

LOS LÍMITES EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL. COMENTARIO DEL FALLO DEL CASO “ORELLANA CIFUENTES”

LEONARDO MORENO HOLMAN
Defensoría Regional Metropolitana Norte

SUMARIO: I. Introducción. II. Debido proceso y control de la información en juicio. III. Incorporación de testigos sin registro previo. IV. La declaración de un perito no puede exceder el contenido de su informe. V. Verdad y principio adversarial. VI. Uso de declaración vertida en juicio anulado. VII. Valoración de prueba ilícita incorporada al juicio. VIII. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Nulidad - efectos de la nulidad - reproducción de pruebas - registro de la investigación - prueba ilícita

I. INTRODUCCIÓN

Un caso controvertido y bullado. Un procedimiento que fue dos veces anulado para terminar por sentencia absolutoria. Probablemente se trata de un caso que dará material para discusiones de índole penal, procesal y forense durante mucho tiempo. Éste es el marco del segundo fallo de nulidad del juicio oral y de la segunda sentencia recaída en la causa “Orellana Cifuentes”, dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, con fecha 17 de junio de 2013.

Nuestro foco de análisis está en el sistema contradictorio y en la obtención de información en juicio oral. La interpretación de las reglas del Código Procesal Penal que regulan su ejercicio es esencial para tal efecto. La búsqueda de la verdad en el proceso y el juicio como sistema de control de la calidad de la información son un horizonte y un mecanismo que interactúan como ordenadores del ejercicio de la jurisdicción penal. El buen funcionamiento del segundo permite un mayor avance del primero, pues la información es, como dice Duce, la materia prima de la decisión del tribunal¹, que de haber pasado por los controles adecuados debiese

¹ Así sostiene Duce: [N]ecesitamos esclarecer las circunstancias concretas de un cierto hecho ya ocurrido, pero respecto del cual solo tenemos informaciones que están constituidas por versiones: cada persona tendrá para aportar solo fragmentos de la totalidad de los hechos ocurridos, los documentos recogerán otros fragmentos, los expertos ilustrarán sobre alguna conexión entre diversos elementos, entre otros medios de información posibles [...]. El problema es que estas versiones necesariamente mezclarán información importante y útil con las propias limitaciones de la condición humana, [...] su subjetividad, sus prejuicios, sus incompetencias, su deseo de ocultar las propias limitaciones y de exaltar las propias capacidades, las limitaciones de sus órganos de percepción y de su memoria, y así por delante”. DUCÉ, Mauricio, Reforma a los procesos civiles

dar cuenta, al integrarse todas las piezas, de la verdad de los hechos de la causa y de su relevancia jurídico-penal.

II. DEBIDO PROCESO Y CONTROL DE LA INFORMACIÓN EN JUICIO

Para que el debido proceso se concrete como una garantía material y no meramente formal, debe ir acompañado de la consagración y el ejercicio efectivo de los derechos de todos los intervinientes, incluido, por cierto, el derecho a defensa y sus manifestaciones como son el derecho a conocer la imputación y a controlar la prueba de cargo. Sin estos derechos, el carácter adversarialidad y el principio contradictorio de nuestro sistema procesal penal se ven reducidos a la existencia formal de dos intervinientes en posiciones opuestas, pero que no están dotados del conocimiento mínimo que permite que interactúen y extraigan la información pertinente de los medios de prueba propios y de la contraparte.

A decir verdad, mucha información se genera ya en la etapa investigativa, que de manera unilateral y sin control se integra a la carpeta investigativa. Por lo mismo, ella sólo está destinada a formar la convicción en el fiscal de que se trata de un caso viable. Muy distinto de aquello es lo que ocurre con la información generada en el juicio, que cuenta con un estándar mucho más alto. Esta información, que tiene fines probatorios, será utilizada para resolver el caso. Es por ello que aquí, en el juicio, aparece la centralidad del derecho a defensa y su manifestación en la contradictoriedad.

El tribunal deberá poder acudir a la fuente directa de información, por la vía de la inmediación, oralidad y concentración, y los litigantes, con su ejercicio del principio contradictorio, deberán poder controlarla. El principal control de la información que ingresará al juicio oral está dado por la audiencia de preparación, excluyéndose no sólo en base a los criterios establecidos en el artículo 276 CPP, sino también bajo lo prescrito en los artículos 314 y 316 respecto de la prueba pericial, artículo 334 que prohíbe la lectura de registros y documentos, y más especialmente los que den cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales, el artículo 220 inciso final sobre objetos no susceptibles de incautación y el artículo 225 CPP referido específicamente a las interceptaciones telefónicas².

orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información, en *Estudios*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2008), pp. 48 y 49.

² HERNÁNDEZ, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, (Santiago, 2002), pp. 97 y ss., ha desarrollado un catálogo de normas que determinarían la ilicitud de determinadas pruebas. En virtud de ellas, el conjunto de normas referidas a la admisibilidad de prueba sería mucho mayor de lo que normalmente se tiende a pensar.

Recientemente DUCE, Mauricio, *La admisibilidad como prueba documental de informes en derecho y como peritos de sus autores en un juicio oral penal* (Santiago, 2012), p. 17, ha sostenido

El conocimiento íntegro de la prueba de cargo, la posibilidad de confrontar y controvertir las afirmaciones de testigos y a valerse de prueba propia son derechos que todos los intervinientes tienen recíprocamente. En el caso de la defensa, ellos rigen tanto ante el Ministerio Público como ante querellantes particulares. Tres problemas interesantes tienen cabida en la sentencia de la Corte Suprema que comentamos, todos ellos relacionados con el deber de registro. Esta obligación legal ha tomado ya en diversos pronunciamientos recientes de la Corte Suprema un carácter fundamental, densificándose su contenido, para llegar a ser una exigencia que resguarda el derecho al contradictorio por la vía de asegurar que la defensa tenga conocimiento fiel e íntegro de los antecedentes de la investigación³.

III. INCORPORACIÓN DE TESTIGOS SIN REGISTRO PREVIO

La evolución del deber de registro de los acusadores⁴ ha enriquecido el concepto de *registro* acercándose a lo recién enunciado. Inicialmente el deber se consideró

que varias de estas otras disposiciones deben entenderse como causales de inadmisibilidad de prueba, en tanto se referirían a las condiciones de producción e incorporación de la misma, señalando que “sin el cumplimiento de aquellas condiciones no es posible pensar que el medio sea admitido a juicio. Se trata, como puede observarse, de un examen distinto al debate de exclusión que puede plantearse de conformidad al artículo 276 del CPP”.

³ Por supuesto, el pronunciamiento no es antojadizo, sino que expresa la exigencia del artículo 227. En este sentido se han pronunciado los fallos de la Corte Suprema, Roles N°s. 5116-12, 2933-2013 y 2996-2013.

⁴ Este deber se consagra fundamentalmente en los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal, el primero referido al registro de las actuaciones del Ministerio Público y el segundo de aquellas de la policía. “Estas normas regulan, entonces, expresamente la forma del registro, constancia o respaldo de las actuaciones o diligencias de investigación que realicen el fiscal y la policía, sea que ésta actúe de conformidad a las instrucciones particulares o, en su caso, generales que imparta el ministerio público, o bien en ejercicio de sus atribuciones autónomas (artículo 83 CPP). Asimismo, su tenor literal es de aparente fácil lectura e inteligencia y permite, al menos *prima facie*, resolver las cuestiones que puedan suscitarse con relación al registro: tratándose de las actuaciones de los fiscales, el artículo 227 CPP regula la oportunidad en que el mismo debe realizarse (‘tan pronto tuvieren lugar’), su contenido (‘fidelidad e integridad de la información’) y su alcance o extensión (‘cada actuación’). Algo similar ocurre respecto de las actuaciones de la policía en lo atinente a la oportunidad del registro (‘constancia inmediata’), su contenido (‘de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado, y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación’) y alcance (‘las diligencias practicadas’, ‘las instrucciones recibidas del fiscal y del juez’),” como señala BOFILL Jorge, *Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento* (Santiago, 2005), pp. 51-52. Pero puede afirmarse que no son sólo estas normas aisladas las que regulan la obligación de registro, sino que existiría en nuestro ordenamiento un verdadero “estatuto registral” compuesto también por el artículo 83 letra d) –que entre las actuaciones autónomas de la policía autoriza a identificar a los testigos y a *consignar* sus declaraciones–, el artículo 181 –que, referido a toda la investigación habla sobre *consignar* y asegurar todo cuanto condujere al esclarecimiento del caso

restringido a la existencia de una fuente de información donde constara la individualización de un testigo, deber que se hallaba cumplido por haber quedado en un registro investigativo o en el parte policial. Ésta ha sido y sigue siendo la posición mayoritaria en la jurisprudencia. Una interpretación algo más garantista permite comprender este deber como la contracara del derecho que tiene la defensa de controlar la prueba en tanto garantía formal⁵. Sólo cuando se considera que el registro ofrecido debe otorgar la posibilidad de ejercer el derecho a controvertir la prueba de manera efectiva se está entendiendo en el sentido de una garantía material. Por ello la obligación se refiere a uno “fiel e íntegro”, es decir, “incorporar toda la información y no solamente aquella que el fiscal o, en su caso, la policía, consideren relevantes para ‘su’ investigación o línea de investigación. El registro no debe incluir solamente el resultado de la investigación, sino las actuaciones realizadas por el fiscal (artículo 227 CPP) y las diligencias practicadas por la policía y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de relevancia para la investigación (artículo 228 CPP), incluidas en ellas ‘las instrucciones recibidas del fiscal’”⁶. Así lo ha declarado más recientemente la jurisprudencia, cuando considera que el deber de registro es una obligación cuyo cumplimiento responde al derecho reconocido en el artículo 93 letra e) CPP⁷. El conocimiento del contenido de la investigación, a su vez, permite el ejercicio de los derechos señalados en las letras c) (solicitar diligencias de investigación) y f) (pedir el sobreseimiento) de ese mismo artículo; del señalado en el artículo 194, que impone expresamente al fiscal la obligación de indicar al imputado “los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra”; como asimismo, el derecho que le franquea el artículo 182 en tanto, señala en su inciso 2º que “El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros

ordena que se haga constar, se identifique y se consignen diversos antecedentes–, el derecho de todos los intervinientes consagrado en el artículo 182 –que, para permitir el acceso al contenido la investigación presupone que ello esté registrado– y el artículo 190 –sobre la obligación de comparecencia y declaración de testigos ante el Ministerio Público.

⁵ Dentro de esta línea se enmarca el pronunciamiento de la CS de 12 de septiembre de 2012 en la causa Rol N° 5461-12. En ella el tribunal descarta que haya prueba sorpresiva para la defensa por constar el contenido de una declaración de un testigo y dos funcionarios en el parte policial. La defensa no puede argüir que no tenía conocimiento de lo que informarían en juicio. Pero la Corte no se hace cargo de la alegación del recurrente de que la admisión de tal prueba lo deja exento de los medios procesales más efectivos para controlar esa información, como son los del artículo 310 inciso 2º y 332 CPP. No basta que haya habido declaración previa. Se requiere que esta declaración pueda ser utilizada para contrainterrogar.

⁶ BOFILL, Jorge, ob. cit., pp. 54-55.

⁷ Es en este sentido que el derecho del imputado a conocer el “contenido” de la investigación debe entenderse como uno que sólo tiene por excepción la del artículo 182 inciso 3º CPP sujeto a la autorización judicial del inciso 4º del mismo artículo.

y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial”. Además todo esto estaría en concordancia con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y el artículo 8° N° 2 letras b), c) y f) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos⁸.

Además de la relevancia del deber de registro para la investigación, el conocimiento de la imputación y la preparación de los argumentos de cada uno de los intervinientes, tiene este deber una consecuencia directa al interior del juicio por la vía del artículo 332 CPP y la posibilidad de ejercer el contraste, descubriendo contradicciones y diferencias entre diversas declaraciones y pidiendo aclaraciones. Sin registro no existiría versión anterior respecto de la cual contrastar.

En el caso particular del fallo del caso Orellana se trata, además, de un incumplimiento del deber de registro del querellante: “Estas exigencias, que por imperativo constitucional integran el debido proceso, no han sido respetadas por los jueces al aceptar la producción de prueba por la parte acusadora particular que la defensa no estuvo en condiciones de controvertir. Tal es el caso de la testigo María Tornero Gómez, respecto de quien no existe registro previo en la investigación”⁹. La necesidad de dejar registro de las declaraciones de testigos que se pretenden presentar al juicio y que la defensa conozca previamente y pueda controvertirlos se aplica también a éste. Si es del interés del querellante presentar determinada prueba, y, como en este caso, el Ministerio Público ha descartado ciertas diligencias como parte de su investigación, debe el querellante hacerse cargo y debe incorporarlo en la carpeta de investigación, sin bajar el estándar de registro que se aplica al Ministerio Público, ha fallado la Corte (Considerando 16°). Esta importante consagración jurisprudencial viene a poner fin a la incertidumbre sobre la posibilidad de que la investigación del querellante pudiese pasar sin control alguno directamente al auto de apertura, lo que generaría un desconocimiento por parte los demás intervinientes de su contenido.

IV. LA DECLARACIÓN DE UN PERITO NO PUEDE EXCEDER EL CONTENIDO DE SU INFORME

Otra manifestación del derecho a defensa concretado en la posibilidad de confrontar la información se refiere a la prohibición de que los peritos aborden en su declaración temas que van más allá del contenido de su informe. “[D]e otro modo [se] generaría una asimetría entre los intervinientes, en desmedro de la parte

⁸ Es por ello que en ese caso el tribunal se pronunció acogiendo la causal principal de nulidad deducida por la defensa, es decir, el artículo 373 letra a), y resolvió la nueva realización de la audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado y excluyéndose del auto de apertura la declaración de la testigo cuya declaración no estaba registrada.

⁹ Considerando décimo sexto, párrafo tercero.

contra quien se hace valer esa prueba, la que no estaría en condiciones de refutar argumentos o conclusiones ajenas a las actuaciones practicadas por los testigos expertos” (Considerando 18^o)¹⁰.

También aquí el problema se centra en el debido conocimiento que deben tener los intervinientes sobre el contenido de la imputación y la evidencia que la sostiene, para elaborar su teoría del caso y determinar la forma de controvertir la prueba. Cómo enfrentar los problemas que se producen con peritos que declaran excediendo el ámbito de su informe escrito no es un tema muy tratado por la doctrina. Sólo Horvitz y López abordan este tema, sosteniendo que el artículo 329 inciso 5^o CPP sería la herramienta que permitiría controlar esta información. “Al igual que sucede respecto de los testigos, esta norma permite salvar el problema que se suscita cuando el perito ha sido presentado u ofrecido por los diferentes intervinientes del proceso para que declare sobre cuestiones o materias distintas del informe pericial y ellas no hubieren sido objeto de la primera declaración, cuando se quieran invertir las reglas del interrogatorio, o cuando hayan surgido dudas o contradicciones con ocasión de la declaración de otro perito”¹¹. Su postura implica, entonces, que el perito no puede declarar sobre materias que exceden al contenido de su informe en el interrogatorio directo por quien lo presente, pero sí con ocasión del interrogatorio por los demás intervinientes. Este contenido puede surgir de un contrainterrogatorio, como también puede utilizarse para efectos de credibilidad.

A este respecto, la historia de la ley consigna que los legisladores señalaron que el propósito de la norma es que “la declaración se haga en relación con los temas y en el orden que determine la parte que los presenta, y darle un carácter más adversarial al juicio oral”¹². ¿De dónde podemos desprender que se puede interrogar al perito sobre tópicos no tratados en su pericia? Para ello es necesario hacer una distinción que busca superar la regla general de que el perito sólo puede declarar sobre los puntos contenidos en su pericia, a favor de la garantía de adversariedad y del control de la información. Quien presenta a un determinado perito tiene, en su interrogatorio, que atenerse al contenido del informe (de lo contrario se estaría incorporando información desconocida por los demás intervinientes). Pero la contraparte (sea la defensa respecto de la pericia de los acusadores o éstos respecto de pericias propias de la defensa) puede interrogar sobre otras materias relativas al juicio, pertinentes aunque no estén en el peritaje emitido, como herramienta de

¹⁰ La Corte usa esta expresión para referirse a peritos propiamente tales. La utilización del concepto de “testigo experto” en sentido estricto ha sido desarrollada por ROXIN, Klaus, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, 2000), pp. 220 y 240.

¹¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II* (Santiago, 2004), pp. 303 y 304.

¹² MATORANA, Cristián (coord.), *Reforma procesal Penal, génesis, historia sistematizada y concordancias. tomo II* (Santiago, 2003), p. 646.

control y testeo de la veracidad o integridad de la información que el perito viene a traer al juicio. Ejemplos de ello puede ser el indagar el conocimiento que tenía del origen de la evidencia periciada o su cadena de custodia, preguntar por eventual información que haya podido obtener a través de la prensa u otros intervinientes y que hayan influido en sus conclusiones o, como sucede cotidianamente, solicitar información sobre las cualificaciones del perito; aunque no sean temas tratados en el informe del perito, sus declaraciones al respecto deben ser admitidas.

V. VERDAD Y PRINCIPIO ADVERSARIAL

En la tradicional disputa sobre qué verdad es la relevante para el proceso penal, si la verdad histórica o procesal, “...debemos tener claro que lo que en definitiva sea la verdad es algo *externo* al juicio mismo, no en tanto se pueda construir por fuera del proceso –lo que claramente es imposible– sino porque como *exigencia a los acusadores*, se nutre de la tensión entre las posibilidades externas y la construcción interna de los acusadores”¹³. No se trataría, entonces, de dos formas de verdad, sino de dos puntos de contraste que pueden o no coincidir sobre una proposición, y que tensionan al sistema en la búsqueda de una conclusión exitosa de un juicio. El problema de la verdad es especialmente importante, en este sentido, que Binder ha llamado un sentido político, por su relevancia para el sistema de garantías y un ejercicio republicano del Poder Judicial.

La búsqueda de la verdad, entonces, está íntimamente ligada al principio acusatorio. Se trata de una presentación estratégica de los intervinientes, pero que no está desvinculada de la verdad externa, que es la que se busca obtener por parte del juzgador imparcial. El principio adversarial, por otro lado, permite la concreción de esta búsqueda de la verdad en determinadas normas procesales, como son los artículos 332 y 336, que permiten acercar la llamada verdad procesal a la histórica.

El valor de actuaciones o etapas del procedimiento declaradas nulas y de medios de prueba ilícitos son de especial relevancia en la búsqueda de la verdad por la vía de un procedimiento institucionalizado como es un juicio. ¿En qué medida atienden a desvincular la verdad material de la verdad procesal? ¿Favorecen a una o permiten el control de una sobre la otra? Coincidimos con el fallo en dos decisiones importantes que aportan a una nueva comprensión de estos dos problemas: la de permitir la incorporación de declaraciones vertidas en un juicio anulado para el nuevo juicio a realizarse en la misma causa con miras a cuestionar la credibilidad de un declarante, y la de poner en evidencia los riesgos de incorporar prueba ilícita, creyéndose limitar su efecto en el juicio por la vía de la mera declaración de que no serían consideradas para probar el hecho punible y la participación.

¹³ Así Binder en MORENO, Leonardo, *Teoría del Caso* (Buenos Aires, 2012), p. 13. Énfasis en el original.

VI. USO DE DECLARACIÓN VERTIDA EN JUICIO ANULADO

El aspecto más novedoso y controversial del fallo es su aproximación a la utilización —para efectos del contraexamen y el cuestionamiento de la credibilidad de los medios de prueba— de testimonios vertidos en un juicio oral anulado en la misma causa. Sostiene la Corte Suprema que a pesar de que la norma del artículo 332 no lo contempla específicamente, ésta establecería un *estándar* bajo el cual una declaración ante otra autoridad judicial como es el Tribunal Oral en lo Penal cumple con los requisitos sustantivos para ser admisible, pues contaría con la asistencia de todos los intervinientes convocados a la audiencia, es decir, cumpliría con las garantías de publicidad y bilateralidad¹⁴. No se aplicaría, entonces, a este caso la parte prohibitiva de la misma norma, sino que se entendería autorizado por ésta. A su vez, distingue tal situación de la prohibición contenida en el artículo 334 de dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales, dado que se referiría a actuaciones o diligencias en la etapa de investigación y no de juicio. Un juicio oral anulado, sostiene, puede haberlo sido por motivos distintos a un problema con la licitud o legalidad de una prueba en particular¹⁵.

Frente a esta postura se esgrime que una interpretación literal de los artículos 331, 332 y 334 no permitiría tal incorporación. Un caso como este no se enmarcaría dentro de las hipótesis que permiten la lectura de declaraciones anteriores, y en ningún caso se estaría en el ámbito regulado por la letra a) del artículo 331, dado que en este caso los deponentes estarían presentes en la audiencia de juicio¹⁶. Tampoco en base al artículo 332, pues no se trataría de declaración ante el fiscal o su asistente ni el juez de garantía. Por ello se aplicaría la prohibición

¹⁴ “Si bien esta disposición no contempla las declaraciones prestadas en un juicio oral anterior, anulado, lo cierto es que tal realidad satisface el estándar impuesto por la norma en estudio, en cuanto se trata de declaraciones prestadas por el requerido ante una autoridad judicial, en el caso, no el juez de garantía que es el citado por el precepto, sino el tribunal de juicio oral en lo penal, con la asistencia de todos los intervinientes convocados a la audiencia, esto es, con idénticas garantías de publicidad y bilateralidad”, considerando vigésimo, párrafo quinto.

¹⁵ “[S]i la invocación se hace a otros elementos de un juicio anulado, que no han sido las piezas que motivaron la invalidación, no se advierte cómo podría tal elemento caer en la prohibición del artículo 334 en análisis”, Considerando Vigésimo, párrafo noveno. Por lo demás, el tribunal también permitió confrontar a un perito de la defensa con el registro de otro juicio, lo que permitido a una sola de las partes, rompería la igualdad de armas entre las partes (Considerando Vigésimo Segundo).

¹⁶ Jurisprudencia posterior ha avalado el criterio sostenido en el fallo en comentario. Si bien no se refiere a un juicio anulado, pero sí a otra audiencia de juicio llevada en la misma causa contra otro imputado, la CS ha sostenido que “una interpretación axiológica y sistemática del mentado artículo 332 autoriza sin dificultad incluir como receptores de las anteriores declaraciones a autoridades no enunciadas en dicho precepto”. CS, de fecha 7 de enero de 2014, Rol N° 10.910-13.

del artículo 334 y con mayor fuerza el inciso 2º, precisamente por la declaración de nulidad que ha recaído sobre el juicio anterior. Esta nulidad abarcaría todo lo obrado, haciéndolo inutilizable para cualquier objeto, y ésta afectaría a ambas partes, incluso en los *efectos* favorables para quien obtuvo la anulación.

Pero parte de la doctrina¹⁷ ha señalado que la nulidad, sea vía recurso o incidente de nulidad procesal, se refiere a los efectos de los actos y no a las actuaciones mismas. Éstas no se desvanecerían. Al determinarse en qué estado debe quedar el procedimiento, también el nuevo juicio se ve directamente influido tanto por lo anulado como por la resolución que decreta el reenvío; prueba puede ser excluida, actuaciones deben realizarse nuevamente, eventualmente en estas actuaciones los jueces no inhabilitados pueden cambiar cuestiones que caben dentro de su margen de discreción (el orden de algunas presentaciones, por ejemplo), etc. Nada impediría, entonces, a menos que el motivo de nulidad estuviera ligado a este medio de prueba en particular, que una declaración vertida en juicio anterior fuese incorporada al juicio nuevo para efectos de contrastar, por vía de confrontación con una declaración previa o bien de prueba sobre prueba, las declaraciones de un testigo, víctima o perito con sus dichos anteriores¹⁸. El tribunal recalca también que la disposición contenida en el artículo 298 obliga a testigos y peritos a decir la verdad y a no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración¹⁹.

Podemos detenernos a analizar fundamentación del tribunal. Parecería, a primera vista, que ésta es una apelación directa a la verdad histórica. Pero ello no significa que el tribunal olvide lo relevante que es el seguimiento de las normas que reglan el juicio y permiten, en el marco de éste, configurar la verdad en la medida en que la prueba permite acreditar los hechos sostenidos. Una interpretación diversa significaría que el sistema no considera valioso el controlar a un declarante que cambia el testimonio a lo largo del procedimiento o de un juicio

¹⁷ Así, en derecho comparado, DE LA RÚA, Fernando, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires, 1991), p. 280; MAIER, *Función normativa de la nulidad* (Buenos Aires, 1980), pp. 141-142. Fuera del ámbito penal, es tradicional la referencia a Hart, quien muestra que la nulidad no sería una sanción, sino la mera imposibilidad del derecho de reconocer efectos jurídicos a actos que no cumplen con los requisitos impuestos por el ordenamiento. Véase Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, 1968). Dadas las diferencias de nomenclatura que utilizan los diversos autores, no es fácil asociarlos a una u otra doctrina. Pero *grosso modo* puede decirse que quienes son partidarios de la inexistencia o de la nulidad *ex tunc* de los actos jurídicos procesales en materia penal dirán que la declaración de nulidad implicaría tanto la eliminación del acto en sí como de sus efectos, mientras que afirmar la nulidad como anulabilidad o nulidad *ex nunc* permitiría entender que el acto sigue existiendo pero sus efectos desaparecerían.

¹⁸ En el caso que comentamos se trataba tanto de declaraciones de dos de las víctimas como de un perito del Servicio Médico Legal.

¹⁹ Considerando Vigésimo, párrafo segundo.

a otro. Como evidentemente ello es relevante para el análisis de credibilidad que debe efectuar el tribunal sobre el testimonio en el nuevo juicio, tal incorporación de información es altamente valiosa²⁰.

A mayor abundamiento, dado que tanto en el caso del recurso como del incidente de nulidad se requiere de agravio para fundar la impugnación del acto, diligencia o resolución, se ha desarrollado un concepto de cosa juzgada parcial, afirmando que aquello que no causa el perjuicio no se vería afectado por la nulidad²¹. Estas actuaciones seguirían siendo útiles como parte de la historia procesal de la causa, en lo que puede ser llamado un “efecto remanente”, concepto acuñado por Cafferata, que subsiste incluso después de una declaración de nulidad, en que el medio de prueba deja de tener el objeto de probar por sí mismo los hechos que sustentan las proposiciones fácticas de una de las partes. Este efecto remanente sería una manifestación de la búsqueda de la mayor calidad de la información, pues el control de la veracidad de un testimonio es la herramienta que en la lógica adversarial permite depurar las declaraciones de testigos y peritos para obtener la información relevante para el juicio²².

²⁰ En el mismo fallo anterior (CS, de fecha 7 de enero de 2014, Rol N° 10.910-13) la Corte destaca la finalidad de búsqueda y establecimiento de la verdad del proceso y de la condición de norma de garantía de la defensa del acusado que tiene el artículo 332. “[U]na interpretación analógica *in bonam partem* no viene sino a ratificar lo que se acaba de concluir, pues la ley procesal penal únicamente proscribe la aplicación extensiva y analógica de las normas que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, pavimentando, *a contrario sensu*, el camino para interpretaciones progresivas y desarrolladoras de los derechos constitucionales del imputado, en este caso, del debido proceso y, en particular, de su derecho a defensa, para presentar evidencia que desvirtúe o reste crédito a la de cargo”.

²¹ Véase VIAL, Pelayo, El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal, en *Política Criminal* 6, N° 12 (2011), p. 464, apelando a los artículos 360, 385, y 386, y con referencia a Maier. Puede comentarse que, al menos de su texto, no puede desprenderse esta conclusión del artículo 386. Pasando a analizar el artículo 385, efectivamente hace referencia a qué partes de la sentencia subsistirían, pero como la disposición se trata sobre la posibilidad de dictación inmediata de sentencia de reemplazo, no serviría para fundar la utilización de los antecedentes en un nuevo juicio, justamente porque no habrá nuevo juicio. Arias, en coincidencia con Vial, extrae del artículo 360 extrae los principios de prohibición de *ultrapetita* y de *reformatio in peius*, sosteniendo también que las declaraciones de nulidad tendrían efecto relativo tanto en el ámbito subjetivo como objetivo. Véase ARIAS, Cristián, El artículo 360 del Código Procesal Penal, en *Revista de Estudios de la Justicia* (2007).

²² Si bien esta segunda fundamentación ha encontrado cabida en la doctrina citada nos parece que es menos limpia que la primera. Ella busca afirmar que la nulidad afecta a los actos y sus efectos, pero que *algunos* de esos efectos perviven. ¿Cómo saber cuáles se encuentran en qué categoría, especialmente cuando no está expresamente regulado por la ley? De todos modos, en la búsqueda por poder controlar las diferentes versiones de los declarantes en juicio sigue siendo un esfuerzo bien encaminado.

VII. VALORACIÓN DE PRUEBA ILÍCITA INCORPORADA AL JUICIO²³

Existen casos claros en que a la audiencia de juicio oral puede llegar información contenida en medios de prueba que podrían calificarse de ilícitos. Una de ellas es cuando esa prueba ha pasado el control de la audiencia de preparación de juicio oral, perdiéndose la solicitud de exclusión impulsada por un interviniente o sin que nunca se haya intentado, o bien mediante la revocación de una exclusión por parte de la Corte de Apelaciones. Otra es el caso en que ha sido presentada prueba nueva²⁴. Una tercera hipótesis es cuando, en el ejercicio de lo previsto en los artículos 331 y 332 se busca dar lectura a actas o documentos que provienen de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieran vulnerado garantías fundamentales, por la prohibición del artículo 334 inciso 2°. Según López un cuarto grupo de casos serían aquellos en que, en aplicación de las mismas normas del juicio oral, como “que una parte pretendiera que se recibiera en ese momento de declaración de un testigo no incorporado al auto de prueba ni cubierto por la excepción del artículo 336 CPP, [...] o que se pretendiera interrogar a un testigo acerca de la discusión habida entre las partes en torno a una suspensión condicional del procedimiento que fracasó (335 CPP)”²⁵ el tribunal conociera de una ilicitud²⁶.

En los casos en que ha mediado una resolución judicial que los declaraba exentos de vicio o que revocaba una decisión anterior que los catalogaba así, todavía cabe espacio para dudar de que el asunto haya quedado zanjado. Puede recurrirse aquí a la noción de “cosa juzgada formal”, pues si bien estas resoluciones quedarían firmes y no procederían contra ella recursos, ello no obstaría a que igualmente, en una oportunidad procesal diferente, el alegato de ilicitud se renovase para efectos diferentes (como los diversos ejemplos arriba expuestos).

Ante este conflicto la reacción tradicional y unánime de los tribunales es la de darle una valoración negativa a esta prueba. En el primer grupo de casos arriba enunciado, es porque ya recayó sobre ellos una sentencia interlocutoria que se encuentra ejecutoriada²⁷. Esta solución pretende hacer explícito que, incluso, cuando esa prueba ha pasado el control de la audiencia de preparación de juicio

²³ Para un mayor desarrollo de este punto véase MORENO, Leonardo, Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal, en *VV.AA., El modelo adversarial en Chile* (Santiago, 2013), pp. 150 y ss.

²⁴ También si se entendiera que no es posible plantear un debate sobre su admisibilidad en la audiencia de de juicio o cuando admitiéndose tal debate, una alegación de inadmisibilidad fuera rechazada.

²⁵ HORVITZ, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *ob. cit.*, p. 198.

²⁶ En todos estos casos, menos el primero, cabría un debate de admisibilidad probatoria directamente en el juicio oral. Véase MORENO, Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal, en *ob. cit.*, p. 154.

²⁷ CERDA, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal* (Santiago, 2010), p. 313.

oral o ha sido presentado como prueba nueva, los tribunales están comprometidos con el requisito de legalidad y protección de los derechos fundamentales con que deben actuar los intervinientes en el proceso.

Hernández, abonando esta tesis, sostiene que si bien el momento ideal de conocimiento sobre la ilicitud de una prueba es la audiencia de preparación de juicio oral, dado el caso de que ello no ha tenido lugar, sigue subsistiendo el principio que rige toda esta materia: la prohibición general de valoración consagrada en el artículo 276. Si ello es así, es deber del tribunal de juicio oral declarar la ilicitud y valorar negativamente. “Cualquier otra interpretación implicaría sostener un supuesto deber de los jueces del fondo de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales”²⁸.

Esta postura, aparentemente muy protectora de los derechos fundamentales y preocupada de la integridad judicial da origen a dos problemas. Ella es ciega a la contaminación natural que se produce en toda persona –lo que obviamente incluye a los jueces– que, por una u otra vía, toma conocimiento de un antecedente de hecho que independiente de cómo haya llegado al juicio, parece verosímil. Este efecto reflejo debe ser considerado. El riesgo de transferencia de información proveniente de información ilícita a medios de prueba que sí son legítimos genera un desbalance en el valor que éstos tendrían por sí solos. Se incrementa artificialmente el valor que tendrían por sí mismos, aumentando su peso en la convicción del tribunal, cuando, si uno se toma en serio el principio enunciado del artículo 276, el tribunal juzgador nunca debió llegar a tener conocimiento de tal información.

El segundo problema apareció en forma nítida en el caso que estamos comentando. El tribunal de juicio oral en lo penal (que conoció en el segundo juicio llevado a cabo) expresó que no tomaría en cuenta ciertas declaraciones que habían sido excluidas por el juez de garantía por extemporáneas, consciente del vicio del que adolecían. A pesar de ello recurrió a ellas para configurar un determinado daño, para refrendar la prueba de participación del imputado, para dar por probada la reiteración de las conductas y mediante ello agravar la pena. Esto demuestra la imposibilidad que se da en la práctica de que el tribunal se encogezca ante cierta información que ya ha llegado a su conocimiento.

La duda que surge es cuál es el mejor mecanismo para controlar esta situación aparentemente tan inevitable. Por contraposición a la tendencia general que enunciábamos, López ha sostenido que el tribunal de juicio oral no está facultado para negarse a valorar la totalidad de la prueba, incluso la que considere ilícita. Si los juzgadores afirman no haber considerado la prueba espuria en su razonamiento (aunque por vía indirecta ello sea inevitable), no es posible impugnar su decisión. En concordancia con este planteamiento, la solución correcta al problema es impugnar por la vía de recurso de nulidad la sentencia definitiva que ha fundado su

²⁸ HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit., p. 90.

decisión en la prueba ilícita rendida ante el tribunal de juicio oral. Sólo de este modo el recurso de nulidad resulta realmente útil a efectos de controlar la utilización de prueba ilícita²⁹. ¿Por qué este mecanismo es preferible para proteger realmente la integridad judicial y los derechos fundamentales de los ciudadanos? El mejor control sobre ambos elementos es la obligación de fundamentación de las sentencias y de valoración de la totalidad de la prueba. Sin un desarrollo de todos los elementos que llevan a la convicción del tribunal, la sentencia se hace incomprendible a inimpugnable. Es necesario que de las consideraciones del tribunal se desprendan los pasos de su razonamiento, que se pueda seguir y que en él se puedan identificar falencias, de haberlas. Una de esas falencias (no necesariamente imputables a ese tribunal, sino a un problema a nivel de procedimiento completo) sería que prueba ilícita llegara, a pesar de todos los supuestos controles anteriores, al juicio oral. Para que no se pierda el sentido comunicativo de la sentencia, que la dota de legitimidad social, y el control del error y la arbitrariedad en juicio, es necesario favorecer las soluciones que den herramientas, como es el recurso de nulidad, para la revisión de resoluciones que causan perjuicio.

Dadas las condiciones para que una revisión en sede de nulidad por afectación de derechos fundamentales (artículo 373 letra a)), deberá conocer la Corte Suprema respecto de ello. Hasta el momento ella ha adoptado tres diferentes soluciones para los casos en que corresponde anular parte del procedimiento y ordenar su nueva realización.

En ciertos casos dispone que se realice la audiencia de juicio oral excluyendo del auto de apertura el medio de prueba que se considera ilícito³⁰. Para tales efectos el nuevo tribunal de juicio oral nunca llegará a tener conocimiento de la existencia de esta prueba. Nos parece que esta es la opción que mejor permite compatibilizar el respeto por las garantías fundamentales con el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. Si surgieran dudas sobre la discrecionalidad que tiene la Corte para realizar una intervención como ésta, además de que es posible que la parte lo pida en estos términos concretos, debe recordarse que dentro de los principios inspiradores del nuevo sistema procesal penal y en especial de los recursos al interior de éste, está la búsqueda de "limitar la excesiva formalidad del mismo, restringiendo severamente la posibilidad de su rechazo por inadmisibilidad con base en defectos de ese tipo. Asimismo, se han mantenido algunas facultades del tribunal para casar de oficio la sentencia"³¹, por lo que podría entenderse que la Corte podría por sí misma determinar este estado de cosas.

²⁹ HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, ob. cit., pp. 199-204.

³⁰ Así en el ya citado fallo de la CS en causa Rol N° 5116-2012. También en los Roles N°s. 9758-2009, 4001-2010; 6305-2010 y 11513-2011.

³¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Contenido del Proyecto, Punto 7: Recursos, párrafo noveno.

La Corte en otros casos ha ordenado la nueva realización de la audiencia de preparación para una nueva discusión sobre la admisibilidad e inclusión de toda la prueba³². Desde un punto de vista conceptual, la eliminación por la Corte de un medio de prueba ofrecido en la acusación sería una intervención en un acto de parte, lo que es inadmisibile. Si se entiende que lo que la Corte hace es retrotraer el procedimiento a la audiencia de preparación e inmediatamente declarar inadmisibile o excluir la prueba por vulneración de garantías (algo así como subrogándose en la labor del juez de garantía), habría que admitir que esta decisión sería apelable e igualmente podría ser revocada ante la Corte de Apelaciones y volver a llegar a juicio. No se solucionaría en definitiva el problema, entonces. Desde un punto de vista práctico, además, por esta vía se corre el riesgo de generar una nueva contradicción entre lo fallado por la Corte Suprema y lo que resolverá el juez de garantía no inhabilitado y dado que la defensa no puede recurrir ante la Corte de Apelaciones del auto de apertura, deberá estarse a lo que resuelva ese juez.

Finalmente, la Corte Suprema incluso ha ordenado el nuevo conocimiento de la Corte de Apelaciones del recurso deducido contra el auto de apertura de juicio oral³³. En este caso se vuelve a discutir sólo la apelación interpuesta por el Ministerio Público, cuando el juez de garantía ha excluido una prueba bajo la causal de ilicitud de la misma. No se entiende por qué no intervenir directamente el auto de apertura y volver a someter a evaluación el medio de prueba que la Corte ya ha declarado como ilícito.

VIII. CONCLUSIONES

El fallo del recurso de nulidad del caso Orellana muestra continuidad con otras decisiones de la Corte Suprema que se refieren a dotar de contenido sustantivo al modelo acusatorio adversarial y al principio contradictorio por la vía de permitir el pleno conocimiento de las partes de los antecedentes que se harán valer en juicio y de abrir los debidos espacios de control de la información que éstos aportan. La relación entre la calidad de la información y la búsqueda de la verdad en el marco del proceso penal queda en evidencia cuando se entiende que ella es insumo necesario para obtener la segunda. La depuración de la vasta información que puede aportar cada prueba al juicio se logra tanto mediante mecanismos aparentemente muy formales como son los registros, otros más cercanos a la técnica de litigación como son el espacio para la realización de un buen contraexamen y de invocación de prueba nueva y prueba sobre prueba, y la posibilidad de utilizar información

³² Así en CS, 23 de diciembre de 2009, Rol N° 6934-2009. Cabe destacar, de todos modos, que en este caso fue tal la petición del recurrente y sólo en virtud de ello es que la Corte tuvo que atenerse a conceder lo solicitado.

³³ Así en CS, 12 de noviembre de 2008, Rol N° 4954-2008.

proveniente incluso de un juicio anulado. Finalmente, cuando en la obtención de una información existe un ilícito, es importante se cuestione profundamente qué mecanismo es realmente el más adecuado para la depuración de ésta.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, Cristián, El artículo 360 del Código Procesal Penal, en *Revista de Estudios de la Justicia* (2007).
- BOFILL, Jorge, *Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento* (Santiago, 2005).
- CERDA, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal* (Santiago, 2010).
- DUCE, Mauricio, Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información, en *Estudios*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, (2008).
- _____, *La admisibilidad como prueba documental de informes en derecho y como peritos de sus autores en un juicio oral penal* (Santiago, 2012).
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, 1968).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, 2002).
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, (Santiago, 2004).
- MAIER, Julio, *Función normativa de la nulidad* (Buenos Aires, 1980).
- MATURANA, Cristián (coord.), *Reforma procesal Penal, génesis, historia sistematizada y concordancias*. tomo II, (Santiago, 2003).
- MORENO, Leonardo, *Teoría del Caso* (Buenos Aires, 2012).
- _____, Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal, en *VV.AA., El modelo adversarial en Chile* (Santiago, 2013).
- ROXIN, Klaus, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, 2000).
- DE LA RÚA, Fernando, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires, 1991).
- VIAL, Pelayo, El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal, en *Política Criminal* 6, N° 12, (2011).