigativas. No puede presumirse que, por la sola existencia de una declaración investigativa, sea menor o mayor la probabilidad de que la información nueva que se incorpore en el juicio por el testigo sea más o menos sorpresiva, especialmente considerando la pobreza informativa que puede tener una declaración previa. En definitiva, ya sea que exista en un acta, un informe policial o una declaración formal, lo decisivo es que en los registros de la investigación consten los elementos suficientes para poder prever y enfrentarse a la información que se introduzca en el juicio.

Ahora bien, la introducción de información nueva en juicio no es necesariamente una señal de alarma. Que el testigo o perito puede introducir datos novedosos al juicio, no conocidos previamente por los intervinientes, es una característica, de hecho, intrínseca al sistema de enjuiciamiento oral: el tribunal debe escuchar al testigo/perito personalmente, expresándose con las palabras que él escoja, y no escuchar solo lo que el abogado litigante quiere que diga o lo que se registró en nombre del testigo por el funcionario de turno, ni tampoco se puede esperar que el testigo relea un informe pericial que aquel pudo haberse limitado a “copiar y pegar”.

Después de todo, lo recopilado en la denominada “carpeta investigativa” no es más que un registro para asegurar un conocimiento suficiente por parte de la defensa de los antecedentes de cargo y dar cierto orden al trabajo investigativo fiscal, pero es el juicio oral el momento en que el testimonio o pericia se convierte en prueba y cobra su real trascendencia. Es dicha oportunidad el momento en que los testigos y peritos deben declarar exhaustivamente, conforme a los requerimientos de los mismos intervinientes. Si la deposición en juicio tuviera que ser una reproducción idéntica de lo declarado anteriormente, la carpeta investigativa sería de facto un expediente judicial y la declaración en juicio una suerte de evaluación de la memoria del testigo para que pueda repetir calcado lo que hubiere señalado en las etapas previas. Si se quisiera una congruencia

ni los testigos logran entender a cabalidad qué es lo que el funcionario policial deja por escrito y redactadas quizás en el curso de presurosos procedimientos en contexto de flagrancia, son un campo fecundo para este tipo de problemas y explicaciones posteriores.

absoluta entre lo investigado y lo expuesto en juicio, la centralidad del juicio oral en el proceso penal desaparecería. Incluso, es a la defensa a la que generalmente le interesará que testigos/peritos expongan en el juicio oral datos no divulgados anteriormente, como la información relativa a defectos de la prueba testimonial/pericial que podrían haber quedado ocultados, disfrazados o morigerados en su correlato preliminar en la carpeta investigativa.

2. *La sorpresa en la prueba pericial*

El amplio campo que nuestro ordenamiento dejaría abierto para la introducción de información novedosa en juicio oral por parte de los testigos, sin embargo, no puede ser predicado del otro medio de prueba que tiene como fuente a un ser humano: la prueba pericial. Atendido a que permite la introducción de opiniones y conclusiones fundadas en conocimientos que, por su propia naturaleza, escapan de la cultura propia de los juzgadores y litigantes, la valoración de la prueba pericial es, en gran medida, una *cuestión de fe*. Fe en que lo que dice el perito es cierto, porque confiamos en que el perito sabe de lo que habla.

Sin contradecir los meros principios de la lógica y las máximas de la experiencia, el juez podrá ponderar sin problemas el valor probatorio del relato de un testigo lego que afirme que observó presencialmente al imputado transformarse en un lobo y luego atacar a la víctima. Aun cuando no se hubiere levantado duda alguna respecto a la credibilidad del testigo anteriormente, el juez estará capacitado, por sí solo, para poder concluir la falsedad (o al menos extrema improbabilidad) de la afirmación del testigo. Pero si un médico forense, con supuestas credenciales no controvertidas por los intervinientes, afirmara –invocando estadísticas y artículos científicos– que es posible determinar con una certeza del 99% que las marcas de una mordedura en la piel de la víctima pueden atribuirse a la dentadura del imputado, ¿con qué fundamento podría un inexperto en la materia refutar tal afirmación y negar que sea un principio científicamente afianzado? Lo preocupante es que tal afirmación y sus fundamentos podrían resultarle tan irrisorios a un verdadero experto en la materia como a un lego le puede resultar la del imputado hombre-lobo. Y, sin embargo, a menos que dicha información fuere analizada por el verdadero experto y este alertare de los defectos de ella al litigante interesado, de forma tal que dichos yerros sean expuestos en el juicio, los sabiondos juristas que tomen parte en el litigio y los que decidan su resultado podrían determinar la libertad o reclusión de una persona fundados en las pachotadas de un charlatán. Oculta bajo los títulos y diplomas del perito, puede introducirse subrepticamente a juicio información de pésima calidad, sin que nadie repare en ello. El asunto adquiere mayor gravedad

cuando se considera que la mala prueba pericial juega, estadísticamente, “un rol decisivo en la condena de inocentes”¹⁷.

Es el gran valor probatorio y persuasivo de la prueba pericial y la particularidad de que sean terceros (o abogados muy informados) los únicos que pueden sopesar y ponderarla en su plenitud, lo que hace imprescindible que sea posible que los intervinientes puedan realizar un acabado análisis de dicha prueba. Solo así será posible que la contraparte pueda planificar la delicada estrategia que emprenderá frente a ella, ya sea decidiendo conceder su validez o prefiriendo enfrentarla (efectuando un informado contrainterrogatorio u ofreciendo prueba de descargo, como otro perito). Pero, como es obvio, no puede haber un acabado análisis si dicha prueba pericial no es transparentada previamente, y de forma completa, a la contraparte.

Para suerte nuestra, el CPP ha tenido presente la particularidad de la prueba pericial y el peligro que encierra, y ha establecido expresas obligaciones en la materia. A diferencia de la prueba testimonial, para la admisibilidad a juicio de la prueba pericial es requisito legal *sine qua non* que se presente un informe escrito¹⁸, justamente para garantizar la posibilidad de que pueda estudiarse previamente lo que el perito manifestará. Sin matices, el profesor Duce estima que, dado que el contraexamen de un perito “impone exigencias de preparación al litigante muy superiores a las de un testigo lego” y que es “siempre un ejercicio extremadamente complicado”¹⁹, el acceso previo al informe pericial escrito “pareciera ser la única herramienta que asegura un adecuado ejercicio del derecho de confrontación”²⁰, de modo tal que, sin él, “esta tarea se hace imposible”²¹.

Y –también a diferencia de la prueba testimonial– nuestro CPP no solo exige la presentación del dictamen escrito, sino que adicionalmente establece exigencias relativas al contenido mismo de aquel, ordenando que en su desarrollo se describan los *objetos* de análisis, se detalle el *método* utilizado por el experto y se expresen las *conclusiones* a las que se haya arribado²², todos elementos claves para la debida intelección de la opinión pericial por parte de los intervinientes (en contraste con el absoluto silencio del CPP respecto al contenido que deben tener las declaraciones investigativas de los testigos).

¹⁷ DUCE JULIO, Mauricio, *La prueba pericial*, 1ª ed. Argentina: Ediciones Didot (2014), p. 49.

¹⁸ Art. 315 del CPP.

¹⁹ DUCE, *La prueba pericial*, ob. cit., p. 136.

²⁰ DUCE, *La prueba pericial*, ob. cit., p. 152.

²¹ DUCE, *La prueba pericial*, ob. cit., p. 151.

²² Art. 315 del CPP.

En definitiva, casi la totalidad de los argumentos para defender la tolerancia flexible de la información sorpresiva que puedan aportar los testigos carece de valor en materia pericial, dadas las insoslayables exigencias del texto legal. Concedido que toda información experta que aporte un perito solo puede ser juzgada a cabalidad por un ojo también experto, una exposición en juicio que se aparte sustancialmente de lo registrado en el registro investigativo preliminar puede producir una absoluta indefensión para los abogados. Quizás solo recurriendo a un especialista podría el abogado siquiera entender la relevancia y defectos de un método o conclusión entregados recién en el juicio y, por supuesto, no es el contexto de un interrogatorio judicial el mejor momento para hacer llamadas telefónicas de auxilio al amigo experto. Tampoco la facultad legal del inciso segundo del art. 336, de presentar *prueba sobre prueba*, podría bastar para enfrentar el dato pericial sorpresivo, pues el litigante podría no tomar siquiera cuenta de la necesidad o posibilidad de enfrentar la información nueva y, aunque se pudiera presentar a otro perito para enfrentarla, el análisis de lo expuesto novedosamente podría requerir de un tiempo y preparación incompatibles con la continuidad del juicio oral.

En conclusión, la insistencia del CPP en la publicitación previa que debe hacerse del informe pericial, y el detalle que este debe contener, refleja una expectativa categórica de congruencia entre la exposición escrita compartida a los intervinientes y la presentación oral del perito en el juicio.

3. Sobre la sorpresa en el juicio del fallo comentado

Un ejemplo paradigmático de incongruencia entre el informe escrito y la declaración del perito es la del caso objeto de este comentario. La declaración judicial de una médico del SML consistente en afirmar que las lesiones provocadas por el imputado causaron el edema pulmonar que produjo la muerte de la víctima, habiéndose consignado en el expediente fiscal que su opinión experta era que dichos golpes *no tenían relación* con el edema, es definitivamente una declaración sorpresiva (aun cuando intentara relativizar la incompatibilidad de una y otra conclusión afirmando que lo que no existía era una relación “directa”, sino que había existido una “secuencia”). Tan sorpresiva resultaba la declaración que tanto la formalización de la investigación como la acusación formulada por el Ministerio Público se sustentaban sobre el razonamiento original de la experta, registrado en la carpeta investigativa. Tan novedosa que la parte querellante había decidido recurrir a una perito particular para acreditar esa misma tesis. Y, por cierto, tan relevante que de hecho el tribunal la consideró como fundamento para estimar que el imputado sí había causado la muerte de la víctima, considerando

esto *corroborado* por la prueba pericial de la querellante, aplicando por ello la mayor pena posible.

Sin embargo, cabe matizar que lo sorprendente, más que la información aportada por la perito, fue que fuera *dicha experta* quien la introdujera. Ello, pues no solo existía una pericia particular que defendía prácticamente la misma tesis²³, sino que la defensa incluso había ofrecido una pericia propia para refutar tal tesis. En otras palabras, no solo la hipótesis homicida era conocida por la defensa, pues conocía el dictamen pericial ofrecido por la querellante, ¡sino que incluso había podido ofrecer prueba de descargo para refutarla!

Empero, tratándose de la prueba pericial, para cuya valoración cobra especial relevancia no sólo *lo* que se declara, sino también *quién* lo declara, la circunstancia de que un perito aporte información diametralmente diferente a la que se esperaba que declarara —por más que fuera información que se ventilaría de una u otra forma en el juicio— sí cobra relevancia. Pues la información que introduce el perito en el juicio no es solo lo que afirma o niega, sino que también la idoneidad y calificación personal por la cual puede afirmarlo o negarlo (p. ej., no es lo mismo que un psicólogo declare sobre la patología mental de un imputado a que lo haga un médico psiquiatra o un neurólogo y, dependiendo de quién provengan, son distintas las técnicas para confrontar las aseveraciones de cada uno de ellos). En el presente caso, la pertenencia de la perito al SML, cuya oficialidad suele revestir a los profesionales de dicha institución de mayor credibilidad e imparcialidad y, por lo tanto, de un sutil mayor valor probatorio, es justamente uno de los elementos que intensifican la gravedad y repercusión de la sorpresa. Bien podría afirmarse que la defensa podría haber presentado mayor o mejor prueba de descargo si hubiera tenido conocimiento de que tanto la perito estatal como la particular respaldarían la tesis homicida.

II. ¿Y LA CONGRUENCIA?

Ahora bien, sin perjuicio de la gravedad del problema generado por la prueba pericial ya analizada, concentrarse exclusivamente en ella impide reparar en el gran elefante en la habitación: ¿por qué el imputado tendría siquiera que preocuparse de una imputación pericial y una acusación particular, por algo tan grave como el femicidio, por la cual nunca se formalizó la investigación seguida en su contra? Por supuesto que, en la eterna discusión sobre las facultades amputadas del querellante en el proceso penal y su (im)posibilidad para acusar por hechos y circunstancias no formalizadas por el Ministerio Público, existen visiones que

²³ Sin perjuicio de que la perito particular ofreció, además, una hipótesis alternativa, pero no excluyente, para explicar la relación entre la agresión y la muerte de la víctima.

flexibilizan las exigencias legales a fin de extender las facultades del querellante y la competencia del tribunal para condenar por elementos que no fueron objeto de formalización alguna. Sin embargo, dicho debate no tuvo relevancia para el tribunal *a quo*, pues este desechó la hipótesis, reconociendo estar sujeto a la prohibición de condenar por hechos que no se hubieran formalizado. Y por ello es que solo al momento de determinar en concreto la magnitud de la sanción, dentro del marco legal de la pena asignada al delito de lesiones formalizado y condenado, recurrió a la muerte de la víctima como un factor meramente exasperante de tal sanción.

Pero lo cierto es que, aun cuando no se aplicó la pena del femicidio al condenado, es evidente que la sentencia atribuye la muerte de la víctima al imputado y se la reprocha de modo tal que hasta le asigna un efecto intensificador en la magnitud de la sanción. La misma corte, refiriéndose a la decisión del tribunal *a quo*, señaló en su fallo que “resulta evidente que su *convicción condenatoria* abarca la existencia de un delito de femicidio” (énfasis agregado). En definitiva, el tribunal de la instancia, ¿no declaró, de hecho, que el imputado sí cometió femicidio y lo sancionó de una forma especial por ello? Y, si es así, ¿no es eso una condena? Por lo tanto, considerando el correlato entre formalización y acusación exigido en el inciso final del art. 259 del CPP, y luego especialmente la formulación del art. 341 del CPP (“La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá *condenar* por hechos o *circunstancias* no contenidos en ella”), ¿no constituiría esta condena una infracción al principio de congruencia, subsumible en el motivo absoluto de nulidad de la letra f del art. 374? ¿O la determinación de extensión del mal causado, conforme a los parámetros del art. 69 del Código Penal, puede fundarse en cualquier tipo de antecedente y habilitaría incluso a declarar la responsabilidad del imputado sobre otros ilícitos que el sentenciador mismo sabe que no puede formalmente condenar? Da la impresión de que algún límite debe existir entre considerar como factores, en el análisis de la extensión del mal causado, las consecuencias lesivas naturales, previsibles e imputables al delito condenado, y considerar la comisión de otros delitos que no pudieron ser objeto del juicio, sobre todo cuando dicho ilícito distinto *deliberadamente* no fue perseguido por el Ministerio Público. Dado que el punto admite un desarrollo que escapa del núcleo de este comentario, me limito solamente a dejar la inquietud planteada.

III. CONCLUSIÓN

Puesto que las sentencias no pretenden instituir verdades históricas, sino solo cumplir con su fin procesal penal, estableciendo responsabilidades individuales

con base en parcialidades de la realidad, depuradas por criterios de utilidad, estrategia y legalidad, la mera lectura de una sentencia definitiva nunca nos permitirá conocer ni comprender a cabalidad lo verdaderamente sucedido en el hecho investigado ni en su tramitación procesal. Por lo tanto, sin conocer los entretelones del litigio, no corresponde enjuiciar categóricamente a ninguno de los litigantes ni deponentes en juicio por las conductas que la sentencia les atribuye. Pero ello no nos impide afirmar, desde la perspectiva de que la decisión condenatoria debe fundarse en información jurídicamente admisible, que no puede ser considerada, para dicha decisión, una conclusión pericial tan groseramente diferente a la consignada en la investigación. Por cierto, no es posible, ni legalmente exigible ni deseable, que se impida a todo declarante en juicio aportar información novedosa. Pero si quien lo realiza no solo es un perito, sino que además aporta dicha información sorpresiva en el ámbito de las conclusiones de su análisis experto, y llanamente se extiende a responsabilizar al imputado por la producción de un delito diferente y más grave que el juzgado, la novedad del aporte cruza los límites de lo aceptable. En conclusión, parece razonable la decisión de la corte de acoger el recurso de nulidad deducido por el imputado, pues a ninguna defensa puede exigírsele que enfrente, diligentemente, un ataque sorpresa desde el insondable campo pericial.

Pero, por más razonable que pudiera ser lo resuelto por la corte, cierto es que lo decisivo, valga la redundancia, es lo que se decide. Y en el campo del recurso de nulidad, curiosamente, nuestro ordenamiento no les entrega la última palabra a los tribunales superiores. Puesto que no existía razón para excluir el informe pericial en sus términos originales, la corte, luego de declarar la nulidad del juicio, ordenó realizar el nuevo juicio bajo los mismos parámetros del original. Atendida la imposibilidad de deducir un nuevo recurso de nulidad contra la sentencia del segundo juicio y no existiendo disposición legal que obligue al tribunal a fallar al gusto de la corte que haya declarado la nulidad del juicio anterior, el lector podrá prever, atendidas estas advertencias, cuál fue el resultado del litigio posterior: una nueva sentencia condenatoria, que reprodujo prácticamente la misma exposición de la perito cuestionada y una similar valoración por parte del tribunal de dicha deposición, llegando a la misma conclusión del primer fallo y exactamente a la misma determinación de pena, fundada, nuevamente en la provocación, por parte del imputado, de la muerte de la víctima²⁴. Si bien para dicho segundo juicio la declaración pericial novedosa ya perdió parte de su novedad, lo que nunca dejará de sorprender es la constatación de la perfecta inutilidad que puede tener nuestro recurso de nulidad.

²⁴ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena (27.07.2021), RIT 66-2020.